

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA –
PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**TUTELA ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE
PROCESSUAL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA**

ANTONIO DE LUCENA BITTENCOURT NETO

Itajaí/SC, novembro de 2011

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA –
PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**TUTELA ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE
PROCESSUAL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA**

ANTONIO DE LUCENA BITTENCOURT NETO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Josemar Sidinei Soares

Itajaí/SC, novembro de 2011

AGRADECIMENTO

[Acima de tudo, a DEUS, criador de todo o universo; à minha mãe, Maria do Perpétuo Socorro Carvalho Bittencourt, pelo apoio incondicional em minha vida pessoal e profissional; à minha companheira de todas as horas, Vania Maria Oliveira da Camara, pelo incansável e dedicado amor e a todos os meus familiares pelo apoio decisivo neste momento importante da minha vida acadêmica.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu pai, Fábio Pereira de Lucena Bittencourt e ao meu irmão, Fábio Pereira de Lucena Bittencourt Filho, *in memoriam*; dedico também aos meus filhos, André Lucena e Fábio Lucena Neto e às minhas filhas Ana Paula Lucena e Ana Beatriz

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca deste trabalho.

Itajaí, 24 de novembro de 2011.

ANTONIO DE LUCENA BITTENCOURT NETO

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO CURSO DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88	Constituição Federal de 1988
	Código de Processo Civil de 1973
CPC/73	
CC/02	Código Civil de 2002
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBDPC	Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil

ROL DE CATEGORIAS

Rol de Categorias¹ que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais²:

Tutela Antecipada

“Técnica de sumarização cabível nas ações de conhecimento, destinada à antecipação provisória, total ou parcial, dos efeitos da tutela de mérito, com a finalidade essencial de adiantamento da prestação jurisdicional pretendida”³.

Tutela Jurisdicional

“Realização concreta pelo Estado-juiz do direito que foi lesado ou ameaçado”⁴.

Direito de Família

“Conjunto de princípios e regras que regulam as relações pessoais e patrimoniais da família”⁵.

Efetividade

“Termo utilizado para qualificar o novo perfil constitucional da jurisdição, numa perspectiva de acesso à justiça, de luta contra a morosidade judicial e visando à qualidade das decisões judiciais”⁶.

Família

“Agrupamento humano proveniente de um mesmo tronco ancestral, ou seja, os pais e todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade, em face das relações de parentesco”⁷.

Urgência

“Qualquer situação fática de risco ou de embaraço à efetividade da jurisdição”⁸.

¹ “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia”. (PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*, p. 31)

² “Conceito operacional (=cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos”. (PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*, p. 56).

³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 45.

⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 23.

⁵ OLIVEIRA, Euclides. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Dey Rey. 2001. p. 6.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: **Temas de direito processual**. sexta série, São Paulo: Saraiva. 1997. p. 203.

⁷ OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: Do concubinato ao Casamento**. 6. ed. São Paulo: Editora Método. 2003. p. 27.

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 28.

Tutela De Urgência

“Tutela destinada à prevenção de risco de dano provável ao direito da parte, de natureza específica ou geral, enquadrando-se nesse conceito a tutela cautelar, a tutela antecipada e tutelas ditas provisionais”⁹.

Tutela Cautelar

“Provimento de natureza preventiva que tem por escopo assegurar o resultado prático do processo de conhecimento ou do processo de execução, impedindo o perecimento de determinado bem ou direito, de forma a criar condições que garantam o futuro acerto ou execução”¹⁰.

Tutela

“É o bem da vida procurado pelo autor que, em princípio, só é concedida ao final do procedimento judicial por meio da sentença”¹¹.

Tutela dos Direitos

“Proteção de direitos em litígio ou causa, através dos atos do Juiz, ou ainda, o próprio exercício de jurisdição”¹².

Pós-modernidade

“Conjuntura de transformações que simboliza o lugar da simplificação conceitual das tensões e contradições da condição humana hodierna, que abalou o projeto da modernidade, sem necessariamente superá-lo por completo”¹³.

Procedimento Ordinário

“Modo pelo qual o processo anda, ou a maneira pela qual se encadeiam os atos do processo, aplicável a todas as causas, salvo as de rito especial”¹⁴.

⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A Tutela de Urgência e o Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 1.

¹⁰ NETO, Luiz Orione. **Processo cautelar**. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 4.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 154.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 154.

¹³ BITTAR, Eduardo C.B. **O Direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2009. p. 146.

¹⁴ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz Soares. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Malheiros. 1999. 82.

SUMÁRIO

RESUMO	12
ABSTRACT	13
INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1.....	17
A EFETIVIDADE COMO NOVA MARCA TELEOLÓGICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	17
1.1 TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E JUSTIÇA EFETIVA.....	17
1.2 A SUPREMACIA DAS CODIFICAÇÕES.....	25
1.3 O IDEAL DE SEGURANÇA JURÍDICA.....	28
1.4 O PAPEL DO JUIZ NO MODELO CLÁSSICO.....	31
1.5 EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	33
1.6 A LUTA PELA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO.....	37
1.7 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO.....	41
1.8 TUTELA ANTECIPADA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	47
1.9 A PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA.....	55
CAPÍTULO 2.....	64
PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	64
2.1 PERFIL EVOLUTIVO DA FAMÍLIA.....	64
2.2 OS NOVOS PILARES DA FAMÍLIA.....	67
2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.....	74
2.4 A TRANSCENDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	82
2.5 RELAÇÕES FAMILIARES E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	88
2.6 AUTONOMIA FAMILIAR E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS....	89
CAPÍTULO 3.....	102
ANÁLISE DA TUTELA ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	102
3.1 A URGÊNCIA E OS CONFLITOS FAMILIARES.....	102
3.2 O FENÔMENO DA EXPANSÃO DO PROCESSO CAUTELAR.....	107
3.3 O MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL	115

3.4 TUTELA ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE.....	121
3.5 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA TUTELA ANTECIPADA.....	124
3.6 TUTELA ANTECIPADA APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA.....	132
3.6.1 Tutela antecipada dos alimentos	133
3.6.2 Tutela antecipada em sede divórcio	139
3.6.3 Tutela antecipada no processo cautelar	141
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 144
 REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	 150

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto de estudo a “Tutela Antecipada como instrumento de efetividade processual e sua aplicação no Direito de Família”. A pesquisa será desenvolvida a partir de referencial teórico pelo qual se considera que o Direito de Família, em razão de seu elevado conteúdo social, é campo fértil à incidência de medidas de urgência, visto ser frequente o uso de liminares sumárias de natureza cautelar ou satisfativa, visando à proteção de valores sensíveis e de grande significação emocional, vinculados à realização de necessidades prementes do ser humano, que exigem, ou pelo menos estão a exigir, a pronta e adequada prestação jurisdicional.

Isto facilmente se explica em razão da natural urgência de que se reveste a disputa jurídica entre casais, especialmente nos processos que envolvem alimentos, guarda, manutenção e educação dos filhos, bem como interesses pecuniários decorrentes de invalidades do casamento, divórcios, dissolução de uniões estáveis, separações de corpos, dentre outros.

Na salvaguarda dos interesses da família, sobretudo para evitar que determinadas situações impedissem a recomposição dos direitos ameaçados ou violados, até o advento da Lei nº 8.952/94, as medidas cautelares eram de inestimável valia para proteger situações de risco inerentes às relações familiares, proporcionando a tutela imediata aos direitos pleiteados.

A partir daí, incorpora-se ao sistema processual brasileiro instrumento essencial à consolidação dos ideais de acesso à justiça, de efetividade e de utilidade das decisões judiciais, significando um passo fundamental para dotar a jurisdição de um processo civil de resultados práticos.

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa “Hermenêutica e Principiologia Constitucional”.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Urgência. Efetividade. Direito de Família. Acesso à Justiça.

RESUMEN

La presente tesis tiene por objeto de estudio la “Tutela Anticipada como instrumento de efectividad procesal y su aplicación en Derecho de Familia”. La investigación será desarrollada a partir de un referencial teórico por el cual se considera que el Derecho de Familia, ante su elevado contenido social, es campo fértil para la incidencia de medidas de urgencia, pues es frecuente el uso de liminares sumarias de naturaleza cautelar o satisfactiva, proponiendo la protección de valores sensibles y de gran significación emocional, vinculados a la realización de necesidades urgentes del ser humano, que exigen, o por lo menos van a exigir, la pronta y adecuada prestación jurisdiccional.

Ello fácilmente se explica en razón de la natural urgencia de que se reviste la disputa jurídica entre parejas, especialmente en los procesos que envuelven alimentos, guardia, manutención y educación de los hijos, así como intereses pecuniarios decurrentes de invalideces del casamiento, divorcios, disolución de uniones estables, separaciones de cuerpos, entre otros.

En salvaguardia de los intereses de la familia, sobre todo para evitar que determinadas situaciones impidieran la recomposición de los derechos amenazados o violados, hasta el advenimiento de la Ley nº 8.952/94, las medidas cautelares eran de inestimable valía para proteger situaciones de riesgo inherentes a las relaciones familiares, proporcionando la tutela inmediata a los derechos pleiteados.

A partir de ahí, se incorporan al sistema procesal brasileño como instrumento esencial a la consolidación de los ideales de acceso a la justicia, de efectividad y de utilidad de las decisiones judiciales, significando un paso fundamental para dotar a la jurisdicción de un proceso civil de resultados prácticos.

La presente Tesis pertenece a la Línea de Investigación “Hermenéutica y Principiología Constitucional”.

Palabras clave: Tutela anticipada. Urgencia. Efectividad. Derecho de Familia. Acceso a la Justicia.

INTRODUÇÃO

O objeto da presente Dissertação é a análise do regime legal das tutelas de urgência, com ênfase na aplicabilidade da tutela antecipada no âmbito do Direito de Família, sob uma perspectiva constitucional de efetividade.

O seu objetivo institucional é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é investigar os aspectos jurídicos essenciais à compreensão das técnicas de antecipação tutela, como instrumento de acesso à justiça e à efetivação dos direitos da família, cujo conteúdo tem ligação premente com uma resposta jurisdicional rápida aos seus litígios.

O estudo foi pautado, epistemologicamente, pela análise da importância e da extensão do instituto, enquanto categoria fundamental do processo civil moderno, dentre os diversos instrumentos processuais que se destinam à adequada, tempestiva e efetiva tutela dos direitos.

Enfatizou-se a relação umbilical com os processos de família, pois a tutela efetiva dos direitos, nessa área, apresenta um viés de sensibilidade importante e diferenciado.

Como objetivos específicos desta pesquisa, foram realizados estudos para a análise do novo perfil da família e de suas relações jurídicas constitucionalizadas, bem como para delimitar os reflexos da evolução do processo civil e da técnica processual, como instrumentos fundamentais na consecução e efetivação dos direitos da família.

A relevância do estudo ampara-se, principalmente, no fenômeno da constitucionalização do Direito de Família, identificado há mais de duas décadas pela doutrina civilista, que renovou a disciplina das relações familiares, após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, permitindo a construção dos modernos paradigmas nesta área.

Neste contexto de constitucionalização também serão desenvolvidos os estudos para reforçar o arcabouço teórico da pesquisa, justificadores da importância da evolução do processo civil brasileiro nas últimas três décadas, cuja estrutura codificada vem passando por sucessivas reformas,

visando ao aprimoramento da técnica processual e da qualidade da prestação da justiça e dos serviços judiciários.

A problematização envolve as seguintes indagações no âmbito do tema: quais os fatores que levaram a uma mudança de paradigma no processo civil brasileiro? as questões atinentes aos direitos da família são compatíveis com o regime da tutela antecipada? De que forma o instrumento da antecipação de tutela contribui para dar efetividade aos direitos da família?

Para apresentar uma resposta adequada aos problemas formulados, são levantadas na pesquisa as seguintes hipóteses:

- a) Os marcos regulatórios do direito na pós-modernidade estão em fase de reformulação, figurando a *efetividade* como novo valor teleológico do processo civil brasileiro.
- b) Os direitos da família são compatíveis com o regime da urgência e integram a categoria de direitos fundamentais, cuja eficácia é imediata no plano das relações privadas familiares.
- c) A técnica da antecipação é adequada à proteção efetiva dos direitos da família e também se integra no rol da categoria dos direitos fundamentais.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses está exposto na presente Dissertação e são aqui sintetizados, como segue.

O Capítulo 1 trata de um panorama das transformações sociais e os novos parâmetros na busca da efetividade da jurisdição e das tutelas de urgência, sob o enfoque da análise histórico-cultural da estruturação do processo civil clássico, da abordagem da evolução do processo civil brasileiro, da constitucionalização do processo, da positivação da antecipação de tutela e do avanço das técnicas processuais.

O Capítulo 2 discorre sobre a proteção dos direitos da família e de sua conformação com as tutelas de urgência, trata da evolução das relações familiares, dos novos paradigmas do direito de família, da constitucionalização e dos princípios constitucionais que informam a disciplina, bem como de aspectos processuais e da análise preliminar das tutelas de urgência nos processos familiares.

O Capítulo 3 dedica-se a desenvolver o tema do cabimento da tutela antecipada nos processos de família, com a análise das causas justificadoras da tutela antecipada, sua compatibilização com os direitos fundamentais, os pressupostos formais da antecipação, e, principalmente, o cabimento específico no Direito de Família.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a “Tutela antecipada como instrumento de efetividade processual e sua aplicação no Direito de família”.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação o Método¹⁵ utilizado na fase de Investigação foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base indutiva¹⁶. Foram acionadas as técnicas do referente¹⁷, da categoria¹⁸, dos conceitos operacionais¹⁹, da pesquisa bibliográfica²⁰ e do fichamento²¹.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial ou no texto ou em rodapé quando mencionadas pela primeira vez.

¹⁵ “Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* p.206.

¹⁶ Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 81 a 105.

¹⁷ “explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p.54.

¹⁸ “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 25.

¹⁹ “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 37.

²⁰ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 207.

²¹ “Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, *cit.* especialmente p. 201 e 202.

CAPÍTULO 1

A EFETIVIDADE COMO NOVA MARCA TELEOLÓGICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

1.1 TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E JUSTIÇA EFETIVA

O Estado reservou para si o monopólio da função jurisdicional, retirando dos indivíduos a possibilidade de fazer justiça com as próprias mãos. Essa prerrogativa estatal na prestação jurisdicional, alcançada de forma gradual desde o período romano clássico, decorre originariamente do interesse que o Estado tem na proteção do direito objetivo e de sua correta aplicação aos conflitos sociais²².

Na medida em que impôs o monopólio da jurisdição, como expressão indissociável de sua própria soberania, o Estado assumiu o dever de bem desempenhar o serviço jurisdicional, passando a substituir as partes em conflito e, imperativamente, solucionar as demandas postas em juízo, por meio da aplicação da lei objetiva ao caso concreto. A jurisdição tem, desde sua origem, o escopo da pacificação social, porém, enquanto função soberana estatal, nada pode sem a provocação dos interessados, pois é da sua essência a inércia.²³

Ao monopolizar e estruturar a Justiça, não admitindo a justiça pelas próprias mãos, exceto em casos excepcionais, logo o Estado forneceu aos indivíduos meios de defesa, originando-se daí a pretensão à tutela jurídica. A função de julgar passa a ser privativa e os órgãos estatais, alheios aos

²² CIANCI, Mirna. **O Acesso à Justiça e as Reformas do CPC**. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 4.

²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970. Tomo I. p. 229.

interesses em conflito, decidem de forma cogente, impondo força *erga omnes* às sentenças, com observância dos limites fixados pelo direito objetivo²⁴.

Em razão dessa característica peculiar, o Estado também passou a assegurar aos particulares um direito subjetivo de provocar a atividade jurisdicional (direito de ação), em contrapartida ao monopólio da jurisdição²⁵; e é justamente da dicotomia entre o direito objetivo (material) e o direito de ação (processual) que se originam os primeiros estudos científicos para identificar a autonomia do direito processual, como algo diverso do direito material²⁶.

Até meados do século XIX, no entanto, não havia separação científica entre direito objetivo e processo. A doutrina de então, chamada de civilista, amparada nas lições de Celso, admitia o direito de ação como um mero direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido, englobando nesta definição os direitos reais. Seguiu-se, historicamente, a famosa polêmica entre os romanistas alemães Bernhard Windscheid e Theodor Muther, que contribuiu de forma decisiva para conferir estatua digna à ciência processual²⁷.

A polêmica travada entre os dois tratadistas exerceu forte influência nos estudos que se seguiram, preparando o caminho para o aprofundamento das teorias que buscavam a autonomia científica do direito processual. E tal fato ocorreu no final do século XIX, com a conhecida obra de Oskar Bülow, sobre “as exceções e os pressupostos processuais”, que pela primeira vez sustentou a autonomia e a publicização da relação jurídica processual, composta entre as partes e o juiz. A teoria representava verdadeira revolução, considerando o ambiente individualista em que fora proposta²⁸.

A partir da publicação da obra de Bülow, os processualistas alemães e italianos começam a desenvolver intensos estudos dos fenômenos processuais e de seus institutos específicos, com ênfase nas regras do próprio processo, regras de procedimento, jurisdição, ação, defesa e demais elementos

²⁴ ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 14-15.

²⁵ CIANCI, Mirna. **O Acesso à Justiça e as Reformas do CPC**. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 5.

²⁶ BAGGIO, Lucas Pereira. **Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material**. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p.12-13.

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 23-25.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. Tomo I. p.125.

da ciência processual²⁹. Inicia-se, neste período, a estruturação científica dos principais institutos processuais, construídos, entretanto, sob um ângulo introspectivo de análise problematizada.³⁰

A limitação dos estudos desenvolvidos até meados da década de 50, embora seja reconhecida a sua importância histórica, construiu uma visão meramente técnica do fenômeno processual, desprovida de interação com os fatos e valores sociais. Porém, foi preciso quase um século para que os processualistas se apercebessem de que o sistema processual não é algo destituído de conotações éticas e objetivos a serem cumpridos no plano social, no econômico e no político³¹. A partir desta matriz de pensamento, liderada pela escola italiana de processo, deslocou-se o foco das investigações, que passou a valorizar o estudo do processo sob o ângulo da produção de resultados (ângulo externo), além de revalorizar o estudo do tema “tutela jurisdicional”³².

A propensão para o advento de um processo civil de massas, socializante em sua essência e que projetaria a jurisdição e os jurisdicionados ao epicentro do sistema processual, intensificou-se por duas razões: a primeira, pelo colapso da expansão capitalista de pós-guerra, que se estende de 1945 a 1970; a segunda, pela mudança de perspectivas dos conflitos, que deixam de ser individuais e passam a se tornar conflitos conjunturais, coletivos, associativos, difusos e transindividuais³³. Este último fator motivou a ruptura das formas tradicionais de se atenderem as demandas para as quais somente se conheciam mecanismos típicos do Estado liberal, estruturado sobre as categorias do individual e do burguês³⁴.

As duas rupturas consolidam, originariamente, a recusa das idéias privaticistas sobre a ação e o processo, e que, mesmo superadas desde o

²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. Tomo I. p. 126.

³⁰ BAGGIO, Lucas Pereira. **Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material**. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p.15.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. Tomo I. p.126.

³² BAGGIO, Lucas Pereira. **Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material**. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 30.

³³ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2009. p. 177.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. 3. ed. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1999. p. 67.

longínquo debate entre Windscheid e Muther, ainda persistia, condicionando o sistema jurídico internacional ao prisma liberal-privaticista-individualista³⁵.

A nova postura metodológica levou a doutrina pátria³⁶ a admitir não ser mais possível limitar o estudo e a existência do fenômeno jurídico apenas ao plano individualizado da norma em juízo, pois este fenômeno se apresenta de modo muito mais complexo e multifacetado, permeado em especial pelas práticas do processo social³⁷. São elucidativas as lições de Baggio:

[...] O fenômeno jurídico é mais amplo, englobando os fatos sociais e, também, os valores que se entendem merecedores de proteção. Valores que, por óbvio, estão diretamente relacionados com a vida em tal sociedade. E nessa vida o direito é concretizado normalmente, sendo, inclusive, fonte de sua própria (re)construção, seja no plano legislativo, seja no plano judicial, já que ciência cultural, que influencia e é influenciada pelas práticas sociais³⁸.

A experiência jurídico-processual brasileira difere de outros países, haja vista que a estruturação do nosso ordenamento jurídico é reconhecidamente híbrida, pois sofreu a ingerência de conceitos e propostas técnicas de vários países, dentre os quais se destacam a Itália, a Alemanha e os Estados Unidos. Em consequência, é da hibridez de diferentes matrizes processuais, que evoluiu o modelo atual de processo constitucional civil³⁹.

Apesar de o Brasil sofrer o estigma da modernidade tardia⁴⁰, as relações entre direito processual e direito material tomaram uma dimensão importantíssima na atual fase do processo civil. Talvez essa valorização esteja vinculada ao sentimento de culpa e à aparente cegueira que dominou parte dos

³⁵ NETO, José Mário Wanderley Gomes. **Acesso à justiça em Mauro Cappelletti**. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2005. p. 12-13.

³⁶ BAGGIO, Lucas Pereira. **Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material**. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 20.

³⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970. Tomo I. p. 229.

³⁸ BAGGIO, Lucas Pereira. **Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material**. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 20.

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. Tomo I. p. 127-128.

⁴⁰ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2009. p. 218-219.

processualistas europeus e, por via de consequência, dos processualistas brasileiros, na denominada fase processualista⁴¹. Tais relações são importantes e nunca deixaram de existir, pois se reconhece que o direito material representa a primeira influência ideológica no âmbito da legislação processual⁴².

Com efeito, a atual fase de desenvolvimento da sociedade brasileira comporta, sem dúvida alguma, à luz dessa relação emblemática e atemporal, a revalidação do papel dos direitos fundamentais, enquanto categoriais essenciais à dignidade do homem, também na esteira dos direitos materiais⁴³. O que importa de sobremaneira na contemporaneidade não é mais a fundamentação dos direitos, mas a sua efetiva realização⁴⁴.

O plano da tutela jurisdicional ocupa o epicentro desta problemática de efetivação dos direitos e é o que interessa investigar, pois neste plano estão localizados os principais problemas que afligem a jurisdição, desde a sua ascensão como monopólio do Estado até os dias atuais – tais como efetividade, tempo, matriz constitucional do processo, técnica processual e conteúdo das decisões judiciais.

A questão foi bem delimitada por Dinamarco:

[...] O atual momento da ciência processual autoriza o retorno às especulações em torno da ideia da tutela jurisdicional, que fora banida dos estudos dos processualistas de um século atrás e agora volta reabilitada e revigorada, em novas vestes. 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 do poder 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

⁴¹ JÚNIOR, Hermes Zaneti. A teoria circular dos planos. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM. 2011. p. 318.

⁴² CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. Tradução de Athos Gusmão Carneiro. In: **AJURIS**. ano VIII. n. 23. 1981. p. 17.

⁴³ JÚNIOR, Hermes Zaneti. A teoria circular dos planos. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM. 2011. p. 318.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. p. 25.

resultados – e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados⁴⁵.

E conclui o referido autor:

[...] O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da forma garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito; indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não jurisdicionáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações justas. Tal é a ideia de efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a da plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados⁴⁶.

Este aspecto contextual de revalorização da tutela jurisdicional precisa ser afirmado a partir da análise dos novos padrões impostos pela pós-modernidade⁴⁷, orientadores da construção de perspectivas legítimas na busca da resolução dos conflitos sociais em bases equilibradas, no que se refere à equação do binômio tempo e segurança jurídica⁴⁸.

Tem-se, na atualidade, que as transformações culturais e os avanços tecnológicos experimentados pela sociedade nas últimas décadas fazem parte do eixo central de uma nova dinâmica global, que não mais se contenta com os aforismos delimitadores do valor “justiça”, seja para considerá-la um devenir (a

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. Tomo I. p. 351.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Tomo I. p. 352.

⁴⁷ Ou seja, na acepção crítica dos paradigmas processuais do modelo liberal-individualista. BITTAR, Eduardo C.B. **O Direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2009. p. 145.

⁴⁸ TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao Direito, Duração Razoável do Procedimento e Tutela Jurisdicional Efetiva nas Constituições Brasileira e Portuguesa. In: JÚNIOR, Alberto Gosson Jorge (Org.). **Constituição Federal após 20 anos: reflexões**. Campinas: Millennium. 2009. p. 110.

justiça tarda mais não falha), seja para justificar o seu retardamento como sinônimo de extrema injustiça (justiça que tarda é falha)⁴⁹.

Como pressuposto indispensável à leitura dos novos padrões sociais, a verificação da construção da era moderna deve sempre ser vista como um dos parâmetros a serem analisados, para que se tenha a real dimensão das transformações e substituição dos seus paradigmas⁵⁰.

A superação dos ideais do Estado Liberal e a conformação de novas exigências perante o Estado Social, conforme será exposto ao longo deste capítulo representa um marco delimitador, na composição do perfil social contemporâneo. Realmente, os tempos mudaram. Os problemas reclamam soluções urgentes. Vive-se uma vida muito apressada. A sociedade contemporânea passou a ser escrava do tempo acelerado, onde quase tudo está sujeito a prazos exíguos⁵¹. Releva destacar, neste ponto, que o fenômeno da globalização contribuiu decisivamente para a consolidação do atual amálgama social, pois tal fenômeno, estruturando-se de forma complexa, possui alcance geral, eliminando barreiras e permitindo o deslocamento fluido de pessoas, informações e modelos culturais por todo o planeta, estabelecendo-se um desenvolvimento tecnológico sem precedentes na história da humanidade⁵².

A globalização se intensificou, segundo Cruz⁵³, tornando o mundo mais complexo, a partir do fim do regime comunista do Leste Europeu, tendo como marcos transcendentais o desmantelamento do regime socialista da União Soviética e a reunificação alemã, na segunda metade do século XX. Como fenômeno relacionado à comunicação global instantânea e ao transporte de

⁴⁹ TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao Direito, Duração Razoável do Procedimento e Tutela Jurisdicional Efetiva nas Constituições Brasileira e Portuguesa. In: JÚNIOR, Alberto Gosson Jorge (Org.). **Constituição Federal após 20 anos: reflexões**. Campinas, SP: Millennium. 2009. p. 114.

⁵⁰ FARIA, Renato Luiz Miyasato de. **Princípio da Duração razoável do Processo e Medidas de Celeridade Processual**. Itajaí: Univali. 2010. p. 15.

⁵¹ BAGGIO, Lucas Pereira. **Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material**. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 57-61.

⁵² Sobre o fenômeno e suas implicações universais, BECK, Ulrich. **O que é a Globalização? Equívocos da Globalização: respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra. 1999.

⁵³ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá. 2006. p. 37.

massa⁵⁴, transformador do espaço e do tempo, penetrou no tecido social da experiência cotidiana, reestruturando-a de forma cíclica e contínua.

Bauman delimita muito bem a mudança sociológica:

[...] A ideia do “quanto maior, melhor” – típico dogma da modernidade pesada – foi ultrapassada em nossa contemporaneidade (modernidade leve). Na era do *hardware*, almejava-se a conquista territorial, com o preenchimento dos espaços vazios. Riqueza e poder estariam relacionados com tamanho, com a necessidade de expansão, solidificação e povoamento, de crescimento seguro, estável, resistente e encorpado. [...] tudo isso, porém, teria mudado com o capitalismo de software da modernidade leve, da velocidade da luz, em que o espaço poderia ser atravessado em tempo nenhum, com o término da diferença entre o “longe” e o “aqui”, ou seja, com a perda do valor estratégico do espaço físico⁵⁵.

A mudança de referencial da sociedade contemporânea explicaria a característica de “volatilidade do tempo” e de “variabilidade dos modos”⁵⁶. A nota de distinção da atualidade estaria situada no “império do efêmero”, cujo arcabouço construiria obras que, na essência, não seriam feitas para durar. Haveria, portanto, uma incapacidade social de escolha de um novo estilo de vida, implicando a pós-modernidade em combinações, ou mesmo reciclagem, das práticas antigas e das recentes⁵⁷.

Ost descortina o novo paralelo da seguinte forma:

[...] “O tempo saiu dos eixos”: a exclamação de Hamlet poderia introduzir nosso propósito e sugerir alguma coisa do espanto suscitado pelas mutações de nossas representações mais atuais, o tempo social. De fato, tudo se

⁵⁴ GIDDENS, Anthony. **Para além esquerda e da direita**: o futuro da política radical. Tradução de Alvaro Hattner. São Paulo: Editora da UNESC. 1996. p. 13

⁵⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: ZAHAR. 2001. p. 132-137.

⁵⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: ZAHAR. 2001. p. 144.

⁵⁷ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc. 2005. p. 324.

passa como se tivéssemos nos saltado do eixo diacrônico que reata o presente ao passado e ao futuro, e que nosso presente, infinitamente dilatado, ocupasse doravante, qualquer espaço disponível. Seria o reino do instante, ou antes, o da eternidade. Ninguém o sabe com exatidão. Uma coisa é certa: este tempo não é mais o da duração, da expectativa, do projeto paciente e da longa memória⁵⁸.

E conclui o autor sobre a “urgência do nosso tempo”:

[...] Radicalmente acelerado, ele é remetido do longo prazo ao curso prazo e, deste, ao imediato. Ele se enuncia, daí em diante, em “tempo real”, ou seja, sobre o eixo da simultaneidade absoluta, sem distância e sem exterioridade (ao “mesmo” tempo). Nele, todos os tempos se misturam, as sucessões de confundem e as continuidades tornam-se aleatórias: entramos na era do efêmero eterno⁵⁹.

A substituição dos padrões de funcionamento da sociedade moderna (fundados na estabilidade, na certeza e na determinação lógica das suas escolhas), pelos novos referenciais (agora albergados no risco, na incerteza e na instabilidade), impõe à sociedade pós-moderna uma revisão incessante das suas práticas, o que torna o “estado de urgência” o “estado normal” do Direito⁶⁰. Esse reluzir de incertezas, como soa muito evidente, influencia de forma decisiva o modo de pensar e de efetivar o ordenamento jurídico⁶¹.

Daí provém a afirmação incontestada segundo a qual nenhum aspecto da atuação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos é imune à crítica⁶². Nesse contexto, impõe-se examinar mais de perto a superação de dogmas tradicionais que envolvem o exercício do modelo liberal de justiça, cujas vicissitudes ainda encontram-se vivas e presentes no cotidiano jurídico brasileiro.

⁵⁸ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc. 2005. p. 325.

⁵⁹ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc. 2005. p. 325.

⁶⁰ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc. 2005. p. 326.

⁶¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Conceito de urgência no direito público brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros. n. 01. p. 233.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris. 1988. p. 7.

1.2 A SUPREMACIA DAS CODIFICAÇÕES

Os movimentos filosóficos do Iluminismo e do Racionalismo impulsionaram a sistematização do direito vigente. À época, intelectuais e pensadores dos séculos XVII e XVIII, dentre os quais se destacaram John Locke, Montesquieu, Voltaire, J.J. Rousseau e Emanuel Kant difundiram ideias revolucionárias que asseguravam ser o homem vocacionado ao progresso e ao auto-aperfeiçoamento ético, em flagrante contraste com o caráter divino da ordem social reinante. Era plenamente possível, segundo os iluministas, promover um conjunto de reformas sociopolíticas, visando melhorar a situação jurídica e material da população, que vivia oprimida pelo governo absolutista⁶³.

Sob a influência da doutrina iluminista, a revolução francesa triunfou em 1789 e consolidou o Estado liberal, a partir da afirmação dos seus princípios políticos (liberdade/igualdade/fraternidade) no ordenamento jurídico, com a implantação de um sistema voltado à ampla proteção da liberdade individual, como forma de conter o Estado. A ordem emergente estruturou-se, tão somente, para tutelar as relações limitadas ao indivíduo e ao Estado, sem se preocupar com as relações entre os cidadãos e suas respectivas pretensões, nem tampouco com as demandas sociais⁶⁴.

A conjugação desses dois fatores (ideias jusracionalistas e vitória da revolução) solidifica a ideia moderna de codificação, concebida, ideologicamente, como instrumento de proteção contra o Estado, para salvaguardar os direitos individuais da classe burguesa vitoriosa, cujas consequências se refletem até os dias atuais, sendo parâmetro informador das técnicas legislativas. A codificação traduz, neste sentido, um processo histórico-cultural realizador da ideia oitocentista de um corpo de leis ordenado e sistematizado e que levou à tecnicização do direito⁶⁵.

⁶³ NETO, José Antonio de Paulo Santos. O Código de Napoleão e a institucionalização jurídica dos ideais revolucionários. **Revista de Direito Civil**. São Paulo. 1990. jan./mar. vol. 51. p. 73-88; FONSECA, Antonio C. L. da. O Código Civil francês, origens e sistemas. **Revista de Direito Civil**. São Paulo. Vol VXIX. jan./mar. 1992. p.51-59.

⁶⁴ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O Direito de Família no Projeto do Código Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 222-225.

⁶⁵ NETO, Francisco dos Santos Amaral. Descodificação do direito civil. **Anais da XVI Conferência Nacional da ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília: OAB. 1994. p. 50-52.

Apesar da existência de outros códigos que lhe são anteriores, historicamente, o apogeu da codificação se perfaz com o Código Civil francês (*Code*), de 1804, oficialmente chamado de *Código de Napoleão*, obra de envergadura ímpar, que atingiu elevado grau de sistematização e abstração no seu conjunto de normas, não alcançado por qualquer outro sistema anterior.

A principal influência da codificação francesa legada ao mundo ocidental foi a percepção do direito como sistema, na medida em que simplificou a ordem jurídica, facilitando o seu conhecimento e possibilitando sua melhor aplicação⁶⁶. De fato, a codificação francesa serviu para tornar o sistema jurídico mais claro, mais harmônico e mais ordenado, e, décadas mais tarde, com o advento do Código Civil alemão (BGB), ocorreu o imponente coroamento doutrinário da mentalidade positivista da época. Assim ensina Varela:

[...] O código alemão completa o ciclo científico da sistematização codificada. É fruto da terceira sistemática, a qual corresponde à idéia de sistema como construção, ou seja, da dogmática como elaboração ou construção do sistema – essa é uma contribuição da Escola pandectista. O ilustre jurista Savigny colaborou muito para essa noção: além de ver na dogmática a base para a sistematização do direito, ele percebe uma unidade imanente ao direito. Em 1896, começou-se a projetar o novo código alemão e em 1900 foi promulgado o *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB). O BGB é resultado da influência ideológica do liberalismo, o que pode ser visto na consagração da liberdade de contratar, da liberdade da propriedade, especialmente a fundiária. Cientificamente, o BGB é um produto do positivismo legalista da Pandectista, que percebia a sociedade como um todo orgânico, a sistematicidade do direito decorria de ele ser uma emanção dessa sociedade⁶⁷.

⁶⁶ VARELA, João de Matos Antunes. **O movimento da descodificação do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 101.

⁶⁷ VARELA, João de Matos Antunes. **O movimento da descodificação do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 102; no mesmo sentido, as excelentes monografias sobre o assunto, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo**

Impulsionado pelo êxito do Código de Napoleão e do Código Civil alemão, a era da codificação refletiu a mentalidade burguesa pela opção legislativa fundada na ideologia da segurança jurídica, proporcionada pela regulamentação exaustiva, com conteúdo voltado à tradução dos ideais de liberdade individual e patrimonial da revolução.

Os códigos da época tiveram como parâmetro o cidadão dotado de patrimônio, o burguês livre das interferências estatais indesejáveis. Foi neste sentido que os iluministas entenderam o homem comum, excluindo a grande maioria da proteção codificada. A plenitude da pessoa era alcançada com o domínio sobre os bens, com o ser proprietário, bem diferente da ideia moderna de liberdade, que se reflete não como impedimento, mas como prerrogativa de deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes⁶⁸.

Com isso, as primeiras constituições nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo mera função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social⁶⁹.

Após o triunfo dos códigos, os sistemas jurídicos ocidentais fizeram a opção pela codificação de suas normas, o Brasil seguiu o mesmo caminho, por meio da codificação do direito civil, em 1916. Como a história bem demonstrou, a codificação liberal e a ausência de uma constituição regulatória das atividades econômicas serviram como instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social. Em verdade, houve duas etapas na evolução do liberalismo e

obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004.

⁶⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999, p. 1. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 27 maio 2011.

⁶⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999, p. 2. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 27 maio 2011.

do Estado liberal: a primeira, a da conquista da liberdade; a segunda, a consequência mais cruel da revolução, a exploração da liberdade⁷⁰.

1.3 O IDEAL LIBERAL DE SEGURANÇA JURÍDICA

Paralelamente ao método de sistematização dos ideais burgueses incorporados nas codificações civis do século XIX, foram desenvolvidas normas processuais correspondentes aos paradigmas daquele momento histórico. A construção das soluções jurisdicionais partiu da premissa de que as decisões deveriam declarar o direito material com o mais elevado grau de certeza possível, e o processo, como instrumento de composição dos conflitos, ganhou uma vestimenta estrutural de extremo cientificismo conceitual. A sua exteriorização – o procedimento – foi dogmatizado de forma elevada, subdividido em diversas fases e exaustivamente regulado⁷¹.

A estrutura rígida e o caráter moroso do processo de conhecimento, herdado desse período, ainda é perceptível no processo civil brasileiro, extraídos, naturalmente, os mecanismos que foram incorporados ao sistema pelo advento do CPC/73 e pelas reformas operadas a partir de 1994.

Explica-se esta rigidez pelo fato de que as questões jurídicas solucionadas pelo modelo liberal serem meramente patrimoniais e, à luz dos ideais liberais, somente poderiam ser dirimidas pela ampla observância dos direitos e liberdades individuais, porém com as garantias do devido processo legal submetidas a uma perspectiva de igualdade formal⁷².

A lógica do sistema estava embasada na ideia central de que o julgamento só poderia ocorrer após a verificação do direito, proferido ao final do processo, quando, então, haveria a sua certificação pela decisão judicial. Aparentemente tal raciocínio não é contraditório e nem absurdo, mas apenas limitado a uma concepção positivista, que bem serviu ao individualismo liberal. Aliás, admitir a possibilidade de execução antes do julgamento, mormente em

⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999, p. 3. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 27 maio 2011.

⁷¹ ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutela de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 154.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 35.

juízos de verificação sumários, comprometeria a essência do sistema. Nasce, daí, o dogma segundo o qual nula é a execução sem título (*nulla executio sine titulo*)⁷³.

A certeza do juiz então funcionaria como pressuposto na sua capacidade de enunciar a lei ao solucionar a lide, ao passo que antes da certeza, isto é, da verdade estabelecida no processo, não poderiam ser desencadeados atos executórios. O processo liberal não poderia, de forma alguma, gerar insegurança ao cidadão e deveria conter um julgamento único, abrangendo todos os fatos componentes do litígio. Isso explica, à evidência, a incompatibilidade natural do modelo ao regime das tutelas de urgência.

Os conceitos delimitadores da estruturação do processo clássico devem ser compreendidos a partir dos valores da época, quando o que importava era a defesa do cidadão contra o Estado, representando as formas processuais instrumento imprescindível à manutenção dos interesses emergentes da burguesia⁷⁴. Inobstante, em sede doutrinária, não se nega a importância que as formalidades exercem no processo atual, mas, ao contrário do que pode parecer, elas representam verdadeiras garantias processuais inerentes ao devido processo legal. As formalidades excessivas, entretanto, por serem marcas do sistema liberal clássico, é que não devem mais prevalecer⁷⁵.

A par disso, a tutela jurisdicional clássica formatou a estrutura do processo civil em compartimentos estanques⁷⁶, com cada um dos processos regulados desempenhando um papel específico na composição dos conflitos de interesses. Foram concebidos três tipos de processos: o de conhecimento, destinado ao accertamento do direito pleiteado em juízo; o de execução, com a finalidade de satisfação do direito já previamente acertado em sentença ou documento particular dotado de eficácia executiva; e o cautelar, com função de assegurar o resultado útil dos processos de conhecimento e execução.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 36.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 36.

⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo-excessivo. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM. 2011. p. 153.

⁷⁶ ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutela de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 155.

Dentre os vários procedimentos regulados, concebeu-se a supremacia do procedimento ordinário, tido por padrão, aplicável a todas as causas, não submetidas a nenhum outro procedimento especial, por meio do qual o direito tinha a sua afirmação submetida a um regime de cognição exauriente. A universalização do rito ordinário, instituído como técnica voltada à realização da plenitude do devido processo legal, importava na instrumentalização de tutela única aos direitos, reforçando ainda mais a opção pelo valor “segurança”.

A divisão estanque dos processos, regulados pelo sistema liberal, limitou a sua função aos provimentos de que lhe são próprios, ou seja, o de conhecimento, para declarar o direito, o de execução, para desencadear os atos de satisfação do direito já previamente acertado e o cautelar, como meio de assegurar o resultado útil dos processos qualificados de principais.

Num modelo estruturado para realizar um valor exclusivo, que se apresentava condicionado a assegurar a ascensão patrimonial da classe burguesa, pouca ou nenhuma margem haveria, para o exercício da atividade jurisdicional fundada em juízo de verossimilhança. Esta é a razão primordial para que o modelo original de processo civil clássico não admitisse, na solução dos conflitos judiciais, a incidência das tutelas de urgência⁷⁷.

1.4 O PAPEL DO JUIZ NO MODELO LIBERAL-CLÁSSICO

Os sistemas jurídico-processuais contemporâneos derivam, primordialmente, de duas famílias: a *Common law* (anglo-americano) e a *Civil Law* (romano-germânico)⁷⁸.

O sistema da *Common law* (do inglês "direito comum") se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos, sendo assim, o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes. Uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Se não existe uma decisão precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o direito. O conjunto de precedentes é denominado de *common law* e vincula todas as decisões futuras. Caso as partes discordem quanto ao direito

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 37.

⁷⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Lisboa: Meridiano. 1972. p. 5.

aplicável, um Tribunal idealmente procurará uma solução dentre os precedentes. Assim, se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, ficam os juízes obrigados a seguir o raciocínio usado naquela decisão anterior (princípio conhecido como *stare decisis*)⁷⁹.

No sistema de tradição romano-germânica, o direito é organizado em códigos, cujos exemplos principais são os códigos civis francês e alemão. É, portanto, típico deste sistema, o caráter escrito das leis. Os direitos são baseados na generalidade das normas jurídicas, as quais são aplicadas pelos juízes aos casos concretos. É o mais disseminado no mundo atual, baseado no direito romano, tal como interpretado pelos glosadores, a partir do século XI, e sistematizado pelo fenômeno da codificação do direito, a partir do século XVIII. Pertencem à família romano-germânica, por exemplo, os países da América Latina, da Europa continental, parte da Ásia e parte da África⁸⁰.

Sem pretender aprofundar as distinções entre os dois sistemas, a verdade é que o contraste histórico entre eles, pela permanência da tradição oral do primeiro, e pelo imperativo da escrita no segundo, é de fundamental importância para delimitar o papel do juiz no modelo liberal clássico. A tradição do direito romano-germânico permaneceu aprisionada na ideia fiel de que a jurisdição tinha como função a simples declaração da lei. Dessa limitação é que se consolida o modelo burocratizado de magistratura, como um dos alicerces do liberalismo dos séculos XVII e XVIII e que perdura até os dias atuais⁸¹.

A jurisdição, assim delimitada, impunha uma “camisa de força” aos juízes, que ficariam atrelados à aplicação rigorosa, silogística e exegética da lei, sem qualquer margem para interpretação ou criação do direito. Isso interessava aos revolucionários franceses, preocupados em restringir o poder judicial, especialmente pelos vínculos outrora existentes entre a magistratura e o poder real, expressa em célebre frase de Montesquieu, segundo a qual os juízes deveriam ser apenas a boca da lei (*bouche de la loi*)⁸².

⁷⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Lisboa: Meridiano. 1972. p. 6.

⁸⁰ DALARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 25.

⁸¹ DALARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 26.

⁸² MONTESQUIEU. Tradução de Cristina Murachco. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril. 2005. p. 158-160.

O conceito de direito, no sistema de direito escrito, apoia-se, necessariamente, no valor “segurança”. Não há qualquer margem à incerteza e à tangibilidade, pois, advindo da lei positivada, deve o juiz apenas declarar a lei para fazer justiça. Por ser na sua essência um conceito limitador no âmbito interpretativo, o papel do juiz na condução do processo não possui outra função a não ser declarar o comando da lei aplicável ao caso concreto⁸³.

Entretanto, esse conceito limitado da atividade do juiz, que o coloca como mero aplicador da lei e espectador da batalha judicial, pelo menos no plano formal, vem evoluindo desde que a escola sistemática de interpretação, liderada por Chiovenda, passou a construir os alicerces dos fundamentos públicos do processo. De fato, o juiz moderno não é mais mero espectador. Há muito ele já dispõe de amplos poderes instrutórios e de capacidade intelectual de interpretação das lei em geral. Porém, ainda persistem graves resquícios, nos sistemas jurídicos modernos, da posição positivista liberal de neutralidade.

Por isso apresenta-se plenamente válida a advertência de Marinoni sobre a utilização do instituto da tutela antecipada:

[...] É preciso que os Operadores do Direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há razão para timidez no uso da tutela antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado. É necessário que o magistrado compreenda que não pode haver efetividade, em muitas hipóteses, sem risco⁸⁴.

Na experiência brasileira, por exemplo, o juiz limita-se em grande parte da sua atividade jurisdicional a proferir sentenças atuando a vontade abstrata da lei⁸⁵. E, mesmo após o desenvolvimento dos estudos voltados à efetividade e à formatação no plano da técnica, de um processo civil de resultados, a magistratura brasileira, mormente a que atua em 1º. Grau de

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 31.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 21.

⁸⁵ A redação do art. 162, §2º. do CPC/73, após o advento da Lei nº 11.232/2005, que alterou o conceito de sentença no sistema processual civil brasileiro, em nada mudou a prática judiciária. Na mesma medida também não há qualquer alteração visível da atuação dos juízes, diante dos novos poderes instrutórios alcançados pela nova redação do art. 130, do CPC/73.

jurisdição, ainda opera de forma reticente, racionalizada pelas conformações histórico-culturais do liberalismo, ou seja, ainda trabalha com timidez e covardia na utilização nos novos instrumentos construídos pela pós-modernidade⁸⁶.

1.5 EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A evolução legislativa, em matéria de processo civil, no país, mostra que o Brasil somente desvinculou-se de Portugal em 1822. Nesta época, vigiam em Portugal as Ordenações Filipinas, que foram adotadas como brasileira pelo Decreto de 20/10/1823. Conforme se constata, o Brasil, separando-se de Portugal, não era e nem poderia ser, pela simples ausência de panorama histórico-cultural, um produtor de normas, de leis próprias. O que se fez, no Brasil, foi adotar, na sua integralidade, as leis portuguesas, à exceção da Constituição, que foi feita logo em seguida com o objetivo de sacramentar a independência. As demais leis, por sua vez, foram surgindo com o decorrer do tempo.

Em meados do século XIX, precisamente em 25/11/1850, foi editada uma lei importante para o processo brasileiro: fez-se um Código de Processo Comercial (Regulamento 737), que passou a vigorar juntamente com a jurisdição civil, continuando as referidas ordenações a reger esta matéria.⁸⁷

Em 1871, o governo imperial encarregou o Conselheiro Ribas de consolidar as Ordenações e as leis extravagantes, que, posteriormente à independência, foram sendo promulgadas pelo governo imperial, vindo, por uma resolução imperial de 1876, a ser adotada, como lei processual, a Consolidação Ribas. As Ordenações Filipinas, por meio dessa consolidação, continuaram a reger o processo civil brasileiro até o advento da República.

Em seguida, houve dois fatores de grande importância para o direito processual civil: o primeiro, com a edição do Decreto 763 de setembro de 1890, o qual determinou que o Regulamento 737 fosse aplicado ao processo civil; o segundo, a promulgação da Constituição de 1891, inspirada nos padrões institucionais da Constituição Americana, especialmente quanto à competência outorgada aos Estados brasileiros, desde então tidos por federados. Iniciou-se, a partir 1905, o processo de descentralização da codificação processual civil no

⁸⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 21.

⁸⁷ Confira-se a evolução legislativa do processo civil brasileiro, com riqueza de detalhes, na obra de ALVIM, Arruda. **Direito Processual Civil**. 14. ed. São Paulo: RT. 2011. p. 67-99.

país, com o surgimento dos códigos estaduais de processo, dentre os quais se destacaram os códigos da Bahia, de São Paulo e do Rio Grande do Sul.

Como a fragmentação da opção legislativa adotada não fora positiva, a Constituição de 1934 determinou que o Governo deveria nomear uma comissão de juristas, com a finalidade de organizar um projeto de código de processo civil e comercial. Porém, em razão do contragolpe de estado levado a efeito pelo Governo Vargas, a Carta de 1934 foi substituída pela Carta Política de 1937, inaugurando a ditadura do Estado novo. Este novo direcionamento político permitiu a reunificação do processo civil, que teve reflexos no campo da aplicação da justiça, pois fora suprimida a Justiça Federal.

Nessa época, vários projetos de código foram elaborados, surgindo então o primeiro Código de Processo Civil em 1939. Décadas depois, somente no Governo de Jânio Quadros, iniciaram-se os trabalhos de reformulação da legislação processual, quando o Prof. Alfredo Buzaid elaborou Anteprojeto, enviado ao Congresso Nacional em 02 de agosto de 1972 e sancionado pelo Presidente da República em 11 de janeiro de 1973, tornando-se a Lei 5.869, que regula o processo civil no país desde então.

O CPC/73 é considerado pela doutrina como uma obra de elevada envergadura científica. Veio à lume durante o Regime Militar, sob a coordenação e autoria do ilustre prof. Alfredo Buzaid, que, à época, ocupava o Ministério da Justiça no Governo Médici. Como fruto da chamada fase metodológica conceitual da ciência processual (autonomista)⁸⁸, recepcionou o pensamento dogmático da tradicional doutrina italiana. Alias, cabe observar que o berço do pensamento jurídico processual brasileiro não é outro senão a escola sistemática italiana de direito processual⁸⁹.

A estrutura do CPC/73 contém cinco Livros: Processo de Conhecimento (I), Processo de Execução (II), Processo Cautelar (III), Procedimentos Especiais (IV) e Disposições Finais e Transitórias (V). Quanto ao livro exclusivo para a disciplina do “Processo Cautelar”, esta opção é considerada

⁸⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 5.

⁸⁹ A doutrina dos maiores expoentes da escola italiana clássica de processo, Chiovenda, Carnelluti e Liebman, ajudou a formar notáveis processualistas pátrios, colaborando para construir as bases do pensamento processual brasileiro, especialmente da escola paulista.

um ponto de destaque do sistema codificado⁹⁰. Para o momento em que foi edificado, o Código representa, conforme reconhece Dinamarco, um enorme passo no que tange à técnica processual, à adoção de conceitos modernos da ciência processual e à correta estruturação dos institutos⁹¹.

O Livro III foi dividido em dois capítulos. No primeiro, estão reguladas as disposições gerais das *medidas cautelares*, consagrando a autonomia formal do Processo Cautelar e sua relação de dependência com o processo principal (conhecimento ou execução, pois a tutela cautelar tem função conservativa dos direitos a serem acertados ou satisfeitos nestes processos), além de disciplinar o procedimento cautelar comum, aplicável a todas as medidas. Disciplinou também o *Poder Geral de Cautela*, conferindo ao juiz amplos poderes para determinar medidas provisórias, quando houver risco de dano ao direito das partes. No segundo, foram regulados os procedimentos cautelares específicos.⁹²

A tutela cautelar era originalmente o único meio processual capaz de proteger uma situação de urgência, salvo algumas exceções previstas no ordenamento de procedimentos especiais dotados de provimentos liminares (v.g., mandado de segurança, possessórias). Com isso, abriu-se margem para uma ampla discussão sobre o alcance do Poder Geral de Cautela, diante da subjetividade exposta no art. 798 do CPC/73⁹³.

Sobre essa opção do legislador, Lacerda anota:

[...] Inexiste tratamento similar outorgado à tutela cautelar no direito comparado. Afirma que a disposição em Livro específico destinado ao processo cautelar é um dos aspectos que singulariza nosso Código, sendo, inclusive,

⁹⁰ BAGGIO, Lucas Pereira, **Tutela jurisdicional de urgência e as exigências do direito material**. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 138.

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 4. ed. 2ª. tiragem, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 23.

⁹² Disposições gerais (CPC, arts. 796-812); cautelares específicas: Arresto (arts. 813-821), seqüestro (arts. 822-825), caução (arts. 826-838), busca e apreensão (arts. 839-843), exibição (844-845), produção antecipada de provas (arts. 846-851), alimentos provisionais (arts. 852-854), arrolamento de bens (855-860), justificação (861-866), protestos, notificações e interpelações (867-873), homologação do penhor legal (arts. 874-876), posse em nome do nascituro (arts. 877-878), atentado (879-881), protesto e apreensão de títulos (arts. 882-887), e outras medidas provisionais (arts. 888-889).

⁹³ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II, deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

conflitante com outros códigos vigentes de países com maior tradição jurídica, como a Alemanha, a Áustria, Portugal e a própria Itália⁹⁴.

A discussão travada tinha por objetivo definir se tal poder seria voltado apenas para medidas conservativas ou se poderia alcançar a própria satisfação do direito material pretendido pela parte. O descompasso doutrinário contaminou a jurisprudência, que passou a admitir cautelares de cunho satisfativo, em completa desarmonia com o sistema do Código. Configurou-se, assim, a “*expansão do processo cautelar*”, fenômeno admitido pelos tribunais como legítimo e apropriado àquele momento histórico.⁹⁵

1.6 A LUTA PELA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

As intensas alterações socioeconômicas experimentadas no último século também são identificadas a partir de sintomas sociais, que se apresentam nas mais variadas searas da vida contemporânea e repercutem, inevitavelmente, no Direito e na estrutura da jurisdição, moldando os novos paradigmas da atividade jurisdicional.

O principal deles está localizado na “ansiedade”, haja vista que nos dias atuais, conforme exposto de forma preliminar no ítem 1.1 deste estudo, há interesse das pessoas pela satisfação imediata, urgente, de pretensões individuais e sociais⁹⁶. As experiências contemporâneas estão moldadas por um curso de aceleração temporal que aproxima o presente do futuro, conferindo-lhe ampla densidade no alcance das mudanças em curtíssimo espaço de tempo. Desse modo, parafraseando Marx quanto a observação das mudanças vertiginosas de seu tempo, tudo que é sólido se desmancha no ar⁹⁷.

⁹⁴ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 8, t. I, p. 1-2.

⁹⁵ Assevera Ovídio Batista que “o termo cautelar satisfativa é seguramente impróprio, pois a cautelar jamais poderia ser satisfativa, sendo assim denominado com uma boa dose de mau gosto e inteira impropriedade lógica”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Reforma dos processos de execução e cautelar**. Porto Alegre: Ajuris, 1996, v. II, p. 68, p. 34-35.

⁹⁶ GÖRZ, André. **Misérias do presente, riquezas do possível**. Tradução de Ana Montoia. São Paulo: Annablume. 2004. vol. 1. p. 68.

⁹⁷ BERMAN, Marshall. **Tudo o que é sólido se desmancha no ar**. A aventura da modernidade. Tradução de Carlos Felipe Moisés. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1986. p. 15; a expressão “tudo que é sólido se desmancha no ar” foi pronunciada por Marx no seu “Manifesto Comunista”. Confira-se MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista de 1848 & cartas filosóficas**. Tradução de Karl Von Puschén. São Paulo: Centauro. 2005. p. 55.

Além do mais, paralelamente à necessidade de urgência e ao ritmo constante do trabalho, os novos padrões construíram uma espécie de devotamento pessoal e integral à atividade laborativa, o que faz relegar a vida pessoal a um segundo plano⁹⁸. Assim, quanto mais depressa se caminha, menos tempo se tem. Nesse universo de “pressa”, os vínculos humanos são substituídos pela rapidez, a qualidade de vida pela eficiência, a fruição livre de normas pelo frenesi. No lugar da contemplação, afirma Lipovetsky, o “que importa é a auto-superação, a vida do fluxo nervoso, os prazeres abstratos da onipotência proporcionados pelas intensidades aceleradas”⁹⁹.

O custo social, porém, é elevadíssimo. A urgência e a aceleração dos tempos enfraqueceu o poder regulador de algumas instituições essenciais ao equilíbrio social (a família e a religião, por exemplo), acirrando os conflitos e gerando distúrbios à organização institucional da sociedade¹⁰⁰.

Um segundo sintoma estaria representado pela “frustração”, em razão das instituições públicas encontrarem-se cada vez mais frágeis e incapazes de demonstrar um rumo seguro para a satisfação dos interesses dos indivíduos¹⁰¹. Reside neste ponto uma extrema preocupação com a ampliação da perspectiva funcional do Poder Judiciário e o correspondente e vertiginoso aumento dos níveis de tensão social e confronto de interesses¹⁰².

É notório que o fenômeno da globalização promoveu a abertura dos mercados e tornou as transações mais complexas, sendo imprescindível a presença de instituições jurídicas formais que atuem com eficiência e imparcialidade. Sem as instituições jurídicas fortes, o desenvolvimento dos setores público e privado não serão completos. Ademais, só se pode alcançar um pleno desenvolvimento econômico com justiça social num ambiente onde o

⁹⁸ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 76.

⁹⁹ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 80.

¹⁰⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição**: reflexões na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 24-25.

¹⁰¹ ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto real**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira, São Paulo: Boitempo, 2003. p. 25 e ss.

¹⁰² LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 47.

sistema jurídico seja eficaz para dirimir os conflitos entre governo, cidadãos e setor produtivo com presteza e segurança jurídica¹⁰³.

Comprometidos a eficiência econômica e o crescimento do país, a efetivação dos direitos sociais, por exemplo, ficará combalida. Nesse contexto, a atuação eficiente do Poder Judiciário é pressuposto necessário para a modernização do Estado, tendo importante função na promoção do desenvolvimento, na redução da pobreza e no fortalecimento da democracia¹⁰⁴.

Desse modo, tais sintomas acabam por refletir os padrões da nova conformação social, essencialmente dinâmico e pluralista, a impor modelos de comportamento revolucionários, que exigem abertura a novas experiências e expectativas, norteando um leque de modificações sem precedentes para a ciência do processo. Os desafios, doravante, devem ser enfrentados sem as amarras de um pensamento jurídico voltado à preservação de valores estáticos. Pelo contrário. Os tempos modernos são outros. E, mais do que nunca, regidos pela inquietude, pela incompletude, pela construção de pensamentos críticos e plurais, representativos de um enquadramento epistemológico que enquadra necessariamente o perfil dogmático da ciência do processo sob uma perspectiva contemporânea¹⁰⁵.

A luta incessante do pensamento científico processual contra os males do tempo¹⁰⁶ na tramitação dos processos e na qualidade das decisões judiciais é premissa atual, pois já não se concebe a ideia de um litigante ajuizar uma ação perante o Poder Judiciário, requerendo do Estado uma solução justa, adequada e célere, que não queira ou não espere gozar, em tempo razoável, do bem jurídico pleiteado. Talvez aqui resida o maior dilema que a função jurisdicional enfrenta na pós-modernidade – um dilema que se localiza nas

¹⁰³ JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga (Coord.). **Processo Civil: Novas Tendências**. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 237.

¹⁰⁴ JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga (Coord.). **Processo Civil: novas tendências**. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 237.

¹⁰⁵ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 25.

¹⁰⁶ Contra, entendendo que o tempo não corrói a marcha do processo, já que, por si só, não causa malefício algum, não podendo ser considerado um inimigo por ser um acontecimento natural, TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao Direito, Duração Razoável do Procedimento e Tutela Jurisdicional Efetiva nas Constituições Brasileira e Portuguesa. In: JÚNIOR, Alberto Gosson Jorge (Org.). **Constituição Federal após 20 anos: reflexões**. Campinas, SP: Millennium. 2009. p. 115.

ações que possam construir a adequação de técnicas e instrumentos adaptáveis ao tempo que se consome no seu exercício e na sua efetividade.¹⁰⁷

A tendência ao instrumentalismo mais efetivo do processo foi muito bem delineada por Watanabe, ao discorrer sobre o novo caminho a ser percorrido pela ciência processual, sem, contudo, negar as conquistas da fase conceitual dos institutos processuais¹⁰⁸. Segundo o processualista:

[...] Por duas perspectivas, ou por dois métodos de pensamento, são desenvolvidos os estudos em busca da efetividade, vale dizer, da maior aproximação, ou mesmo de um acoplamento mais perfeito, entre o direito material e o direito processual. A primeira, amparada no direito material, desenvolve o estudo do direito subjetivo, da pretensão de direito material e da ação de direito material, e tem como seu principal pensador o ilustre processualista Pontes de Miranda; a segunda trabalha sob a perspectiva do direito processual, e se ampara nos ensinamentos de Chiovenda, e tem no país o ilustre Barbosa Moreira, o seu principal precursor¹⁰⁹.

Para Watanabe a “tendência moderna é a de prestigiar uma visão crítica, sempre com a preocupação voltada para fazer com que o processo tenha plena eficácia e aderência à sua destinação primordial”. A destinação primordial de que fala o ilustre jurista é a do instrumentalismo substancial, em contraposição ao meramente nominal ou formal¹¹⁰.

Os juristas hodiernos não guardam mais preocupações com as grandes construções científicas dos institutos processuais, pois o foco passou a ser outro. Os estudos estão voltados para desencadear uma nova visão sobre o processo, agora sob o ângulo externo da produção de resultados práticos, tendo

¹⁰⁷ ROCHA, Cesar Asfor. **A Luta pela Efetividade da Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 39.

¹⁰⁸ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas. Cebepej. 1999. p. 20.

¹⁰⁹ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas. Cebepej. 1999. p. 20.

¹¹⁰ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas. Cebepej. 1999. p. 21.

em consideração as necessidades dos consumidores da justiça e o estudo das grandes matrizes constitucionais do sistema processual, desenvolvidas em larga escala, após o advento da CF/88. O potencial reformista da fase em andamento, conforme reconhece a doutrina, está longe do esgotamento¹¹¹.

Sobre o assunto, Dinamarco afirma expressamente:

[...] O direito processual constitucional é composto pela *tutela constitucional do processo*, que define como o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição, tais como as garantias da tutela jurisdicional do devido processo legal e do contraditório, além da denominada *jurisdição constitucional das liberdades*, composta, em sua definição, pelo arsenal de meios predispostos pela Constituição para maior efetividade do processo e dos direitos individuais e grupais.¹¹²

A gênese dos estudos modernos, consoante assevera Machado, embasa-se na célebre frase de Chiovenda, segundo a qual “o processo deve dar na medida do que for praticamente possível a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”. A frase do mestre italiano, simbólica para a época em que foi pronunciada, rompeu as barreiras do tempo e contaminou a doutrina, impulsionando a preocupação científica na busca de efetividade processual. Praticamente todas as obras doutrinárias de cunho científico, na área do direito processual civil, adotam a frase chiovendiana para justificar as modernas preocupações¹¹³.

1.7 A TUTELA DO PROCESSO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Até o advento da Carta Política de 1988, o entendimento reinante entre os processualistas procurava extrair do art. 153, § 4º, da Constituição anterior, a garantia do devido processo legal, sob o argumento de que o princípio da inafastabilidade a ela se prendia irremediavelmente. Assim,

¹¹¹ Na última edição de sua obra, Dinamarco coloca em xeque essa premissa metodológica ao afirmar que “a fase instrumentalista tende a exaurir-se em tempo mais breve do que se suspeitava”, DINARMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. Tomo I. p. 353.

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros. 2001. vol. I. p. 53.

¹¹³ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed. revista, São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999. p. 34.

entendia-se que a consagração do direito à prestação jurisdicional, inserido a partir daquela regra constitucional, representava garantia cujo conteúdo era o próprio processo, não como uma ordenação de atos, por meio de um procedimento qualquer, mas como o “devido processo legal”.¹¹⁴

Porém, demonstrando sensibilidade à tendência universal de constitucionalização do processo, o legislador constituinte de 1988 deu um passo à frente, ao estabelecer em duas regras distintas, embora sistematicamente interligadas, os princípios da inafastabilidade jurisdicional, consoante se infere dos incisos XXXV e LIV, de seu art. 5º, regulatório dos direitos e garantias individuais. Conforme acentua Tucci¹¹⁵, tal orientação representa o reconhecimento da evolução e da importância da ciência processual e, no plano normativo, a consagração de duas garantias diferentes: a primeira, que condiciona a elaboração da lei processual aos estritos limites do processo legislativo e, substancialmente, aos critérios de razoabilidade, igualdade, racionalidade, justiça; a segunda, a de que somente por meio de instrumento hábil (de um processo constituído segundo os modelos formal e substancial), é que se dará a aplicação da lei ao caso concreto pelo Estado-juíz, com vista à emissão que legitimamente interfira na órbita jurídica do demandado.

Afora essas duas garantias, outras manifestações relativas ao devido processo legal encontram-se previstas expressamente no texto constitucional, a exemplo do contraditório e da ampla defesa (art. 5º., LV), do princípio do juiz natural (art. 5º., XXXVII e LIII), e que também representam, consoante o magistério insuperável de Grinover “a raiz da regularidade do processo e da justiça das decisões, como fatores legitimantes do próprio exercício da jurisdição e o poder soberano do Estado”¹¹⁶.

Com amparo nessa vestimenta constitucional, pode-se afirmar que toda a complexidade de princípios e garantias que envolvem, na atualidade, a cláusula do devido processo legal, bem como essa gama de

¹¹⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense. 1971. vol. I. p. 91 e 92.

¹¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 89.

¹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense. 1990. p.4.

direitos, ditos fundamentais e democráticos, outorgados ao cidadão contra o Estado, no âmbito da jurisdição civil, não significam outra coisa senão a ação efetiva do Estado, direcionada na busca da consolidação dos novos patamares na vida moderna, consubstanciados no anseio de aproximar mais e mais o processo da justiça substantiva e a atividade judiciária formal, da tutela das liberdades. A afirmação dos princípios constitucionais do processo representam, em síntese, o resgate de parcela da dívida que o Estado tem para com a sociedade, em razão do déficit histórico-cultural decorrente do absenteísmo¹¹⁷.

Antes do advento da carta Política de 1988, o CPC/73 mostrava-se inoperante na tutela efetiva dos direitos materiais, pois fora estruturado a partir de concepções liberais, com preocupação voltada à proteção de valores individuais fincados na igualdade material e na manutenção do “statuo quo”. Esse ponto de desequilíbrio foi muito bem realçado por Marinoni, que, ao tratar da tutela antecipada, consignou repetidas vezes ser “o esquema clássico do processo civil brasileiro um mecanismo que perpetua a situação do réu em detrimento da premência do direito do autor que tem razão”¹¹⁸.

O processo civil é o instrumento fundamental para aplicação da norma positiva substantiva e não poderiam os juristas ficarem insensíveis a tais fenômenos. Grande era a necessidade de atualização e modernização, o que importava na modificação de métodos e técnicas, com a finalidade primordial de aproximar o processo civil das novas exigências sociais.

A doutrina de Silva retrata o contexto da época:

[...] A chamada revolução tecnológica, muito mais intensamente que a Revolução Industrial do século passado, tem afetado nossa estrutura social, impondo ao homem contemporâneo, não apenas uma rápida transformação de todos os aspectos da vida em sociedade, onde a mudança

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense. 1990. p.5.

¹¹⁸ Para Marinoni, “Se o autor é prejudicado esperando a coisa julgada material, o réu, que manteve o bem da vida na sua esfera jurídico-patrimonial durante o longo curso do processo, evidentemente, é beneficiado. O processo, portanto, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem”, MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 17-18.

tem sido característica fundamental; mas, além disso, ameaçando a humanidade com uma verdadeira mutação social. [...] Ora, se o Poder Judiciário está condenado a sucumbir na luta pela superação dos problemas gerados pela própria evolução social, ou, pelo menos, deverá aceitar a permanente inadequação, como uma decorrência inelutável das peculiaridades históricas, tornando-se mais ou menos quiméricas as aspirações de uma justiça célere e eficiente, não há necessidade de outras justificações para demonstrar a atualidade e importância das ações cautelares, que são, precisamente, instrumentos capazes de aliviar tensões criadas por este desequilíbrio estrutural, dando aos que procuram a proteção judiciária pelo menos mais segurança, o que, em última instância, é também um fim colimado pela jurisdição comum¹¹⁹.

Assim, diante de um quadro de inquietações pela busca de uma justiça efetiva, que viesse a atender aos novos padrões democráticos da sociedade brasileira, foram concebidas significativas inovações no processo civil vigente, inicialmente incorporadas pela primeira etapa de reformas do Código de Processo Civil, por meio do advento da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, dentre as quais se destacou a positivação da *antecipação de tutela*.

Justificava-se, neste contexto de transformações sociais, a inserção do instituto no sistema processual, especialmente em razão da crise de identidade¹²⁰ por que passava o procedimento padrão adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, que já não atendia aos mínimos anseios por celeridade processual, permitindo ao legislador prestigiar, dessa forma, o princípio da *necessidade*, pois, ao se constatar que, sem a possibilidade legal de antecipar-se a tutela jurisdicional, como norma geral, a espera pela sentença de mérito, quase

¹¹⁹ Ovídio Batista, no início da década de 70, alertava sobre a importância das medidas cautelares, diante da completa inadequação do tradicional processo de conhecimento vigente à época, à tutela do direito material, cf., BATISTA DA SILVA, Ovídio A. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1980. p. 7.

¹²⁰ A tendência moderna de evolução crítica é muito bem desenvolvida por Gomes Neto, em obra que “expõe uma análise teórica da concepção de acesso à justiça como movimento de transformação das estruturas do processo civil brasileiro”, GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2005. pag. 15.

sempre importavam em denegação da própria justiça, cuja inércia passou a comprometer gravemente a *efetividade* da prestação jurisdicional.

A construção doutrinária que serviu de suporte à introdução do instituto no sistema processual civil, enquanto técnica geral buscava, na verdade, instrumentalizar¹²¹ o Poder Judiciário com mecanismo eficaz na solução de conflitos submetidos ao rito ordinário, por meio do qual o juiz passou a deter a prerrogativa legal de, desde logo, deferir a tutela jurisdicional ao autor que se apresentasse como titular de um direito submetido a risco, ou de caráter evidente, mas deveria se submeter ao devido processo legal, com todas as dilações favoráveis ao réu. Destarte, a técnica da antecipação é resposta necessária à ineficiência do procedimento ordinário, mais precisamente a forma encontrada pelo legislador ordinário para combater o chamado “dano marginal” do processo.

É neste sentido é a lição de Marinoni:

[...] A técnica antecipatória é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da Justiça. Já se disse que *a” justiça realizada morosamente é, sobretudo, um grave mal social”*, provocando danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorecendo a especulação e a insolvência, acentuando a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também em um cômodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições de rendição¹²².

¹²¹ Segundo Dinamarco, tem-se por técnica a “predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica e razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade”, DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 225.

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 3. ed., São Paulo: Malheiros. 1997. p. 21.

Passou-se a reconhecer, assim, a existência de casos legais em que a tutela jurisdicional somente servirá ao demandante se deferida de imediato, sob pena de se frustrar o direito pleiteado. A antecipação de tutela, desta feita, ganhou caráter universal¹²³, tornando-se admissível em qualquer tipo de ação de conhecimento, que não dispunha de provimento liminar em seu bojo, sejam ações condenatórias, constitutivas ou declaratórias, concernentes a um preceito básico, que se dirige ao réu (vencido) e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do autor (vencedor).

Antes da reforma operada pela Lei nº 8.952/94, a legislação brasileira, em casos específicos, regulados por leis especiais, já admitia hipóteses de antecipação de tutela, como no caso da concessão de liminar que no mandado de segurança suspende a execução do ato administrativo ilegal ou nulo, assim como é da mesma natureza a liminar que, na ação declaratória de inconstitucionalidade, suspende o cumprimento, provisoriamente, da lei impugnada. Está enquadrada nos mesmos moldes da medida de tutela antecipatória, a liminar na ação possessória, bem como as que arbitram aluguel, liminarmente, nas ações revisionais, ou, ainda, a concessão liminar de alimentos.

No entanto, ao garantir o acesso à Justiça, por meio do devido processo legal, a Constituição não o faz com o propósito de apenas de criar regras formais de procedimento em juízo. Na verdade, o que se está garantindo é a prestação jurisdicional a que o Estado está obrigado, de maneira a que nenhuma lesão ou ameaça a direito fique sem remédio, que deverá ser prestado em tempo oportuno e de forma justa¹²⁴. A inovação da técnica processual representa a um só tempo o fortalecimento do compromisso do Estado com o aprimoramento dos instrumentos de tutela dos direitos substanciais e a respectiva concretização dos novos ideais de efetividade e justiça.

Neste sentido, hodiernamente, deve o processo apresentar-se não apenas como instrumento técnico, mas sobretudo ético¹²⁵, como via

¹²³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 72.

¹²⁴ Constituição Federal de 1988, art. 5º., inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹²⁵ DIAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 22.

adequada a proporcionar ao titular do direito subjetivo violado pronta e efetiva proteção jurisdicional. O processo devido, sob o prisma das garantias dos direitos fundamentais, na atualidade, é o processo justo, apto a propiciar àquele que o utiliza uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional por parte do Estado¹²⁶.

Essa tendência do processo civil moderno, no sentido da buscar resultados práticos, objetivando viabilizar a realização de direitos subjetivos, assim como o pleno acesso à justiça, de modo célere, eficaz e econômico para o demandante, simplificando os mecanismos da justiça civil, sob o influxo de uma atividade jurisdicional efetiva e justa, são os fatores responsáveis pela inclusão das tutelas de urgências no direito brasileiro.

Com efeito, a discussão sobre a necessidade de um processo mais célere e efetivo, como alternativa ao procedimento ordinário padrão, foi amplamente defendida, desde Chiovenda¹²⁷, permitindo ao longo da evolução da ciência processual o desenvolvimento de conceitos e técnicas complementares ao entendimento tradicional dos limites da tutela jurisdicional definitiva e da formação da coisa julgada, consubstanciadas nas possibilidades atuais de antecipação. Este grande mestre italiano¹²⁸ também reconhecia o problema do tempo no processo, e já admitia como finalidade da ação sumária a execução provisória das declarações (dos juízes) “com função executiva, v.g., às ações assecuratórias incumbiria manter o *status quo*, desde que houvesse urgência, por meio das “tutelas de conservação”.

1.8 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Sob o ângulo da efetividade, a maioria dos processualistas pátrios sustenta a tese de que o instituto da antecipação de tutela representa, a par

¹²⁶ MARINONI, Luiz G. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 139.

¹²⁷ Para Chiovenda, processo civil “é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”, CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais**. A relação ordinária de cognição. Tradução de Paolo Capitanio, com anotações do Prof. Enrico Liebman. 1998. Vol. I. p. 56.

¹²⁸ Afirma Chiovenda: “Tendo em conta que a atividade do Estado, para operar a atuação da lei, exige tempo e despesa, urge impedir que aquele, que se viu na necessidade de servir-se do processo para obter razão, tenha prejuízo do tempo e das despesas exigidas: *a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão*”, CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processo civil: as relações processuais**. A relação ordinária de cognição. Tradução de Paolo Capitanio, com anotações do Prof. Enrico Liebman. 1998. Vol. I. p. 55.

de outras inovações trazidas à lume pelas reformas processuais, o cumprimento rigoroso do ditame constitucional, traduzido na cláusula do devido processo legal. A função jurisdicional acautelatória justifica-se, constitucionalmente, como mecanismo de concretização e de harmonização de direitos fundamentais em conflito. Sua legitimidade decorre não de um dispositivo específico da constituição, mas do próprio sistema constitucional organicamente considerado¹²⁹.

Na mesma linha assevera Pinto que “ainda que não houvesse expressa previsão legal no sentido de ser possível a concessão de tutela provisória, quer no âmbito cautelar, quer no âmbito da antecipação de tutela, ainda assim poder-se-ia cogitar a outorga do provimento jurisdicional equivalente”¹³⁰.

Entende este autor que isso se dá em função das regras atinentes à inafastabilidade do Poder Judiciário quanto à apreciação da lesão ou ameaça de direito (CF, art. 5º., XXXV), e à garantia do exercício constitucional de petição, nele incluído o exercício do direito de ação (CF, art. 5º., XXXIV, a), passando a invocar, inclusive, os princípios constitucionais da isonomia, assim entendida a paridade de armas para que haja igualdade processual, e o princípio da proporcionalidade, na medida em que não seria razoável sacrificar o direito daquele que tem razão apenas e tão somente para se prestigiar o formalismo processual¹³¹. Desta forma, parece não haver dúvida na doutrina processual brasileira que o instituto insere-se no ordenamento como técnica de contraponto aos males que o tempo traz ao trâmite do processo, mas converge ao devido processo legal.

A mesma percepção apresenta Dinamarco quando leciona que “a antecipação de tutela é um instituto que visa assegurar um acesso efetivo ao Judiciário, quando haja o perigo de perecimento do direito, se não houver proteção pronta”¹³². O instituto, assim, deita suas raízes no princípio do devido processo legal e no disposto no inciso XXXV do art. 5º., que consagra o princípio da ubiquidade.

¹²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Restrições à concessão de liminares. **Revista de Processo**. n. 125. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 35.

¹³⁰ PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. **Revista de Processo**. n. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 51.

¹³¹ PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. **Revista de Processo**. n. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 52.

¹³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 245/246.

Essa posição do instituto está intimamente relacionada ao art. 1º. do Texto Constitucional, que dispõe ser o Brasil um Estado Democrático de Direito”.

Como se observa, o direito de acesso à jurisdição estatal consubstancia direito à obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, sem dilações indevidas. Há verdadeiramente, positivada no ordenamento constitucional, uma garantia à tutela efetiva. Por isso, Destefenni justifica com inteira razão que “devem existir tutelas urgentes provisórias, únicas aptas a assegurar a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional nesses casos onde há o perigo da demora, embora propiciem decisões não definitivas da lide”¹³³.

De igual modo, na medida em que o Estado monopoliza a atividade jurisdicional mediante imposição do seu poder soberano, na resolução dos conflitos de interesses, vedando a autotutela, passa essa atividade a estar relacionada não apenas com cumprimento do dever estatal de não declinar da prestação jurisdicional diante de lacuna de lei. O monopólio da justiça pública vai além e impõe, constitucionalmente, o dever de eficiência ao Estado, na prestação da tutela jurisdicional, traduzindo-se, em suma, em dever indeclinável de velar pela rápida e justa solução dos conflitos em juízo¹³⁴.

Parece inegável que a instituição da tutela antecipada, além de representar o cumprimento do dever imposto ao legislador de construir o “justo” e “devido” processo, significa, no plano da garantia, a prevalência do valor “efetividade” sobre o valor “segurança jurídica”, toda vez que esta se revele prescindível diante de circunstâncias que coloquem em risco a concretização do direito do litigante. Seja como for, a opção política traduzida na disciplina da antecipação de tutela encontra plena guarida no interior da cláusula do devido processo legal¹³⁵.

O direito que emerge do sistema constitucional à efetividade da jurisdição, que garante ao cidadão os meios eficazes de concretização fática das pretensões materiais, em qualquer demanda judicial, devendo esta ser processada sem dilações indevidas, em princípio, não anula a garantia, que esse mesmo sistema

¹³³ DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2002. p. 294.

¹³⁴ DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2002. p. 295.

¹³⁵ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999. p.65/66.

consagra como direito fundamental do demandado, ao contraditório e à ampla defesa, em processos judiciais¹³⁶.

Indubitável, no entanto, que a necessidade de proteger e realizar os direitos no plano prático, por meio de tutela preventiva adequada e tempestiva, não interfere no sistema que garante o contraponto do direito fundamental à segurança jurídica, lastreada em *cognição exauriente*, que se apresenta como método ordinatório da atividade judicial que submete as decisões dos conflitos a procedimentos prévios, nos quais se permitem aos litigantes o pleno exercício do contraditório e ampla defesa, como garantias constitucionais¹³⁷.

A ideia de segurança jurídica, nos tempos atuais, está bem distante dos ideais liberais construídos pela Revolução Francesa. Sedimentada no apogeu da codificação e tida como intransponível no modelo liberal-burguês – esse sistema firmou as bases de prevalência do procedimento comum ordinário como estrutura padrão de resolução dos conflitos, representativo de uma opção pelo formalismo –, a segurança de outrora, como instrumento de proteção contra a intervenção do Estado, cedeu lugar, na modernidade, a conceitos, valores, métodos complexos e transitórios da evolução social, resultantes dos irreversíveis efeitos da revolução tecnológica, que superou as concepções marcadas pelo sentimento de permanência e realizações das grandes civilizações na História¹³⁸.

Pode-se dizer que a simples superação do modelo liberal-burguês, fundado na infalibilidade dos códigos como instrumento técnico suficiente a propiciar a tutela dos direitos, por si só, já permitiu o avanço do processo civil sob diversas perspectivas, mormente no campo das tutelas de urgência, das quais a tutela antecipatória é espécie. Se, nos idos da revolução iluminista a atividade jurisdicional era considerada um perigo a esse ideal de segurança – convém observar que os códigos foram criados para controlar juízes e tribunais –, após as transformações sociais a partir do pós-guerra, o que foi gerido como solução de

¹³⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993. p. 99.

¹³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 70.

¹³⁸ OVÍDIO, A. Batista da Silva. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1980. p. 7.

segurança, acabou por se transformar em verdadeira ameaça à tutela efetiva de direitos fundamentais reconhecidos pelo insurgente Estado Social¹³⁹.

A impossibilidade de tutela fundada em *verossimilhança*, no procedimento ordinário clássico, estava atrelada à ideia de que somente um único julgamento poderia declarar as palavras da lei. Esse julgamento teria que ser posterior à verificação da existência do direito. A lógica do sistema fora construída com base no ideal da “busca da verdade”, que somente poderia ser alcançada após o exercício de juízo de integralidade sobre a prova. Essa premissa controlava o Judiciário e garantia a pseudo liberdade dos cidadãos¹⁴⁰.

Saliente-se que o CPC brasileiro, até o advento da reforma de 1994, desconsiderava totalmente os valores da Constituição Federal. Ora, uma Constituição que tem seu paradigma maior fundado na *dignidade da pessoa humana* e garante o acesso à justiça de forma ampla, inclusive em casos de ameaça a direito, passou a exigir a estruturação de um sistema processual capaz de garantir de forma adequada e efetiva a inviolabilidade dos direitos não patrimoniais, individuais e coletivos, conforme reconhece Marinoni,¹⁴¹ em magnífica obra sobre a evolução da técnica processual, após o ocaso do modelo liberal.

A exigência do novo ordenamento constitucional, na esteira da legitimidade das pressões sociais, oriundas do processo de redemocratização do país, rompeu a inércia da ordinariedade procedimental, para permitir a ampliação da técnica processual e instituir o juízo antecipado de mérito. Supera-se, assim, a ineficiência do processo ordinário clássico, método que se tornou incompatível com a proteção integral dos direitos fundamentais.

Do ponto de vista da técnica processual, o avanço afigura-se extraordinário, pois o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da pretensão de mérito, antes da sentença final, em qualquer tipo de ação de conhecimento, possibilitando entregar à parte litigante, em regime de cognição sumária, o próprio bem da vida, objeto do litígio. Ficam excluídas, à evidência, as

¹³⁹ ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutela de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 169.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 35/36.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e Tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 36.

ações cujo procedimento disponha de previsão expressa de provimento liminar, além das ações executivas destituídas de lide.

A inserção do instituto no sistema processual transforma o modo-de-ser do processo originário de 1973, adequando-o ao moderno panorama das técnicas processuais, franqueando aos juízes e tribunais combater a morosidade judiciária, como forma de sedimentar a concretização da tutela efetiva dos direitos constitucionais fundamentais¹⁴².

Antes da positivação do instituto no quadro das tutelas jurisdicionais de urgência, esta realidade era bem diferente e apresentava uma forte deficiência estrutural. Não havia previsão legal, em caráter geral, da necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva em face de situações de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, no plano de satisfação dos direitos materiais, vale ressaltar, no plano da antecipação de efeitos de mérito do provimento final. A certificação do direito e as situações de risco ficavam atreladas à cognição exauriente, dependendo da prolatação de sentença definitiva.

Afora a previsão de liminares em alguns procedimentos ditos especiais, como, por exemplo, na Lei do Mandado, na Lei de Ação Civil Pública, na Lei de Alimentos, nas Ações Possessórias ou, mais recentemente, no Código de Defesa do Consumidor, o juiz não dispunha de instrumento adequado para tutelar situações de urgência no plano da satisfação dos direitos (mérito), se as ações ajuizadas seguissem o rito procedimental comum¹⁴³.

Tal disfunção gerou fenômeno peculiar no direito pátrio, denominado “força expansiva do processo cautelar”, que permitia a utilização das medidas cautelares fora de sua índole conservativa, ampliando a sua incidência ao campo da satisfatividade dos direitos, oriunda de uma solução criativa dos advogados e dos tribunais brasileiros, na tentativa de colmatar uma lacuna da lei processual. Esse expediente, anômalo por excelência, perdeu a razão de ser, após a consagração no sistema da antecipação de tutela, o que implica na purificação do processo cautelar e no redimensionamento do campo das tutelas de urgência¹⁴⁴.

¹⁴² MACHADO, Antonio C. da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999. p. 62.

¹⁴³ MACHADO, Antonio C. da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999. p. 63.

¹⁴⁴ NETO, Luiz Orione. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 31.

Nesse sentido, a inefetividade do procedimento ordinário havia transformado o art. 798 do Código de Processo Civil em verdadeira “válvula de escape” à prestação da tutela jurisdicional adequada, cuja técnica processual à época utilizava as medidas cautelares com escopo de sumarização, como remédio contra a morosidade do processo¹⁴⁵.

O avanço da técnica com a reordenação do sistema a partir da positivação da antecipação de tutela em caráter universal na tutela dos direitos evidenciados corporifica o anseio da busca de uma ordem jurídica justa, por meio de um processo civil mais justo e célere, que permita, na medida do possível e no menor espaço de tempo possível, entregar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo o que ele tem direito de obter.

Desta forma, mediante a instituição de uma nova fase procedimental no processo de rito comum, a lei passa a permitir a eliminação em variadas situações, do longo caminho para se alcançar uma solução final, tornando racional e eficiente a outorga da prestação jurisdicional pelo juiz.

O escopo maior de imprimir racionalidade ao sistema (num contexto de lentidão, racionar a técnica significa tão-somente afastar o impedimento da agilidade) não representa discricionariedade ilimitada concedida ao juiz, pelo contrário, contrapõe-se a essa premissa a razoabilidade do condicionamento para a concessão da antecipação, expressa no preenchimento de requisitos legais mais exigentes dos previstos para a tutela cautelar de urgência. Por conseguinte, o instituto da antecipação de tutela representa um significativo avanço na realização infraconstitucional do direito ao justo processo¹⁴⁶.

O escopo da Lei nº. 8.952, de 13 de dezembro de 1994 dota o sistema processual de instrumento técnico adequado, para permitir a concessão de medida liminar antecipatória de mérito, diante de situações de risco iminente ao direito da parte demandante, invertendo o ônus do tempo no processo, que passará

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed., São Paulo: Malheiros. 2006. p. 123.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed., São Paulo: Malheiros. 2006. p. 124.

a ser suportado pelo réu, em detrimento da lentidão da justiça – tal ato foi providência fundamental para o processo civil brasileiro¹⁴⁷.

A técnica permite a eliminação do fator tempo excessivo como obstáculo à realização da justiça no caso concreto, além de possibilitar a extensão da tutela jurisdicional rápida a todos os direitos, viabilizando a acessibilidade conferida a quaisquer supostos titulares de direitos à via antecipatória, sem prejuízo da atividade probatória assegurada pelo próprio procedimento cognitivo comum¹⁴⁸.

À época da aprovação do instituto, a técnica da antecipação fora recebida como sinal de esperança em meio à crise que afetava a justiça civil. Passados mais de quinze anos, a crise continua a afetar o aparelho judiciário, porém, sob a perspectiva da celeridade, o instituto representa o principal mecanismo processual para coibir os males que o tempo causa ao processo¹⁴⁹.

A antecipação de tutela permitiu a percepção de que o comodismo de regras formais, consubstanciadas em um procedimento judicial padrão, o qual privilegiava as classes mais abastadas da população, amparando a segurança e o pretense equilíbrio das decisões judiciais, não poderia se sobrepor aos anseios, quase que agônicos, dos jurisdicionais por justiça célere e efetiva. O juiz que se omite causa prejuízo tanto quanto o juiz que julga mal. Não só o agir, mas especialmente o não agir, são causas que podem gerar injustiça¹⁵⁰.

É claro que o instituto não poderia ser visto como o único instrumento que resolveria os graves problemas funcionais da justiça brasileira. Após longos anos de vigência, especialmente pelo espírito construtivo que presidiu as reformas do processo civil, afirma-se ser inegável a sua repercussão social, em termos evolutivos, de ganhos processuais, jurídicos e sociais.

Com a abertura democrática, permeável a todos os segmentos sociais, a justiça brasileira superou o trauma da falta de acesso, não houve mais espaço para acomodações formais de qualquer natureza. A explosão

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de Tutela**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 25.

¹⁴⁸ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999. p. 40.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de Tutela**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 21.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de Tutela**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p.22.

das demandas judiciais, no país, a partir da ampliação dos sistemas de acesso, tão bem delineado pela Carta Política de 1988, coloca o instituto da antecipação de tutela como instrumento indispensável à realização da justiça.

Para se ter uma noção exata da inegável repercussão social do instituto, doravante, se a parte é titular de um direito evidente, que pode ser comprovado de plano (prova documental) e se suas alegações sobre os fatos que justificam a tutela a esse direito evidente são verossímeis (aparência de verdade), basta pensar que ao provocar a atividade jurisdicional, por meio de advogado, ou, em alguns casos, sem a presença de causídico, poderá obter a tutela a esse direito já no início do processo (liminarmente), sem as delongas de praxe.

Portanto, sem a necessidade de esperar pela sentença final de mérito para obter o que de direito lhe pertence, na medida e exatamente naquilo que lhe é de direito, ou seja, que lhe é devido pela tutela jurisdicional. Trata-se da confirmação dos argumentos defendidos por Chiovenda, que passou a ser positivada em definitivo pela reforma do CPC/73.

1.9 A PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA

Não é somente pelo prisma da técnica que se revela a perspectiva da efetividade. Isto porque não só a rapidez da prestação jurisdicional pode ser vista como sinônimo de efetividade. A garantia para o credor de que poderá gozar o bem da vida, que o direito material lhe atribui, também passa a ser expressão exata da realização desse mister¹⁵¹, como uma das formas de revelação da efetividade do processo, por meio da generalizada possibilidade de se pleitear provimentos úteis e eficientes, amparados em um sistema que apresenta rigor sistemático e executivo, com a conjugação dos preceitos contidos no art. 273 e 461, e mais recentemente 461-A, todos do Código de Processo Civil.

O problema do acesso à justiça é muito mais amplo e, no que se refere ao descumprimento de escopos fundamentais da jurisdição e do processo, é fruto, principalmente, da falta de compromisso da classe política e do Estado, com a modernização do aparelho judiciário. Aspectos culturais e econômicos também comprometem o avanço almejado e esses fatores dificultam, de fato, a pronta solução da oferta jurisdicional aos conflitos. Esses “óbices

¹⁵¹ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999. p. 41.

ilegítimos” representam as dificuldades de maior dimensão, porque muito pouco pode a técnica processual fazer para superá-los¹⁵².

O chamado “Projeto de Florença”, desenvolvido no decorrer da década de 70, orientou nova linha metodológica de pensamento voltada às investigações sobre um processo civil de resultados, fixando as bases do movimento pós-moderno de acesso à justiça, cujo trabalho seminal¹⁵³, liderado por Cappelletti e Garth, identificou os pontos de estrangulamento do sistema processual e propôs soluções para a superação de vários dos obstáculos, dentre os quais a questão das altas custas judiciais, o tempo gasto no processo, a desigual possibilidade das partes, as pequenas causas, os interesses difusos e outras barreiras que impedem o acesso à ordem jurídica justa¹⁵⁴.

Os estudos de Cappelletti foram bem assimilados pelas escolas processualistas ocidentais, especialmente no Brasil, tendo em vista representarem a formulação de uma postura científica realista sobre a atuação da jurisdição e da busca de efetividade processual, na medida em que reconstrói posições dogmatizadas pela ciência processual ao longo de quase um século, com o objetivo de readequar os instrumentos processuais aos novos paradigmas das demandas e das exigências sociais. O velho direito processual, com sua postura meramente técnica, como reconhece a doutrina pátria, já não vinha correspondendo aos anseios por soluções efetivas e céleres.

Em obra seminal para o direito processual civil brasileiro e seguindo a mesma esteira de pensamento, Dinamarco propôs nova compreensão do acesso à justiça, sob uma perspectiva de instrumentalidade processual¹⁵⁵, passando a enumerar os escopos sociais, políticos e jurídicos da jurisdição, bem

¹⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. Tomo I. p. 144.

¹⁵³ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988. p. 15 e ss; essa obra, baseada em relatórios de direito comparado, foi e ainda é de fundamental importância para a ciência processual, pois orientou os processualistas, nos estertores do século XX, a construir novos parâmetros quanto ao modo de pensar o “processo”, com premissas voltadas à busca de resultados práticos; é obra que condensa os principais fundamentos da terceira fase da ciência processual (fase instrumentalista), ora em andamento, e ainda longe de esgotar o seu potencial reformista.

¹⁵⁴ TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao Direito, Duração Razoável do Procedimento e Tutela Jurisdicional Efetiva nas Constituições Brasileira e Portuguesa. In: JÚNIOR, Alberto Gosson Jorge (Org.). **Constituição Federal após 20 anos: reflexões**. Campinas. SP: Millennium. 2009. p. 110.

¹⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 303-304-307.

como os pontos sensíveis da atividade judiciária brasileira, a partir dos critérios de admissão em juízo, modo-de-ser do processo, justiça das decisões e efetividade das decisões judiciais. Transcreve-se abaixo a lição de Dinamarco:

[...] Um novo método de pensamento a ser perenemente aplicado na interpretação dos textos, dos casos particulares e do sistema processual em si mesmo; afirma que superada a fase conceitual do direito processual civil e não mais sendo objeto de preocupação a sua autonomia nem prevalecendo mais a visão interna do sistema, cada vez mais nítida se torna a necessidade de encarar o processo de uma perspectiva teleológica, instrumentalista, com o reconhecimento de sua importantíssima missão perante a sociedade e as suas instituições políticas; e, com essa preocupação, diz o mestre, a mensagem que o presente estudo contém é, em síntese, a da justiça, da pacificação, da liberdade e da participação democrática através dessa instrumentação que a técnica do direito põe à disposição dos indivíduos e dos agentes do poder; com esse pensamento Dinamarco expande as colocações teóricas do direito processual civil na construção de um pensamento crítico voltada para a busca de soluções práticas no sistema processual. [...] Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significaria, no contexto, falar de algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las felizes (ou menos infelizes) mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas¹⁵⁶.

A confirmação da tendência de efetividade (instrumentalidade na visão de Dinamarco), irreversível e já sedimentada no direito processual civil brasileiro – consubstanciada no entendimento segundo o qual o processo tem que ser pensado como instrumento voltado à realização

¹⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 307.

concreta do direito material – foi muito bem sintetizada por Moreira, em lições clássicas sobre a efetividade do processo, nas seguintes observações:

- 1) O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados na medida do possível a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema.
- 2) Esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo de eventuais sujeitos.
- 3) 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.
- 4) Em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento.
- 5) Cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias¹⁵⁷.

A necessidade de sanar a morosidade na prestação jurisdicional e consequentemente evitar a eternização dos processos traduz o sentido estrito da positivação as medidas de urgência, com destaque para a antecipação da tutela, além de um amplo rol de medidas cautelares, previstas em livro próprio no CPC, aptas a assegurar proteção provisória da ordem jurídica violada, até que o provimento final solucionador do conflito seja proferido.

Os desdobramentos para o direito brasileiro, a partir da consolidação da onda de efetividade, amparada pelo texto constitucional, em seu

¹⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a efetividade processual. In: **Temas de Direito Processual**. Sexta série. São Paulo: Saraiva. 1997. p. 45-50.

art. XXXV, assecuratório de que nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída do Poder Judiciário, serviu para modelar a tutela jurisdicional ofertada pelo Estado Social, Democrático e de Direito, a partir das seguintes orientações:

- 1) Busca pela efetividade da jurisdição e por um processo civil de resultados (assim, p. ex., o chamado “estatuto da tutela específica”, dos arts. 461 e 461-A, do CPC).
- 2) Correlato funcionamento dos poderes do juiz em busca dessa efetividade.
- 3) Técnicas de aceleração da prestação da tutela jurisdicional (julgamento antecipado da lide; antecipação de tutela; execução dos títulos extrajudiciais e processo monitório), que vieram a receber com a EC n. 45/2004, beneplácito constitucional expresso no art. 5º., LXXVIII, da Constituição Federal de 1988).
- 4) Técnicas de compatibilização entre a cognição judicial e as diversas situações do direito material para melhor realizar o direito material.
- 5) Ampliação à legitimidade ativa para a tutela de direitos e interesses coletivos (correlação entre LACP e CDC)¹⁵⁸.

Na esteira do ideal de efetividade, é fora de dúvida que as ondas renovatórias do processo, propostas por Cappelletti, foram amplamente concretizadas no direito processual civil brasileiro¹⁵⁹. Por meio de reformas setorizadas, que tiveram início em 1994, o legislador modificou a estrutura do processo civil originário do CPC/73, com incorporação ao sistema processual de vários institutos, dentre os quais se destacaram a positivação da tutela antecipada, do regime de tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, bem como a nova formatação da execução de títulos judiciais e extrajudiciais.

Para reforçar ainda mais a nova política legislativa fundada no ideal de efetividade do processo, foi promulgada a EC nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que inseriu várias disposições na CRFB/88, ajustando-se aos

¹⁵⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo Saraiva. 2007. p. 10-11.

¹⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988. p. 31-67.

ideais da instrumentalidade. O legislador constitucional, afirmando no plano dos direitos fundamentais, positivou no sistema a garantia à duração razoável do processo (art. 5º., LXXVIII). Ao mesmo tempo, estabeleceu-se que, o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população (art. 93, XIII). Atendem à mesma aspiração os incisos XII e XV do art. 93, segundo os quais a atividade jurisdicional será ininterrupta e os processos deverão imediatamente distribuídos, em todos os graus de jurisdição.

Em recente carta convocatória aos processualistas associados ao Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil-IBDP, seu presidente, o eminente processualista pátrio Athos Gusmão Carneiro, resumiu o panorama das reformas processuais implementadas no país, após o advento da Constituição Federal de 1988 e das ondas renovatórias propostas pelos tratadistas para a atualização do direito processual civil.

Abaixo será transcrito parte do teor desta carta, que tem significado histórico relevantíssimo para a ciência processual, por traduzir as atuais preocupações dos processualistas em estabelecer novas bases científicas para um renovado direito processual. Confira-se:

[...] É hora, pois, de avaliarmos as experiências do processo brasileiro ante as necessidades dos jurisdicionados e as possibilidades do Estado, em análise crítica das técnicas até aqui utilizadas. É hora de pensarmos no futuro menos imediato, de vislumbrar novos rumos e de sugerir propostas cientificamente sustentáveis, que possam ser realmente inovadoras (e, sobretudo, eficazes!). [...] Parece-nos que, neste momento e com este intento, não se deva pensar, ainda, em escrever normas legais, mas em formular ideais e propostas e sustentá-las, apresentar as bases científicas para uma modernizada ordem processual. As reflexões podem ser de caráter geral ou específico e podem tratar de todos os aspectos que envolvem a solução dos conflitos. Será tempo de novos códigos? Ou o conceito de "código" deve ser repensado? Quais os fatores determinantes à elaboração de um novo sistema? Como deve ser a técnica

da justiça face às atuais realidades brasileiras e às perspectivas futuras? Qual a melhor política de solução de conflitos?¹⁶⁰.

As mudanças legislativas implementadas no início da década de 90 obedeceram às orientações traçadas pelo IBDP e pela Escola de Magistratura Nacional, sob a liderança de Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira. A metodologia de trabalho utilizada foi setorial¹⁶¹.

A "primeira etapa da reforma do CPC" compôs-se de uma série de leis aprovadas na década de 1990, que trouxe para o texto do Código de Processo Civil uma série de inovações. Alguns antigos institutos foram inteiramente remodelados (como o agravo). Outros institutos foram pela primeira vez regulamentados no Código (como a tutela antecipada e o procedimento monitório). Reformas houve, porém, que se limitaram a aprimorar textos, sem modificar as normas por eles veiculadas (como se deu, por exemplo, com a reforma operada no texto do art. 516 do Código de Processo Civil)¹⁶².

Encerrada a primeira etapa, em meados de 2001 logo se iniciaria uma segunda, que ficou também conhecida como "reforma da reforma". A partir disso começou o projetista da reforma a se afastar daquela metodologia inicialmente apresentada. Isto porque a segunda etapa da reforma iniciou uma mudança de fisionomia do CPC, ao abolir o processo executivo autônomo, quando o título executivo fosse sentença que condenasse ao cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, iniciando-se a ruptura com o modelo teórico proposto por Liebman, o qual servira de inspiração a Buzaid.

Posteriormente, entre 2005 e 2006, teve lugar "a terceira etapa da reforma", onde se rompeu, definitivamente, com o modelo liebmaniano,

¹⁶⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org.). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. São Paulo: JusPODIVM. 2009. p. 5-6.

¹⁶¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça**. In Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: Saraiva. 1996. p. 890; sobre a metodologia adotada, de caráter setorial, foi descrita pelo Min. Sálvio de Figueiredo da seguinte forma: a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) adotar uma postura pragmática, sem prejuízo do rigor científico; c) encaminhar as sugestões não em um único anteprojeto, mas através de vários, setoriais; d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos, se necessário; e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate entre os vários segmentos interessados.

¹⁶² CÂMARA, Alexandre Freitas. Bases teóricas para um novo código de processo civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. São Paulo: JusPODIVM. 2009. p. 31-32.

pois foi abolido o processo executivo autônomo para as sentenças que condenam a pagar dinheiro, positivando-se um regime de cumprimento de sentença, sob a inspiração do chamado sincretismo processual.

As várias etapas da reforma do CPC, como reconhecem os tratadistas¹⁶³, trouxeram uma série de pontos positivos, e que merecem ser ressaltados. A economia de tempo e de esforço necessários para a apreciação do agravo de instrumento, a regulamentação da tutela antecipada, a simplificação dos procedimentos executivos, tudo isso é, evidentemente, digno de elogios. Não é possível, entretanto, pensar somente nos pontos positivos advindos da reforma legislativa. Se fosse assim, as reformas teriam resolvido os males da ineficiência do processo civil brasileiro. Mas não foi o que, de fato, ocorreu.

Em 14 de outubro de 2009, no entanto, a metodologia setorial foi definitivamente afastada das reformas processuais, pois foi instalada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Min. Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, para elaborar um Anteprojeto de um novo Código de Processo Civil. O texto final dos trabalhos da Comissão foi encaminhado ao Congresso Nacional e aprovado pelo Senado Federal, convertido no PLS166/2010, que ora se encontra em tramitação na Câmara Federal.

A filosofia do PLS166/2010, em linhas gerais, não prevê mudanças radicais ou bruscas, partindo da premissa de manutenção do que pode ser aproveitado do Código vigente, e da incorporação de novidades que atendam essa nova postura processual, tendo em vista uma resposta mais atual aos gravíssimos problemas que afetam a atividade jurisdicional.

À guisa de encerramento do presente capítulo, verificou-se que as intensas transformações ocorridas no século XX foram determinantes como fatores de superação dos ideais estruturantes do sistema jurisdicional liberal, cujo método processual de solução de conflitos tornou-se incompatível com o perfil das novas demandas sociais na era da pós-modernidade.

Constatou-se, ainda, que o regime da tutela antecipada, positivado de forma autônoma no sistema processual brasileiro há mais de quinze anos, ainda representa importante técnica de aceleração dos procedimentos

¹⁶³ CÂMARA, Alexandre Freitas. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. São Paulo: JusPODIVM. 2009. p. 33.

judiciais, inserindo-se como um dos principais instrumentos na concretização da efetividade processual e do pleno acesso à ordem jurídica justa.

Tais constatações não implicam, de forma alguma, em qualquer pretensão conclusiva, pois os estudos científicos sobre o acesso à justiça e a efetividade do processo são extremamente amplos e de complexidade que transcendem o objeto desta pesquisa. O objetivo da investigação, regido pelo sentimento da incompletude, é apenas o de estabelecer premissas para melhor compreender a aplicação da tutela antecipada nos processos de família.

Para cumprir com tal expectativa, será analisado no próximo capítulo a proteção constitucional outorgada aos direitos da família.

CAPÍTULO 2

PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 PERFIL EVOLUTIVO DA FAMÍLIA

A palavra família, aplicada aos indivíduos, empregava-se no direito romano em acepções diversas. Às vezes, representava a reunião de pessoas colocadas sob o pátrio poder e a mão de um chefe único. Usava-se também o vocábulo família em relação às coisas, ora para designar o conjunto do patrimônio, ora a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor. No direito, ela compreendia todas as pessoas que se achavam sob o mesmo teto, não somente o *pater família*, como também os descendentes e a mulher¹⁶⁴.

As discussões a respeito da origem da instituição familiar influíram sobremaneira nos estudos do Direito Romano a partir da segunda metade do século XIX. Os estudos romanísticos até então consideravam a família romana como grupo doméstico patriarcal, fundado pelo matrimônio e vivendo no âmbito do ordenamento estatal, com o fim perspícuo de procriar e educar os filhos e, ainda, de assistência e proteção recíproca¹⁶⁵.

Naturalmente não se discutia se ela teria dado origem ao Estado ou vice-versa. De qualquer modo, já se falava, com base nas fontes romanas, de família patriarcal, limitando-se, porém, a estudar os vários institutos a esta associados. As investigações sobre a organização familiar se multiplicaram e numerosas teses surgiram, provocando divisão profunda entre os romanistas; a família foi, entre outros núcleos, o centro de maior interesse.

Releva salientar que o aspecto jurídico evidente da família romana continua sendo aquele de organismo doméstico, de natureza política de qualquer modo patriarcal, fundada no casamento, conforme as formas estabelecidas pelas leis da cidadania romana e composto pelo *paterfamilias*, pela

¹⁶⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, Tomo VII. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 203.

¹⁶⁵ PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos S/A. 1959. p. 45.

mulher ligada a ele por justas núpcias, por seus filhos legítimos, pelos descendentes legítimos dos seus filhos homens e, ainda, pelos escravos¹⁶⁶.

Sobre o elemento patriarcal, Miranda preleciona:

[...] O tipo patriarcal da família romana constituiu o auge do despotismo do varão. Não era sem certo orgulho que Justiniano, faltando à verdade, considerava a instituição romana da *pátria potestas* como exclusivamente romana. Gaio fora mais prudente: poucos povos a tinham semelhante. O que era certo é que os Gálatas e os Gauleses conheceram fatos sócio-jurídicos de igual monta. Outrossim, os indígenas americanos, Hebreus antigos e Árabes modernos. Em direito romano, a *pátria potestas* não era concebida aos peregrinos, mais podiam eles, em suas leis nacionais, possuir algo de parecido¹⁶⁷.

Essa mesma noção de família adentrou pela Idade Média e durou até os primórdios da Idade Moderna, sofrendo algumas modificações, não apenas pelo advento do Cristianismo, mas também e principalmente, pela introdução na Península Itálica dos princípios do Direito Lombardo¹⁶⁸ e de outras correntes do direito germânico¹⁶⁹.

Por séculos a família legitimamente protegida somente poderia ser constituída através da instituição do casamento, nos moldes aproximados da definição clássica de Modestino, cujo conceito traduz a influência da cultura judaica-romano-cristã: "conjunção do homem e da mulher, que unem para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano"¹⁷⁰.

¹⁶⁶ PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos S/A. 1959. p. 60.

¹⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, Tomo VII. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 235.

¹⁶⁸ Implica esse direito no desenvolvimento das instituições romanas pelo Estado que existiu na Península Itálica de 1815 a 1866. Nasceu sob o controle do Império Austríaco, durante a restauração que seguiu-se ao período napoleônico. Em 1866, o Reino Lombardo-Vêneto foi anexado pelo Reino da Sardenha, que passou a denominar-se Reino da Itália.

¹⁶⁹ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 41.

¹⁷⁰ Digesto, 23, II, fr. I: "Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnes vitae; divini et humani juris communicatio"; vale ressaltar que o "Digesto" é uma compilação das decisões dos jurisconsultos romanos, convertidas em lei por Justiniano, imperador romano do Oriente e que constitui um das quatro partes do corpo de leis civis romanas (corpus juris civilis).

Com a evolução dos costumes, a doutrina tradicional da igreja católica passou a considerar o casamento como contrato que se eleva à dignidade de sacramento, consolidando-se, assim, a doutrina que reconhece o casamento como um contrato-sacramento¹⁷¹. Advém dessa concepção a sua principal característica, que reside na indissolubilidade do vínculo matrimonial.

No Brasil, como no direito canônico, o casamento fora, antes da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, indissolúvel, mantendo-se fiel à concepção tradicional de legitimidade originária fundada no matrimônio. Até a superação desse dogma, no entanto, dizia-se que o casamento era a base da família, sendo inconteste a posição segundo a qual, apesar de ser um contrato, tinha feição especial, que se distinguia dos demais contratos, meramente patrimoniais. Isto porque, enquanto estes giram em torno de interesses econômicos, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais, de tal forma que produz efeitos que não podem desaparecer, subsistindo sempre e sempre como que para mais lhe realçar o valor¹⁷².

Com a edição da referida emenda, foi admitido o divórcio no país, após separação judicial por mais de três anos ou separação de fato que perdurasse por mais de cinco anos, anteriores à sua edição. Logo após, foi editada a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, regulamentando o divórcio. A Constituição Federal de 1988 reduziu tais prazos, para fixar um ano de separação judicial para os casos de divórcio indireto, bem assim o da separação de fato para dois anos, nos casos de divórcio direto. Já com a Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989 possibilitou-se a realização de divórcios sucessivos. O advento da Lei nº 11.441, de 4 de novembro de 2007, regulou o regime de separação e divórcio extrajudiciais. E, mais recentemente, a Emenda Constitucional nº 66/2010 flexibilizou por completo as exigências objetivas para a concessão do divórcio no Brasil, eliminando do sistema os processos de separação judicial¹⁷³.

¹⁷¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, Tomo VII. São Paulo: Bookseller. 2000. p. 204.

¹⁷² SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Interpretado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1986. vol. IV. p. 10-11.

¹⁷³ CF/88, art. 226, § 6º: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

2.2 OS NOVOS PILARES DA FAMÍLIA

O avanço da legislação é resultado das radicais transformações sócio-culturais experimentadas pela sociedade brasileira no decorrer do século XX, que impulsionaram uma completa reformulação dos valores tradicionais do modelo patriarcal, fazendo surgir novos conceitos para a família e o Direito de Família. A Carta Política de 1988 representa formalmente a consolidação de novos paradigmas, agora voltados à construção de um modelo de família plural, igualitário, democrático, eudemonista e compromissado com a consecução dos valores humanos e da afetividade¹⁷⁴.

A sociedade vive, na pós-modernidade, tempos intrigantes. A comunicação instantânea é a tônica do tecido social, porém, paradoxalmente, as pessoas estão cada vez mais distantes umas das outras, mais solitárias, social e afetivamente¹⁷⁵. É neste ambiente, pois, que são forjados os novos valores familiares, onde o viver livre e sem pressões, a partir da natural escolha do modo de existência das pessoas, representam os pontos mais importantes do convívio social e cultural dos tempos presentes¹⁷⁶. São tempos que exaltam, acima de tudo, a busca da felicidade pela plena satisfação dos desejos individuais¹⁷⁷.

O Direito de Família contemporâneo, modelado pela recepção dos direitos da pessoa humana enquanto liberdades fundamentais, passou a assentar-se, quanto ao seu objeto, na ideia de um não-modelo das relações familiares, abandonada à vontade dos familiares, de cunho eticamente neutro. Nem sequer deveria ser aceito, em obediência à vontade do livre sujeito, ao direito subjetivo e absoluto, que a ética, a antropologia, a biologia, a própria família se determinem em normas (gerais e abstratas), se positivem em direito¹⁷⁸.

¹⁷⁴ CÂNDIDO, João Batista de Oliveira. Um novo tipo de separação judicial no sistema de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal do Código civil de 2002. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 180.

¹⁷⁵ PALAZZO, Lia. A relação entre o grupo familiar e a sociedade pós-moderna: uma convivência antagônica entre dois mundos? In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 29.

¹⁷⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**. São Paulo: Manole, 2005. v. 17. p. 17.

¹⁷⁷ HIRONAKA Giselda Maria Novaes. **A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas**: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: DEL'Olmo, Florisbal de Souza. ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 57.

¹⁷⁸ PALAZZO, Lia. A relação entre o grupo familiar e a sociedade pós-moderna: uma convivência antagônica entre dois mundos? In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 29.

Claramente há, na força dos ventos que sopram a pós-modernidade, um novo modo no estabelecimento das relações familiares, mormente nas relações diretas entre pais e filhos, que muito diferem do modelo anterior. Os modelos fixos do passado desconstroem-se paulatinamente, admitindo uma reorganização conceitual no ambiente familiar, num magnífico e diferenciado encontro geracional, distinto das gerações passadas¹⁷⁹.

E as razões do novo padrão geracional são precisas:

[...] Nas sociedades anteriores a tradição é o meio de lidar com o tempo especo, inserindo qualquer atividade ou experiência particular na continuidade do passado, presente e futuro, os quais, por sua vez, são estruturados em práticas sociais recorrentes, enquanto que, nas sociedades modernas, as práticas sociais são constantemente examinadas e reforçadas à luz das informações recebidas sobre aquelas próprias práticas, alterando, assim, construtivamente seu caráter¹⁸⁰.

Numa sociedade plural, onde o indivíduo livre é visto como valor principal, a força das tradições esmorece e certamente se alteram os mecanismos de controle social. Todavia, o modelo aberto e multifacetado das relações familiares não se compadece com abusos, pois, segundo Palazzo, há que se ter prudência, pois a vida em sociedade [...] não pode ser verdadeiramente livre, não se vive em verdadeira liberdade, não se pode viver solto¹⁸¹.

Vale ressaltar que vínculos afetivos não são uma prerrogativa exclusiva da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão à solidão. Tanto que se tem por natural a idéia de que a

¹⁷⁹ COUTINHO, Maria Lúcia Rocha. Transmissão geracional e família na contemporaneidade. In: BARROS, Myrian Lins de (Org.). **Família e Gerações**. Rio de Janeiro: FGV. 2006. p. 95.

¹⁸⁰ COUTINHO, Maria Lúcia Rocha. Transmissão geracional e família na contemporaneidade. In: BARROS, Myrian Lins de (Org.). **Família e Gerações**. Rio de Janeiro: FGV. 2006. p. 96.

¹⁸¹ PALAZZO, Lia. A relação entre o grupo familiar e a sociedade pós-moderna: uma convivência antagônica entre dois mundos? In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 31.

felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso¹⁸².

Pouco importa a posição que do indivíduo na família ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence, o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade¹⁸³.

Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma relação biológica, a família é muito mais um grupo cultural. Existe antes e acima do Direito. Dispõe de uma estruturação psíquica em que cada um ocupa um lugar, possui uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Daí a importância de ser regulada pelo Direito¹⁸⁴.

Historicamente, tanto o Estado como a Igreja acabaram se apropriando desse fenômeno, visando, cada uma dessas instituições, a atender a seus próprios interesses. A Igreja fez do casamento um sacramento. Pela máxima crescei-vos e multiplicai-vos, atribuiu à família a função reprodutiva, para o fim de povoar o mundo de cristãos. O Estado viu a família como uma verdadeira instituição. Essa visão institucional da família acompanha a própria formação do Estado, que tem o dever de promover o bem de todos, conforme proclama o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, acabando por pontificar seu art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado¹⁸⁵.

A organização da sociedade dá-se em torno da estrutura familiar, e não em torno de outros grupos ou dos indivíduos em si mesmos. O Estado delega à família a formação dos seus cidadãos, tarefa que acaba quase sempre onerando exclusivamente a mulher. Sempre houve certo descomprometimento tanto do homem como das entidades públicas e entes

¹⁸² TURKENICZ, Abraham. **A aventura do casal**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1995. p. 6.

¹⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e Casamento em Evolução. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. 1999. v. 1. p.8

¹⁸⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey. 2. ed. 1999. p. 36.

¹⁸⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey. 2. ed. 1999. p. 38.

governamentais em assumir o encargo de formar e educar crianças e jovens, como principal meio de assegurar o futuro da sociedade¹⁸⁶.

Ainda que não haja uma definição na lei do que seja casamento, ele sempre foi tido como fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada. O casamento gera, como se disse, o “estado matrimonial”, em que os nubentes ingressam pela vontade, mas sua forma nasce da lei, que estabelece suas normas e seus efeitos. As pessoas têm a liberdade de realizá-lo, mas, uma vez que se decidem, a vontade delas se alheia e só a lei impera na regulamentação de suas relações¹⁸⁷.

Todavia, não é a imposição legal de normas de conduta que consolida a estrutura conjugal. São simplesmente a sinceridade de sentimentos e a consciência dos papéis desempenhados pelos seus membros que garantem a sobrevivência do relacionamento, como sede de desenvolvimento e realização pessoal. No atual estágio das relações afetivas, o fundamental é a absoluta lealdade recíproca, viés que deve pautar todos os vínculos amorosos, principalmente quando existente um projeto de comunhão de vidas, uma identidade de propósitos. A cumplicidade pode ser apontada como a razão mesma de seu surgimento e o motivo de sua permanência¹⁸⁸.

À família constituída pelo casamento, mesmo diante das substanciais modificações ocorridas, são atribuídos deveres que, afora aqueles ditados pelos usos, costumes, religião, moral, etc., continuam sendo os relacionados no art. 1566 do CCB, compreendendo fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação da prole, respeito e consideração mútuos. São, a rigor, intervenções indevidas, haja vista que relações afetivas não necessitam de chancela estatal.

Talvez em lugar de direitos e deveres previstos inocuamente na lei, melhor seria se o casamento nada mais fosse do que um ninho, em que se estabelecem laços de afeto, servindo de refúgio, proteção e abrigo. O que se

¹⁸⁶ BRUNO, Denise Duarte. **Mulher e família no processo constituinte de 1988**. Dissertação De Mestrado em Sociologia. Porto Alegre: UFRGS. 2000. p. 82.

¹⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. A Família de Hoje e Casamento: nem direitos, nem deveres, só afeto. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família-IDEF. **Direito de Família & Interdisciplinaridade**. Porto Alegre: Juruá. 2001. p. 114.

¹⁸⁸ PERROT, Michelle. **O Nó e o Ninho: Reflexões para o Futuro**. São Paulo: Abril. 1993. p. 81.

gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e de amor¹⁸⁹.

O novo amálgama familiar reflete, indubitavelmente, os novos hábitos, os novos valores, os novos costumes e as novas permissões que passaram a florescer, pela emergência da necessidade de novos e respiráveis ares, uma exigência dos tempos pós-modernos¹⁹⁰. São exigências que alteraram o foco da tutela funcional da família, permitindo a revalorização do sentimento, produzindo, entre outras coisas, o deslocamento do foco do interesse familiar, por exemplo, para a criança, bem como a autorização para cada membro buscar a sua própria felicidade e bem-estar, valorizando mais a pessoa do que o grupo constituído. Esta inversão paradigmática suplantou as proclamações de outrora, que consideravam ser a unidade social a família e não o indivíduo¹⁹¹.

Constrói-se, assim, um modelo de família eudemonista, na qual se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo, valorizando-se as funções afetivas da família, que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra as pressões econômicas e sociais. Tal é o fenômeno social da família nuclear, onde o que mais conta é a intensidade das relações pessoais, norteadores dos novos desempenhos e desafios da pós-modernidade¹⁹².

Em meio a este multifacetado pluralismo que caracteriza o novo perfil familiar, e apesar das tentativas de apreensão pelos códigos, a advertência de Fachin merece especial destaque:

[...] Os fatos acabam se impondo perante o Direito e a realidade acaba desmentindo esses mesmos códigos, mudanças e circunstância mais recentes tem contribuído para dissolver a “névoa da hipocrisia” que encobre a

¹⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. A Família de Hoje e Casamento: nem direitos, nem deveres, só afeto. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família-IDEF. **Direito de Família & Interdisciplinaridade**. Porto Alegre: Juruá. 2001. p. 116.

¹⁹⁰ HIRONAKA Giselda Maria Novaes. **A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas**: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: DEL’Olmo, Florisbal de Souza. ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 56.

¹⁹¹ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos tempos democráticos. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri: Manole. 2005. p. 19.

¹⁹² HIRONAKA Giselda Maria Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: DEL’Olmo, Florisbal de Souza. ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 50-51.

negação de efeitos jurídicos. Tais transformações decorrem, dentre outras razões, da alteração da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum¹⁹³.

A par disso, as novas relações de família, sejam elas formais ou informais, sejam as antigas como as atuais, por mais complexas que se apresentem, acabam por nutrir-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira se apropriar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à virtude da vida em comum. A teoria e a prática das instituições da família, segundo arguta observação de Vilela, repousa, em última análise, na capacidade de dar e receber amor¹⁹⁴.

A reordenação dos valores familiares resulta em claro posicionamento doutrinário e jurisprudencial, no sentido de sustentar ser o afeto um verdadeiro direito fundamental, expresso em novo olhar sobre a sexualidade, cujos vínculos conjugais se amparam no amor e na afetividade. Afirma-se a importância do afeto para a compreensão da própria pessoa humana, como elemento integrante do seu “eu”, sendo fundamental compreender a possibilidade que dele (afeto) decorram efeitos jurídicos, dos mais diversos possíveis, fazendo com que a vida em família seja sentida e se desenvolva em sua plenitude¹⁹⁵.

A qualificação do afeto como princípio, valor ou direito fundamental na estruturação do núcleo familiar contemporâneo é questão de semântica, pois, o que é incontestável, é que o afeto passou a integrar as relações familiares além do plano meramente privado, para se constituir em relevante valor jurídico. Muito amplo é o espectro do afeto em matéria de família, sendo descrito

¹⁹³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 327.

¹⁹⁴ VILELA, João Batista, As novas relações de família. In: **Anais da XV Conferência da OAB**. Foz do Iguaçu: OAB. 1994. p. 645.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 235.

como mola propulsora do mundo e que fatalmente gera consequências que necessitam de regulamentação pelo sistema legal normativo¹⁹⁶.

As tendências modernas do Direito de Família indicam o afeto como categoria estruturante a ser considerada pela esfera jurídica¹⁹⁷, condicionantes de decisões de tribunais. Confira-se as seguintes ementas:

APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA.

Embora reconhecida na parte dispositiva da sentença a existência de sociedade de fato, os elementos probatórios dos autos indicam a existência de união estável. PARTILHA. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Caracterizada a união estável, impõe-se a partilha igualitária dos bens adquiridos na constância da união, prescindindo da demonstração de colaboração efetiva de um dos conviventes, somente exigidos nas hipóteses de sociedade de fato. Negaram Provento. O Judiciário não pode se esquivar de tutelas as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja digna de reconhecimento judicial.¹⁹⁸

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradora, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurado ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do

¹⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto**. Repertório IOB de Jurisprudência, 15/97. Caderno 3. p. 301.

¹⁹⁷ MANERICK, Rosa Maria dos Santos. **Um Novo Paradigma Jurídico Sobre a Família: a ruptura do paradigma patrimonialista e a fundação de um paradigma centrado na afetividade e dignidade humana**. Dissertação de Mestrado. Itajaí: Univali. 2007. p. 41-42.

¹⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70.006.542.377, da 8ª. Câmara Cível de Porto Alegre**. rel. Des. Rui Portanova. julgado em 11 de setembro de 2003.

legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. Embargos Infringentes acolhidos, por maioria.¹⁹⁹

Após decisão unânime do STF, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, nos julgamentos da ADPF 132/2008 e ADI 4277/2009, não mais pairam dúvidas sobre a posição do afeto como elemento jurídico fundamental e estruturante das relações familiares²⁰⁰.

2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

O fenômeno da constitucionalização se intensificou no Brasil na década de 80, devido à perda de centralidade do Código Civil de 1916 (ao longo do século XX a legislação civil fora submetida a um extenso processo de descodificação) e, em especial, à demora na aprovação do Código Civil de 2002, quando, a partir de um contexto de esvaziamento da legislação civil ordinária, anteviu o legislador constituinte excelente oportunidade para modernizar o sistema jurídico pátrio, inserindo na Carta Política de 1988 princípios informativos revolucionários à estruturação da família, da propriedade e dos contratos²⁰¹.

Tal modo de proceder subverteu, à época, a hierarquia das fontes do direito, colocando o conteúdo programático constitucional em posição de supremacia, precedendo, na ordem, as normas infraconstitucionais, as leis

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes n. 70.003.967.676, do 4º Grupo de Câmaras Cíveis de Porto Alegre**. rel. Des. Maria Berenice Dias. julgado em 09 de maio de 2003.

²⁰⁰ A realidade sociológica brasileira ampliou-se em razão decisão recente, datada de 05 de maio de 2011, na qual o STF reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo. A votação foi unânime e a partir desta data as uniões homossexuais ficaram respaldadas legalmente no país. Com a decisão, a união homoafetiva passou a ser considerada entidade familiar. Assim, poderão ser concedidos os mesmos direitos básicos que os casais heterossexuais já possuem. A decisão considerou dois pedidos que foram unidos para a votação. O pedido do Governador do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, apresentada em 2008, e outro feito pela Procuradoria-Geral da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 de 2009. Ambas pediram que a maior corte do país decidisse se as uniões estáveis homossexuais podem ou não ser comparadas, por efeito vinculante, às uniões heterossexuais.

²⁰¹ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**. Ano 97. v. 870. Abril de 2008. p. 83.

ordinárias (insira-se aqui os códigos), as leis estaduais, os decretos do Poder Executivo e outros tipos de normas e usos²⁰².

Neste sentido, o avanço da legislação é considerado um reflexo direto da evolução social e econômica, correspondente às transformações estruturais do regime capitalista, ditadas por seu crescimento transnacional que impuseram a intervenção do Estado na vida social, exigindo um novo método de pensamento jurídico. Este novo método representa, inegavelmente, a invasão do espaço privado pelo público²⁰³, consubstanciada na superação da dicotomia imposta pela ideologia liberal privaticista do século XIX, tendo como reflexo imediato a proliferação de legislação esparsa sob a forma de estatutos especiais, designados por microssistemas legislativos, que tornaram insustentável a afirmação da centralidade do Código Civil como instrumento regulador das relações privadas, diante de um quadro polissistêmico, que deslocou para a Constituição sua unidade sistemática e axiological²⁰⁴.

Considerando a perda de centralidade da codificação civil, o fenômeno da constitucionalização do Direito de Família, verificado após a promulgação da Carta Constitucional de 1988 é, sem dúvida, o fator responsável pela imposição das profundas modificações de paradigma delineados no tópico anterior, passando esse ramo a ser interpretado em sua relação com a Lei Maior – o que permitiu a atualização das mais variadas matrizes familiares²⁰⁵.

O constituinte estabeleceu parâmetros disciplinadores do reconhecimento da família como base da sociedade, disciplinou seus efeitos e as obrigações do Estado de proteção à família, ampliando o conceito de família, para alcançar as relações que se formam fora do casamento. Harmonizou-se, desta forma, com a evolução social, vez que o sistema jurídico imperante a partir de 1988 eliminou a discriminação dantes existente à união de fato, legitimando-a e afastando o tratamento discriminatório que lhe era dedicado no âmbito jurídico. Com efeito, o advento da Constituição Federal de 1988, além de promover uma

²⁰² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil-constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 4-5.

²⁰³ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 4.

²⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC-Rio. n. 1. jul.-dez. 1991. p. 61.

²⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 46.

profunda alteração no conteúdo e enquadramento jurídico da instituição familiar, constitui-se no denominado *canto do cisne* da família patriarcal no Brasil²⁰⁶.

Tepedino delimitou as bases do fenômeno:

[...] A Constituição Federal, centro reunificador do direito privado, disperso na esteira da proliferação da legislação especial, cada vez numerosa, e da perda de centralidade do Código Civil, parece consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores. O pano de fundo dos polêmicos dispositivos em matéria de família pode ser identificado na alteração do papel atribuído às entidades familiares e, sobretudo, na transformação do conceito de unidade familiar que sempre esteve à base do sistema. [...] Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para a relações familiares dele (mas não unicamente dele decorrentes); e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos²⁰⁷.

A inclusão da proteção à família entre os deveres do Estado nas Constituições contemporâneas, entretanto, não deve ser interpretado no sentido de enquadrar o instituto da família na seara do direito público, ou que deve ser regulada pelos seus critérios técnico-jurídicos. Semelhante interpretação foi admitida somente nos países totalitários, e, das desvantagens e perigos estatizantes, o triste testemunho histórico se deu com a lei alemã sobre as juventudes hitleristas. Desse modo, a tendência que busca eliminar o espírito do direito privado na disciplina das relações-de-família constitui temeridade, senão

²⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O ensino do Direito de Família no Brasil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. vol. 4. p. 305.

²⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 49.

uma impropriedade metodológica, para a qual não devem concorrer as teorias tentando justificar a natureza pública do Direito de Família²⁰⁸.

As relações entre pessoas disciplinam-se por disposições legais que levam em conta o significado social do grupo que formam. A família moderna não tem mais, como unidade, significação política, econômica ou religiosa. Seu caráter político desapareceu com o princípio da igualdade civil e política, de sorte que ninguém tem situação jurídica particular pelo fato de pertencer a uma família²⁰⁹. Deixou de ser, igualmente, unidade econômica, que produzia para o próprio consumo e unidade de culto doméstico hereditário²¹⁰.

A economia doméstica está praticamente eliminada pela economia de mercado. Sob esse aspecto, o grupo familiar anulou-se, mas sua coesão, fundada em interesses materiais, está preservada pelas normas que asseguram a transmissão hereditária obrigatória para os descendentes e estimulam a preferência pelo regime da comunhão de bens. Contribuiu para a perda desta função a progressiva emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número de filhos²¹¹.

Em conseqüência, a família moderna contraiu-se e ganhou novo sentido, mas não se anulou como célula da sociedade. À medida que se desintegra o Estado intervém para protegê-la, limitando a liberdade individual, assistindo-a e concorrendo para fortalecer os laços naturais que atam os membros do grupo. O reconhecimento da sua importância social induz o legislador a atribuir cunho imperativo à maioria dos preceitos do Direito de Família, emprestando o caráter de ordem pública, reduzindo a dimensões insignificantes ao campo da autonomia privada. E essa preocupação estabeleceu

²⁰⁸ SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1986. p. 10.

²⁰⁹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jonas Camargo e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro. 1985. p. 29.

²¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações Familiares. In: DEL'Olmo, Florisbal de Souza. ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 101.

²¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações Familiares. In: DEL'Olmo, Florisbal de Souza. ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 101.

na modernidade as bases de uma nova conformação legal para o Direito de Família, agora com um justo perfil constitucionalizado²¹².

Tal contexto axiológico, oriundo das constantes transformações sociais, colocou a família em lócus privilegiado para a comunhão de afeto e afirmação da dignidade humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, integridade psicofísica e liberdade. Por essa razão, afirma Tepedino, o Direito de Família é um dos ramos do direito dos mais dinâmicos, porque seu objeto de estudo, a família, tem por sujeito o ser humano, dinâmico por natureza²¹³.

Em virtude disso faz-se necessário acompanhar as evoluções ocorridas neste campo, mesmo que de forma mais lenta. Isto se dá, segundo Hironaka, porque [...] a família é uma entidade histórica, interligada com os rumos e desvios da história, ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos²¹⁴.

Não há propriamente um direito de família, mas direitos da família, eis que não possui a família subjetividade jurídica nem exerce atividade como grupo unitário. Tais direitos só se positivam nas relações familiares, que correspondem aos membros da família. Nos dias de hoje, a sua estrutura é nuclear, compondo-se dos cônjuges e da prole, compreendendo, para certos efeitos, determinados parentes. Assim, a expressão direito das famílias melhor atende à necessidade de passar-se, cada vez mais, a enlaçar no âmbito de proteção às famílias, todas as famílias, sem discriminações ou preconceitos.²¹⁵

Essa nova configuração familiar, de diferentes matrizes, todas sob proteção constitucional, atesta a devida maioria civil do instituto da família, permitindo-se a necessária computação de créditos que lhe autorizem empreender jornada segura ao seu livre desenvolvimento moral, social e jurídico.

²¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações Familiares. In: DEL'Olmo, Florisbal de Souza. ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 102.

²¹³ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil constitucional, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte. 2004. p. 304.

²¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e Casamento em Evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. 1999. v. 1. p. 7.

²¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: RT. 2006. p. 26.

A Carta Política de 1988 conferiu status e identidade civil à realidade sociológica que encarna diversificadas modelagens de constituição, estrutura e de formatação familiar existentes no país e assim procedeu ao retirar do porão de armazenagem das categorias excluídas (as famílias naturais), assim chamadas por terem nascido de informalidade afetiva²¹⁶.

Paira no seio da esperançada sociedade brasileira, uma nova e mais extensa concepção social e jurídica de família, democratizada pela ordem constitucional, quando ponderou estender a sua proteção além da tradicional família conjugal, também a família de fato ou a entidade monoparental e reconhecer assim, sem vacilações, como observa Leite, [...] a existência de um fenômeno social, uma nova forma familiar com a qual será necessário, bom ou mal grado, conviver e legislar daqui para o futuro.²¹⁷

Não mais fala o constituinte de uma família celular exclusivamente, estreitada na quantificação de seus integrantes e que do campo migrou para os grandes centros urbanos com a monumental revolução industrial ao vínculo conjugal, mas alargam para o reconhecimento das uniões estáveis entre o homem e a mulher e os grupos informais chefiados por um homem ou uma mulher sem cônjuge ou companheiro²¹⁸.

A nova organização da família segue o fenômeno social da chamada “lei do contínuo estreitamento familiar”, responsável pela transformação dos grandes grupos familiares na família nuclear de nossos tempos. Não chega a ser um modelo único, absoluto, devido à grande pluralidade de tipos familiares existentes e tutelados pela Constituição da República, que em outubro de 1988 terminou descodificando o Código Civil de 1916, ora revogado, como centro das relações de direito privado, especialmente as relações de Direito de Família²¹⁹.

A mutação social da família patriarcal para a família nuclear, como expressão inevitável dos novos padrões da pós-modernidade, permite que as prestações vitais de afetividade e realização individual sejam atingidas, perdendo importância a sua antiga áurea sagrada e os tabus deitados sobre a

²¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT. 1997. p. 17.

²¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT. 1997. p. 19.

²¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família, In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 79.

²¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família, In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 80.

maternidade e paternidade, além de hierarquia e patrimônio, sendo mais relevante, atualmente, a formação natural e espontânea da família.

Obtemperando as bases teóricas de um Direito Civil constitucional, sustenta-se desde então a plena validamente da superação da dicotomia entre o interesse público e o interesse privado, tendo o direito privado deixado de ser apenas o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspirando na simples subordinação do cidadão, prevalecendo, com a Carta Política de 1988, o Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana e na proteção aos seus direitos fundamentais²²⁰.

Em contrapartida, opera-se a reconstrução do Direito Civil como ramo destinado a não mais tutelar apenas os interesses econômicos na órbita do direito privado, mas atuando na realização dos direitos fundamentais da dignidade humana, de modo a favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa. Essa transformação, segundo Perlingieri, ocorre a partir do momento em que as preocupações não se voltam mais exclusivamente para a atividade econômica do cidadão, passando a regulamentar a sua vida social e na seara do Direito Familiar, opta por carregar as suas baterias no propósito de verticalizar o desenvolvimento da personalidade da pessoa²²¹.

Sobreleva como novo fundamento da República de um Estado Democrático de Direito o respeito à dignidade da pessoa humana, que passou a definir uma nova tábua de valores na disciplina familiar, tangente é certo, aos primados da equalização do homem e da mulher, dentro e fora do casamento; a pluralização das entidades familiares e a igualdade dos direitos no tocante aos filhos. Dessa sorte, impõe-se ao legislador buscar a proteção aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum, como especificado no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, à matriz de um Direito de Família desmaterializado, desvinculado das relações de dependência econômica e, sob a auspiciosa égide

²²⁰ TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: RT. 65. p. 22.

²²¹ PERLINGIERI, PIETRO. Perfis do Direito Civil. **Introdução ao Direito Civil Constitucional**, Renovar, Rio de Janeiro. 1999. p. 34.

constitucional de edificação, proteção e graduação da pessoa, enquanto ente integrante de um organismo familiar²²².

Neste diapasão, torna-se necessário reafirmar, consoante preleciona Gama, que a legislação vigente:

[...] Deu um novo tratamento jurídico à família, tratamento esse que está voltado para atender aos anseios constitucionais sobre a comunidade familiar, a qual deve ser protegida na medida em que atenda a sua função social, traduzida na capacidade de proporcionar um lugar privilegiado para a boa convivência e dignificação de seus membros²²³.

Passou a ser consenso entre os tratadistas acerca do novo modelo familiar que a instituição da família há de ser fundada nos princípios da democracia, da igualdade, da pluralidade e da instrumentalidade em prol da dignidade de seus integrantes²²⁴. A democracia, responsável por silenciosa revolução do conceito de família, implica em respeito mútuo e permanente diálogo para a condução comunitária da entidade familiar. A igualdade, a sugerir a superação das diferenças de prerrogativas, direitos e deveres entre cônjuges, companheiros e filhos. A pluralidade, visando a assegurar a escolha do modo de vida das pessoas. E, sobretudo, a natureza instrumental da família, a suplantando a perspectiva institucional que, por muito tempo, autorizou o sacrifício da mulher e dos filhos em favor da unidade formal do grupo em torno do matrimônio²²⁵.

2.4 A TRANSCENDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para o Direito de Família, a era que desponta se traduz em elementos consentâneos com a contemporaneidade, redefinindo posturas e valores sociais, na medida em que descortina às pessoas novas possibilidades

²²² TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey. 1997. p. 550-551.

²²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas. 2008. p. 116/134.

²²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Bases teóricas para o novo direito de família. In: **Temas de Direito Civil**. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 401.

²²⁵ TEPEDINO, Gustavo. Bases teóricas para o novo direito de família. In: **Temas de Direito Civil**. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 402.

não só de ver o mundo, mas, sobretudo, de se ver no mundo. Um alvorecer assim delineado associa critérios de ruptura e evolução, produzindo uma extraordinária maneira de tratar, estruturar, modelar e maximizar o fenômeno jurídico nessa seara. A aplicação do direito, então, condicionou-se não mais como mero ato de conhecimento, da revelação de uma norma preexistente, transmutando-se, além disso, em escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam²²⁶.

Este é o viés que transporta nos dias atuais para as lides do Direito de Família e do próprio Direito Privado, critérios hermenêuticos diferenciados, organizando o que doutrinariamente se classifica como Direito Civil constitucional. Vale dizer: o Direito Constitucional define a moldura dentro do qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem lhe conceder, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados²²⁷.

O salto qualitativo que a pós-modernidade impôs ao Direito de Família implica na sua releitura e reposicionamento espacial e temporal, reestruturando-o do ponto de vista ético. Este salto representa a revisão de princípios constitucionais que passam a ocupar papel central na seara hermenêutica da aplicação das regras jurídicas. Os princípios convivem com as regras jurídicas, não para suplantá-las, mas para produzir, em razão do convívio, uma mais significativa aplicação do direito em prol da justiça, seja pela necessidade de unificar o sistema jurídico, seja pelo fato de promover a síntese axiológica que neles se abrigam, seja especialmente pelo fato de condicionarem a atividade do intérprete na busca da melhor solução aos casos concretos²²⁸.

Dito de outra forma, a releitura das relações familiares à luz dos princípios constitucionais coloca estes em outra esfera valorativa no contexto hermenêutico, pois eles ganham dimensão de normas jurídicas. Não é que se

²²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coords.). **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 29.

²²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coords.). **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 30.

²²⁸ HIRONAKA Giselda Maria Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 54.

transformem em regra positiva simplesmente, mas atuam no sentido de criar um arcabouço maior que ofertam, como mandamentos de otimização que são. Diferente das regras positivadas, os princípios abrem os seus horizontes porque pretendem ser realizados amplamente, embora dentro dos naturais limites da possibilidade jurídica existentes no caso concreto²²⁹.

Alexy ensina o seguinte:

[...] O ponto decisivo entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes²³⁰.

Os princípios são a mais alta expressão da normatividade, porque valem, enquanto as regras vigem. E por assim acontecer, os princípios foram redimensionados e passaram a alimentar todo o sistema jurídico, não apenas a Constituição propriamente dita, não apenas a lei, mas o direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência²³¹. É neste espaço que se inclui o Direito de Família da pós-modernidade e toda a legislação familiar, que deve ser interpretada conforme a ótica civil-constitucional.

O advento do Código Civil de 2002 em nada alterou essa nova posição metodológica, pois o diploma civil apenas promoveu a atualização de valores consagrados pela Carta Política de 1988, devendo obediência formal e material na concretização desses mesmos valores, impondo-se, em caso de antinomia, a regra da inconstitucionalidade, como medida de expurgo do sistema

²²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 90.

²³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 90.

²³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 288.

jurídico²³². Tal realidade revela profunda transformação dogmática, em que a autonomia privada passou a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos doravante na própria noção de ordem pública. A família, portanto, assim como a propriedade, a empresa, o contrato, torna-se instituto funcionalizado à plena realização dos valores constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica. Ou seja: a autonomia privada deixou de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional²³³.

Enquanto fundamento de validade do ordenamento jurídico, o texto constitucional subordina todas as demais regras positivadas, de tal modo que é plenamente possível notar uma necessária força normativa em sua estrutura, condicionador de todo o tecido normativo infraconstitucional. A postura neutral que negava tal evidência, especialmente em razão da arraigada falta de legitimidade popular das Cartas Constitucionais que antecederam a de 1988, bem como o exacerbado positivismo jurídico que tanto influenciou o sistema brasileiro, podem-se dizer estarem superados. Assim, ganha forma na pós-modernidade a necessidade constante de efetivação das normas constitucionais. É premente, portanto, a urgência de emprestar concretude à Constituição Federal, impedindo que o novo perfil metodológico seja lançado no vazio abstrato ideológico²³⁴.

O senso crítico de Barroso esclarece a questão:

[...] Na verdade, a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvéssemos descoberto o óbvio após longa procura. [...] A capacidade de operar com as categorias, conceitos e princípios do direito constitucional passou a ser um traço

²³² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil-constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 4-5.

²³³ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 6.

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar. 6. ed. 2002. p. 10.

distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. A constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação constitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições²³⁵.

A supremacia dos valores constitucionais na aplicação e solução dos conflitos familiares pode ser vista como resposta hermenêutica ínsita à própria ideia de ordenamento jurídico, cuja essência reside em sua unidade e complexidade. Desse quadro decorrem duas consequências fundamentais: (i) o ordenamento não está limitado ao direito positivo; (ii) se é ordenamento, a sua compreensão deve ser sistemática, orgânica, lógica, axiológica e unificada²³⁶.

Tal realidade é de fácil percepção, pois a composição do ordenamento jurídico está assentada em pluralidade de fontes normativas, apresentando-se necessariamente heterogêneo e aberto. Nasce daí a sua complexidade, que, no entanto, só alcançará unidade, caso seja assegurada a centralidade da Constituição, como programa de valores que expressam a identidade cultural da sociedade. São, portanto, os valores ordenados pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito de família²³⁷.

O reconhecimento da principiologia constitucional dotada de força normativa que consagrou a concepção de que o Direito já não cabe nos estritos limites do positivismo jurídico, começou a ser construída, de fato, a partir da segunda metade do século XX. Na trajetória que inseriu os princípios no centro do ordenamento, a dogmática superou a crença de que eles teriam apenas uma dimensão puramente axiológica, sem aplicabilidade jurídica imediata. A distinção qualitativa entre regra e princípio, assim, é um dos pilares da nova hermenêutica

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar. 6. ed. 2002. p. 10.

²³⁶ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 9.

²³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2003. p. 107.

constitucional, indispensável mesmo para justificar a superação do positivismo legalista, que limitava o sistema jurídico às regras positivadas²³⁸.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins, dando unidade e harmonia ao sistema, servindo de guia para o intérprete²³⁹. E este novo norte hermenêutico, indubitavelmente, exerce influência decisiva na conformação da família contemporânea, enquanto célula básica da sociedade. Pode-se mesmo afirmar que tal postura metodológica representa o fim da neutralidade das normas em relação a seu próprio conteúdo e a insuficiente concepção do homem como sujeito abstrato, cujo escopo estaria voltado à ampla proteção nos dias atuais de um sujeito de carne e osso, permeado de necessidades e vulnerabilidades²⁴⁰.

A busca de concretização pela hermenêutica constitucional em prol das necessidades humanas insere-se no conteúdo próprio das normas atinentes à regulação da família, às entidades familiares, à tutela das crianças, adolescentes, idosos, mulheres e deficientes, resultando em ampla interferência estatal no âmbito do Direito de Família. Diriam alguns: ampla publicização das normas de família. Todavia, este fenômeno é distinto da constitucionalização²⁴¹. Isto porque durante muito tempo, cogitou-se de publicização do direito civil, que para muitos teria o mesmo significado daquele. Entretanto, as situações são diferentes. A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, principalmente no âmbito legislativo, característica do Estado social do século XX. Por esse processo houve a redução do espaço de autonomia privada, visando a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. Por outro lado, a constitucionalização implica em reordenação da tutela jurídica a partir da centralidade axiológica constitucional. É ampliação de método interpretativo²⁴².

²³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 329-330.

²³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 1997. Vol. 1. p. 303.

²⁴⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 90.

²⁴¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 90.

²⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIUZA, César. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 198.

O Direito de Família ao se constitucionalizar, amplia os horizontes do seu objeto (a família), que se transmuta para se tornar um instrumento (ninho) democrático de concretização da pluralidade, na esteira da interpretação da principiologia constitucional, com função aberta a quaisquer projetos de vida fundados na dignidade, na solidariedade e na afetividade²⁴³.

É nesse ambiente de renovado humanismo, que a vulnerabilidade da pessoa humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados frágeis, que estão a exigir a especial proteção da lei. É relevante evidenciar, portanto, a distinção entre a constitucionalização e a publicização²⁴⁴, pois o conteúdo e a extensão da intervenção estatal no Direito de Família ganham importância, na medida em que se confrontam, de um lado, a ordem pública, e de outro, a autonomia individual na seara familiar. Equilibrar os dois vetores, não é nada fácil, mas, no plano da objetividade institucional, a composição dessa problemática deve resultar em um mínimo de restrições individuais e um máximo de realização pessoal²⁴⁵.

2.5 RELAÇÕES FAMILIARES E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na agenda de investigações científicas do direito civil-constitucional na atualidade destaca-se, dentre outras, a proteção dos direitos fundamentais. A tendência de proteção aos Direitos Humanos, visto como renascimento de uma nova hermenêutica constitucional é objeto de estudos aprofundados na doutrina mundial e atenção especial no país, dos professores Luís Roberto Barroso, Ingo Sarlet, Eros Roberto Grau e Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, cujos estudos sobre a concretização dos direitos fundamentais extrapolam a relação cidadão e Estado, para também expandirem-se no âmbito de sua incidência nas relações privadas. Tal postura metodológica se

²⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Vulnerabilidades nas relações de família: o problema da desigualdade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 314.

²⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 199.

²⁴⁵ VILLELA, João Batista. Liberdade e família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte. UFMG. 1980. p. 10.

convencionou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, um dos temas mais instigantes do panorama pós-moderno²⁴⁶.

Com efeito, a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais relaciona-se amplamente com os vários aspectos de transformação da proteção jurídica da família, delineadas no tópico anterior a partir do prisma consagrado pela nova tábua de valores constitucionais e pelo novo conceito eudemonista de família. O redirecionamento da hermenêutica constitucional muito se coaduna, seguindo essa linha de raciocínio, com o deslocamento da tutela da família em convergência com o eixo de proteção voltado às tutelas da dignidade da pessoa humana e da personalidade²⁴⁷.

A constitucionalização do Direito de Família, visto como vértice da nova ordem privada, além de implicar em alteração radical do fundamento de proteção à família tem íntima ligação com a perspectiva de eficácia dos direitos fundamentais nas relações familiares. A compreensão dessa conectividade, no entanto, perpassa pela análise do reconhecimento da eficácia mais ampla da fundamentalidade desses direitos na esfera do direito privado. O tema é polêmico e encontra resistência. Porém, a base inicial sustentada neste estudo para reconhecer tal eficácia, deve partir do consenso metodológico que coloca a concepção individualista dos direitos fundamentais na sua dimensão liberal clássica, como superada no panorama da pós-modernidade²⁴⁸.

Inobstante não se pretenda aprofundar a investigação acerca deste tema, é pacífico na doutrina o entendimento de que, desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições modernas, os direitos fundamentais sofreram radicais transformações quanto ao seu conteúdo, eficácia e titularidade. O termo *dimensões*, utilizado para traduzir o caráter evolutivo das legislações na temática, expressa de forma adequada o processo de reconhecimento histórico de novos direitos fundamentais, vinculados a um processo dinâmico, cumulativo e de complementaridade, em contraposição ao criticado termo tradicional *gerações*,

²⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 25.

²⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 25.

²⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. p. 107-108.

que cria a falsa noção de alternância, dando a equivocada impressão de substituição das conquistas em ordem progressiva²⁴⁹.

Tal contexto de eficácia horizontal só pode ser alcançado a partir do momento em que se desconstrói um dos alicerces mais vulneráveis da teoria clássica, centrado na afirmação de que as relações entre particulares são relações entre iguais, caracterizadas no plano da autodeterminação dos indivíduos, enquanto sujeitos formalmente livres, não havendo margem para o Estado intervir, visto não estarem presentes nestas relações as características de dominação e subordinação. Esta é concepção vinculada à primeira dimensão dos direitos fundamentais, em que estes foram concebidos como direitos de defesa oponíveis pelo cidadão frente ao Estado, assumindo função de imunizar o indivíduo contra interferência em sua esfera pessoal²⁵⁰.

De fato, a ideologia que amparou os direitos naturais do homem frente ao Estado, fez-se presente durante a histórica oposição entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, que culminou com o triunfo da burguesia contra o Estado absolutista. Foi neste ambiente que os direitos fundamentais se afirmaram como fundamento das Constituições liberais, como direitos de liberdade com a função específica de salvaguardar, para os indivíduos, espaço de autonomia que seria, em tese, inviolável pelo poder público²⁵¹.

A ótica dos direitos fundamentais na concepção do pensamento liberal-burguês do século XVIII, enquanto garantias de liberdades essenciais do indivíduo (os chamados direitos civis e políticos) tem nítido cunho individualista, afirmando-se como direitos de defesa ou de omissão oponíveis unicamente frente ao Estado, demarcatórios de uma zona de não-intervenção e uma esfera de autonomia individual em face do poder²⁵². O seu conteúdo é

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 45; sobre a mutação histórica dos direitos fundamentais, veja-se: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos. 1995; sobre a complementaridade dos direitos fundamentais, confira-se: BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003.

²⁵⁰ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 34.

²⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 517.

²⁵² LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras. 1991. p. 126.

negativo, exigindo do Estado uma abstenção que respeite a esfera inviolável da liberdade individual, daí nascendo o caráter de direitos públicos subjetivos, passando a ser sustentado na esfera do positivismo jurídico como projeção subjetiva do princípio da legalidade, uma vez que garante ao indivíduo esfera livre de intervenções ilegais da administração pública. A tutela da liberdade assim delineada equivale à tutela da igualdade formal, traduzindo-se na garantia de que nada poderá ser imposto ou proibido ao sujeito privado senão e em virtude de lei geral e abstrata a que todos se encontram formalmente protegidos²⁵³.

Assim, no momento em que os direitos fundamentais inserem-se nestas condições nas constituições liberais, são os poderes públicos que se apresentam como os potenciais inimigos de ameaçar as liberdades individuais, fazendo com que os direitos fundamentais passem a representar no plano jurídico o temor da insurgente burguesia em face do absolutismo recém-derrubado, justificando a necessidade de limitação dos poderes estatais. São praticamente inexistentes, nesse período, as interferências da Constituição no Direito Privado. Apesar de seguirem linhas paralelas, Constituição e direito civil regiam-se por diferentes princípios, o que projetou o Estado como sujeito passivo, único obrigado a respeitar os direitos fundamentais. Não havia, portanto, ambiente para explicar a eficácia de tais direitos entre particulares²⁵⁴.

A forte carga ideológica da doutrina liberal que reflete a separação entre o Estado e a sociedade civil é o fundamento para que setores conservadores continuem a resistir em aceitar uma dimensão mais ampla dos direitos fundamentais, com eficácia projetada também na seara do direito privado. Canotilho obtempera a questão, ao afirmar que “o peso ideológico justifica o artificialismo de certas doutrinas, obrigadas a reconhecer as novas dimensões de proteção dos direitos fundamentais, e as soluções retrógradas que continuam a dar-se a alguns problemas de proteção dos direitos”²⁵⁵.

²⁵³ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras. 1991. p. 126.

²⁵⁴ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 37.

²⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina. 1992. P. 604; confira-se, ainda, sobre o assunto, o excelente trabalho In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

As práticas sociais vivenciadas a partir da ascensão liberal demonstraram, todavia, que as relações privadas nem sempre consubstanciavam a expressão de liberdade real de todos os sujeitos. Ao revés, as relações entre particulares frequentemente revelam situações de profunda desigualdade, pois alguns sujeitos ocupam posição de supremacia social, seja em razão de um poder econômico, seja em razão de qualquer outra forma de poder, e isto desequilibra a realidade social, vindo a ocasionar a completa sujeição dos mais fracos.

O desequilíbrio das relações sociais serviu para reconhecer que a agressão aos direitos fundamentais não são e nem nunca foram provenientes apenas do poder público. As alterações sofridas pelo modelo liberal, consubstanciadas no expressivo crescimento da participação ativa da sociedade no poder, também serviram para demonstrar que o Estado não era o único vilão. A ideologia liberal, desta forma, não foi suficiente para aprisionar uma concepção tão restrita de proteção, passando-se a constatar, especialmente após as consequências da revolução industrial, que a opressão socioeconômica dos mais fortes poderia causar agressões a direitos fundamentais nas relações privadas²⁵⁶.

A percepção da existência dos chamados poderes privados no âmbito da sociedade, permitindo que se constatem também nas relações entre particulares situações de dominação e subordinação, colocou em xeque o dogma da autonomia privada no modelo liberal, onde a regulação das relações privadas encontra o seu principal esteio. Esse desequilíbrio anula completamente o pressuposto elementar da autonomia privada como princípio fundado na liberdade e na igualdade²⁵⁷. Os exemplos mais freqüentes se dão nas relações de emprego, onde o indivíduo participa do âmbito privado tendo que aceitar as condições fixadas pelo empregador, confrontando-se com a existência de poderes sociais que colocam em risco a sua liberdade individual.

A superação do modelo liberal-individualista de proteção aos direitos fundamentais firmou-se a partir das constituições interventivas (a Constituição de Weimar, de 1919, é um exemplo), onde o Estado abandonou a

²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 374.

²⁵⁷ MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. **Poder e democracia**: o pluralismo político na Constituição de 1988. Porto Alegre: Síntese. 1999. P. 38-39.

sua posição abstencionista, para assumir posição ativa na esfera social, objetivando fomentar as condições necessárias ao pleno exercício dos direitos e liberdades. Até então, a preconizada doutrina da igualdade abstrata e formal dos indivíduos não havia atingido os seus objetivos, pois fora incapaz de superar as desigualdades reais presentes na sociedade. A partir dessa nova realidade, o eixo de tutela dos direitos fundamentais se desloca para a proteção da pessoa humana, deixando para trás o indivíduo abstrato, incorporando o Estado uma postura sensível diante dos problemas do homem²⁵⁸.

Nesse novo contexto, o Estado passa a ser devedor não apenas de uma obrigação de respeito (abstenção), mas também contrai um dever de postura ativa, como titular de um dever de proteção integral aos direitos fundamentais, capaz de minorar as desigualdades sociais. A postura de intervenção ativa permite que a atuação do Estado, na pós-modernidade, seja também conformadora da sociedade, possibilitando a correção de seus desequilíbrios. O estado deixa de ser apenas garantidor das liberdades e passa também a ser o promotor dessas mesmas liberdades.

Portanto, quando o Estado assume a função de redistribuição das condições reais existentes no plano das práticas sociais, visando a proporcionar as mesmas oportunidades de exercício das liberdades individuais, é nesse novo padrão que o estado introduz elementos democráticos que irão superar o modelo liberal clássico, rompendo a barreira ideológica individualista que pregava a separação absoluta entre a sociedade civil e o Estado. Derruba-se, com isso, a preconizada autonomia de duas ordens distintas, vinculando a poder público e o sujeito privado²⁵⁹.

Após o término da 2ª. Guerra mundial, uma nova concepção de tutela constitucional das relações humanas se impõe. As cartas constitucionais contemporâneas não mais se limitam a regular o exercício do poder político. Elas passam a instituir uma ordem jurídica contendo princípios básicos que regulam a vida em sociedade, convertendo-se na ordem jurídica fundamental da comunidade em seu conjunto. Consolida-se, principalmente, conforme visto no

²⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina. 1992. p. 605.

²⁵⁹ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 44.

tópico anterior, a doutrina da supremacia e eficácia normativa direta das constituições, positivando um novo modelo inserido nos textos constitucionais. As Constituições assumem, enfim, o papel verdadeiramente superior, fonte imediata de direitos e obrigações, colocando-se no ápice de todo o sistema jurídico²⁶⁰.

Se o Direito de Família deve ser entendido na atualidade como Direito a uma *versão de família*²⁶¹, o aspecto de transcendência dos princípios constitucionais na ordem normativa da família implica na necessidade de reconhecer – pela simples razão de não ser mais possível negar – que a eficácia direta dos direitos fundamentais é ideia consolidada no âmbito das relações familiares, em consonância com a posição assumida pela Constituição de 1988, que estabelece expressamente, em seu artigo 5º, § 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais devem ter aplicação imediata. A leitura restritiva do referido dispositivo contraria a hermenêutica constitucional que se preocupa com a efetividade da Constituição²⁶².

No âmbito das relações familiares, por sinal, são frágeis os argumentos que se contraponham à essa aplicação imediata dos direitos fundamentais, pois a Constituição estabelece um regime de proteção especial à família, como célula básica da sociedade. No Capítulo VII, do Título VIII (“Da Ordem Social”), o legislador constituinte não só formatou um novo perfil às entidades familiares, como reforçou os princípios e direitos fundamentais enumerados nos títulos I e II, o que permite afirmar, sem sombra de dúvida, o caráter fundamental dos direitos inseridos, expressa ou implicitamente, no art. 226 e seguintes da Constituição Federal.

Nesse contexto, ainda que não exista enumeração taxativa no texto constitucional, é plenamente possível citar diversos direitos fundamentais tutelados pela Constituição, que defluem do regime de proteção especial dado à família, os quais, em razão de sua própria formulação, deixam inquestionável a possibilidade de uma vinculação direta também dos sujeitos privados.

²⁶⁰ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 45.

²⁶¹ VILLELA, João Baptista. **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey. 1997.p. 16-17.

²⁶² PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 107.

Cite-se, por exemplo, o direito de liberdade e o de igualdade, que justificam materialmente, em contrapartida, o reconhecimento de um direito de toda e qualquer pessoa em ter uma família e nela buscar a sua realização existencial, conjuntamente com seus integrantes, num ambiente propício ao desenvolvimento de sua personalidade (a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, conforme § 7º., do art. 226)²⁶³. No contexto da liberdade de constituir família, há que se enquadrar, ainda, não apenas o direito de casar, mas também o direito de não casar, além da liberdade de não permanecer casado, independente da atribuição de culpa a qualquer dos cônjuges (a recente aprovação da EC 66/2010 reforça a liberdade como elemento fundante e de manutenção da família)²⁶⁴.

Cite-se, ainda, o direito de igualdade, que é reforçado com a expressa proibição de discriminação entre os filhos, que devem ter iguais direitos e prerrogativas, independentemente da sua origem (conforme § 6º., do art. 226). Também refletindo o direito da igualdade, mas com especial reforço do princípio democrático, a Constituição estabelece a democratização do espaço doméstico com o direito à igual participação nas decisões referentes à comunidade familiar (conforme § 5º., do art. 226).

Por outro lado, a partir da cláusula geral de tutela da personalidade, associada a redobrada dimensão do princípio da solidariedade e responsabilidade familiar, é possível apontar o direito de ser amparado na família, tendo em vista a expressa previsão constitucional de dever recíproco de assistência entre pais e filhos, em situações de carência, enfermidade ou velhice (art. 229), bem como considerar materializado no texto constitucional (art. 227) o

²⁶³ Esse é o magistério de Fachin, ao afirmar que: “[...] A publicização do Direito de Família traduz questões sem respostas satisfatórias sobre esse enquadramento classificatório. Cabe esse exame agora, especialmente considerando que a reestruturação dos direitos individuais clássicos passou pela influência da teoria dos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente. Não se trata mais, tão-só, da liberdade de encetar um projeto parental. Sob a ótica dos filhos, consiste, isto sim, num direito básico de ter família e crescer num ambiente digno e sadio, ao menos o atendimento de suas necessidades fundamentais: habitação, saúde e educação”. FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 42-43.

²⁶⁴ Autorizada doutrina qualifica a liberdade de casar como um direito fundamental, considerando que essa liberdade corresponde a um interesse fundamental do ser humano, embasado, inclusive, no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, devendo, portanto, ser considerada como um direito fundamental integrante do Direito Brasileiro, a partir do enunciado no art. 5º., § 2º., da Constituição de 1988. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O direito de família na solução dos litígios**. Curitiba: Juruá. 1998. p. 98-99.

reconhecimento do direito fundamental à infância implicando, no contexto das relações familiares, um dever de assistência muito mais amplo e privilegiado, diante do caráter de absoluta prioridade contida no texto constitucional²⁶⁵.

A democratização da família implica, sobretudo, em interpretação que não restrinja seu alcance apenas ao casal, pois até mesmo aos filhos menores de idade, respeitando-se, é óbvio, os limites de sua imaturidade, a Constituição garante o direito ao respeito e à liberdade (art. 227, *caput*), bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que regula expressamente os direitos fundamentais de ambos, estabelecendo que lhes devam ser garantidos o direito à liberdade de opinião e à liberdade de participação na vida familiar (Lei nº 8.069/90, art. 16, incisos II e V)²⁶⁶. O campo de interpretação da vinculação e da plena eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações de família é muito vasto e dinâmico, mas há algumas peculiaridades de sua aplicação que podem aparentemente esbarrar na autonomia privada familiar, pois, as comunidades familiares diante das suas novas matrizes está mais privado do nunca²⁶⁷.

2.6 AUTONOMIA FAMILIAR E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A concepção jurídica da família, gradativamente, deslocou-se do aspecto desigual, formal e patrimonial para o aspecto pessoal e igualitário. Como consequência, a importância dos interesses individuais dos seus membros, na busca da felicidade como mola propulsora, acentuou a valorização de vários elementos, expressos no novo perfil eudemonista, que coloca o afeto como elemento central na formação dos vínculos familiares, não mais sujeitos a qualquer tipo de modelo oficial.

Com a valorização das pessoas, também os seus interesses acabaram valorizados. Os anseios relacionados a uma família construída sobre os novos parâmetros da pós-modernidade se fizeram sentir e receberam ampla proteção constitucional, tendo a dignidade e a igualdade como princípios

²⁶⁵ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 108.

²⁶⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. Licença Maternidade: direito da mãe e da criança na adoção. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM. n. 8. jan-fev.mar. 2001. p. 91.

²⁶⁷ HIRONAKA Giselda Maria Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: DEL'Olmo, Florisbal de Souza. ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 61.

orientadores, assim como a possibilidade de tentar quantas vezes forem necessárias a formação de uma família feliz. A família, assim, apenas passou a desempenhar na atualidade a sua mais nobre função social: a de ninho formador do gênero humano²⁶⁸.

Os relacionamentos familiares contemporâneos – quer no nível da conjugalidade, quer no nível da parentalidade – se baseiam na *primazia do amor* e suas características são enumeradas a partir de relações que se valorizam por si mesmas e não por condições exteriores de vida social e econômica, primando pelo que podem trazer de bom para cada um de seus membros, organizando-se pelo viés reflexivo, no qual a comunicação é aberta e de base contínua, na medida em que se voltam para as condições focadas na intimidade, na cumplicidade e na confiança mútua²⁶⁹. Sob o prisma da autonomia privada familiar, algumas dificuldades aparentes podem surgir na incidência da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações familiares.

A questão merece cuidado, posto que desde que não sejam afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credor religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado -, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros.

No âmbito da autonomia, há que se lembrar que inclui-se o planejamento familiar, pelo qual aos pais compete decidir quanto à prole, não havendo limitação à natalidade, embora a falta de condições materiais e mesmo pessoal dos pais. Esta regra é constitucional e está igualmente inserida no Código

²⁶⁸ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações familiares. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar. 1998. p. 290-291.

²⁶⁹ HIRONAKA Giselda Maria Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: DEL'Olmo, Florisbal de Souza. ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 62 .

Civil de 2002, no §2º, do art. 1565, que estabelece ser o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas²⁷⁰.

Porém, a proteção familiar delineada na Constituição impõe que se supere a ideia de simples protecionismo, possibilitando compreender a tutela da família como sistema de reconhecimento de direitos, devendo serem exercidos conjuntamente pelo Estado e pelos particulares, permitindo que se cumpram os deveres correspondentes a tais direitos fundamentais também por ambos, sem qualquer caráter de supletividade²⁷¹.

Identifica-se no sistema de proteção à família, que se deduz a partir das disposições constitucionais, um critério misto, que distribui suas funções entre o Estado e os particulares. Por um lado, está a vinculação do Estado aos direitos fundamentais, que lhe impõe dever de proteção ao grupo familiar, assegurando que as pessoas que o integram recebam a garantia do poder público a esses mesmos direitos fundamentais. De outro lado, a responsabilidade também recai sobre os membros familiares, na medida em que devem concretizar sua finalidade de facilitar o ambiente familiar para o pleno exercício dos direitos fundamentais²⁷².

Assim, cabe ao Estado o dever de garantir um sistema que permita aos membros da família o gozo pleno dos seus direitos fundamentais, incumbindo-lhe, por exemplo, a organização dos sistemas de educação, saúde, seguridade social, além de proporcionar à família todos os recursos necessários para o livre planejamento (CF, art. 226, §7º.). Aos particulares, incumbe o dever de colaborar para a construção de ambiente saudável capaz de propiciar a plena realização de sua personalidade e efetiva fruição dos seus direitos fundamentais, vindo daí o dever de sustento, criação e educação, assistência recíproca etc.

Destaque-se, neste particular, ser inegável a importância do legislador na tarefa de introduzir regras infraconstitucionais que sejam capazes de

²⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 15-16.

²⁷¹ DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2001. p. 301.

²⁷² PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 113.

apresentar mecanismos para a garantia da eficácia dos direitos fundamentais, sendo igualmente relevante a função do julgador em realizar, em cada situação específica, a concreção dessa eficácia. A bem da verdade, quando houver uma previsão legal que garanta tal eficácia, mesmo que a tipologia da regra se apresente aberta, não haverá maiores problemas, pois o juiz garantirá a fundamentalidade do direito, como, por exemplo, no caso do art. 129, inciso V, da Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)²⁷³. As questões mais intrincadas surgem, no entanto, quando não há previsão legal que garanta a plena eficácia de direitos fundamentais nas relações familiares.

Aliás, cabe observar neste ponto, diante da complexidade dos vínculos afetivos, condicionantes de uma gama variada de feições internas que compõem a comunhão de vida dos grupos familiares, que esses fatores revelam por si só uma impossibilidade de se fornecer sempre soluções legais prévias para os intrincados e dinâmicos problemas familiares. Na atualidade, a doutrina critica as leis de família deterministas, quando estas têm a pretensão de condicionar a conduta dos sujeitos em suas íntimas relações amorosas, deixando de levar em conta que os vínculos afetivos que caracterizam uma comunhão de vida não resultam e imposições legais. Os vínculos que unem os sujeitos em convivência familiar são de ordem do desejo e, portanto, sempre escaparão de alguma maneira da regulamentação estatal²⁷⁴.

Daí a necessidade de se reconhecer que a intermediação do legislador deva ser encarada como forma de facilitar a plena efetividade dos direitos fundamentais no seio da família, o que também condiciona a atuação do julgador, na relevante função de garantir a concreção desses direitos. O fato de determinado conflito nas relações familiares não encontrar previsão de solução na ordem positiva, não pode representar obstáculo para que o julgador venha a

²⁷³ O referido dispositivo permite ao juiz, dentre as diversas medidas aplicáveis aos pais, impor a obrigação de matricular o filho em instituição de ensino e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; neste caso, o exercício do direito fundamental à educação, ameaçado pela conduta omissiva dos pais, pode vir a ser garantido pelo juiz com a aplicação da norma legal.

²⁷⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p. 55.

garantir a efetividade dos direitos fundamentais ameaçados, recorrendo diretamente à aplicabilidade dos princípios e regras constitucionais²⁷⁵.

Na esteira desse raciocínio, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações familiares deve ser direta e imediata, não dependendo da intermediação do legislador, devendo incidir não somente para permitir o reconhecimento de direitos subjetivos dos sujeitos envolvidos, habilitando-os a reclamar o cumprimento de deveres imediatamente decorrentes das normas constitucionais, mas, também, diretamente na delimitação de outras situações subjetivas (como o exercício do poder familiar e o livre planejamento e condução da vida em comum), conformando e funcionalizando as situações familiares aos valores fundamentais introduzidos pela normativa constitucional²⁷⁶.

Dentre os critérios que justificam a afirmação da vinculação mais intensa dos direitos fundamentais nas relações familiares, três se destacam. O primeiro, centrado no fato de que é a própria Constituição que reforça a tutela dos direitos fundamentais na família, impondo direitos-deveres reciprocamente considerados entre Estado e os particulares. O segundo, fundado no aspecto de desigualdade substancial entre os membros da família, seja em razão da posição de supremacia dos pais nestas relações, seja em razão de outras formas de subordinação que podem assumir feições diferentes em cada situação, como, por exemplo, nos casos de uso da força física do homem contra a mulher, pela dependência econômica, pela fragilidade emocional de um dos familiares, ou quaisquer outras circunstâncias que permita que um dos pólos fique em posição de submissão. O último, a bifurcação no exercício da autonomia privada, que pode decorrer de escolhas existências e escolhas de caráter exclusivamente patrimoniais, merecendo proteção mais vinculada aos direitos fundamentais a primeira situação. Todos esses fatores comprometem a posição de igualdade²⁷⁷.

²⁷⁵ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 114.

²⁷⁶ Conforme Sarmento, a unidade axiológica do ordenamento centrado no valor da pessoa humana exige proteção heterogênea da autonomia privada, devendo ser mais intensa quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana, assumindo importância bem menor quando se refere a situações de caráter exclusivamente patrimoniais. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 211.

²⁷⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 303.

Há de se considerar, ainda, que tais critérios já se encontram ínsitos na própria compreensão da funcionalidade da família – o novo perfil eudemonista é o responsável pela ascensão de um modelo instrumental – permitindo atribuir uma feição diferenciada à autonomia privada nesta seara, pois os sujeitos das relações familiares estão vinculados, pela natureza da relação familiar, por obrigações recíprocas e solidárias de respeitar e promover a realização da personalidade dos integrantes do grupo ao qual pertencem²⁷⁸.

De igual forma, essa função instrumental do organismo familiar representa o elemento de vinculação mais intensa aos direitos fundamentais nas relações familiares, na exata percepção do grau de prejuízo à realização da personalidade do titular do direito fundamental ameaçado. Assim, a tutela do direito fundamental deverá ser mais intensa quanto maior for o prejuízo que a lesão desse direito representar à realização da personalidade de seu titular. Consequentemente, só será possível alcançar a existência de direito ao livre desenvolvimento da personalidade a partir da elevação do valor da dignidade da pessoa humana, ou seja, do reconhecimento do espaço em que a dignidade é negada no âmbito dos conflitos familiares.

À guisa de encerramento do presente capítulo, verificou-se que a proteção constitucional aos direitos da família justifica-se plenamente. A família, enquanto célula básica da sociedade, goza de importância fundamental no desenvolvimento das personalidades humanas, nascendo daí a necessidade de tutelar as relações familiares, especialmente por sua íntima relação com a nova hermenêutica constitucional, garantidora da plena eficácia dos direitos fundamentais nas sociedades pós-modernas.

A plenitude da incidência das normas constitucionais como elementos essenciais na formulação do novo perfil eudemonista da família reveste-se de indispensabilidade, alcançando importância ímpar nos critérios que buscam a maior concreção possível dos direitos fundamentais nas relações familiares. Deve-se se reconhecer, entretanto, que o modelo familiar encontra-se em permanente estado de modificação, o que coloca em xeque a conformidade

²⁷⁸ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 129.

das relações humanas, compreendidas apenas como relações de afeto e intimidade, num patamar de observação extremamente complexo.

As características evolutivas e o novo perfil do modelo familiar traçados neste capítulo, portanto, não esgotam o tema. Existem outras variantes que, apesar de não se encaixam no objeto do presente estudo, revestem-se de importância para todos aqueles que pretendem descortinar a complexidade e a grandiosidade das relações próprias da família.

Fixadas, assim, as bases constitucionais das relações familiares e sua inegável vinculação aos direitos fundamentais, passaremos a desenvolver no próximo e derradeiro capítulo desta pesquisa, como os direitos da família se concretizam no âmbito processual, por meio da análise da aplicabilidade da tutela antecipada nos processos familiares.

CAPÍTULO 3

ANÁLISE DA TUTELA ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 A URGÊNCIA E OS CONFLITOS FAMILIARES

A conceituação de urgência, delimitado no seu contexto social no capítulo I deste estudo, apresenta-se relevante também na sua contextualização jurídica, impondo-se, portanto, examinar os seus aspectos mais detalhadamente. A doutrina o qualifica como um conceito jurídico indeterminado, por apresentar uma fórmula ampla, não permitindo que sejam identificados desde logo todas as situações que se enquadram em seu âmbito²⁷⁹.

Com efeito, a caracterização da situação de emergência depende de avaliação do intérprete, pois ele possui certo grau de liberdade para valorar os fatos e os aspectos jurídicos relevantes em cada caso concreto. Desta feita, só assim poderá ser preenchida a sua característica de indeterminação, cuja atuação não pode ser confundida com discricionariedade, já que não há espaço para escolha de métodos, cabendo apenas contatar se há ou não urgência²⁸⁰.

De qualquer modo, o exame de seus elementos conceituais nos processos judiciais, especialmente em matéria de conflitos familiares, é imperativo, evitando-se o arbítrio judicial, já que este comportamento tem por base a crença no poder de escolher as ações, lastreada em uma análise relacionada ao meio, podendo tal escolha ser feita para benefício próprio ou não.

Para justificar a importância da urgência como situação fática diferenciada, que condiciona de igual forma a pretensão a uma tutela jurídica diferenciada, em geral ela está relacionada com a possibilidade de dano ou de sua potencialidade, vinculando um modo de agir oportuno contra a causa geradora do respectivo risco ou da própria lesão. Por isso se diz que, em Direito,

²⁷⁹ BAGGIO, Lucas Pereira. **Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material**. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 62.

²⁸⁰ BAGGIO, Lucas Pereira. **Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material**. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 63.

a urgência corresponde a um aqodamento que suplanta e substitui por uma outra a situação prevista ao desempenho regular das funções do Estado²⁸¹.

A urgência seria então uma situação fática qualificada juridicamente, da qual decorreria verdadeira exigência da prática de um ato judicial, indispensável e necessário para manter os pressupostos concernentes à modificação do procedimento comum estabelecido para as situações normais. Da convergência entre indispensabilidade e necessidade de uma providência judicial, portanto, nasceria a configuração da situação especial de urgência²⁸².

Juridicamente, urgente é o que não pode esperar sem que exista um prejuízo, em razão da observância daquele procedimento regular, previsto para as situações normais. É situação fática diferenciada, que se projeta no plano processual, justificando a quebra da lógica usual, permitindo que se adiante ou suprima etapas do íter do procedimento, para se possa evitar o dano²⁸³.

O conceito jurídico de urgência é aplicável aos dois planos da tutela jurídica²⁸⁴: no material, o legislador antevê a situação de emergência e faz a opção por determinados interesses (v.g. dispensa do edital de proclamas e possibilidade de o juiz celebrar casamento em casos de moléstia grave ou iminente risco de vida fora dos padrões normais, conforme arts. 1539 e 1540 do CC/02); no processual, o legislador estabelece instrumentos processuais próprios para a proteção de determinadas situações, franqueando-os aos jurisdicionados, no âmbito do exercício constitucional do direito de ação (v.g. técnicas diferenciadas de sumarização dos procedimentos e de sumarização da cognição). As tutelas de urgências, como técnicas sumárias de aceleração processual, são as que se adequam para melhor combater os riscos inerentes às situações emergenciais, fundadas na verificação do chamado *periculum in mora*, que

²⁸¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Conceito de urgência no direito público brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros. n. 01. 1993. p. 233.

²⁸² ÁVILA, Humberto. **Medida provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1997. P. 83-84.

²⁸³ BAGGIO, Lucas Pereira. **Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material**. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 76-77.

²⁸⁴ Em sua tese de doutoramento, Hermes Zaneti Júnior propõe a análise das relações entre direito material e direito processual, a partir da teoria circular dos planos, sob perspectiva dialética e de complementaridade. JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 63.

justifica a proteção imediata proteção aos direitos ameaçados²⁸⁵. Em apertada síntese, a urgência justificaria no plano processual a predisposição de tutelas diferenciadas do modo normal de ordinariedade, viabilizando o acesso à justiça e a concretização dos direitos fundamentais na vida real, assumindo o processo função primordial à obtenção da justa proteção aos direitos violados, estejam eles submetidos à crise de inadimplência, de certeza ou de execução. Essa noção elementar também assume fundamental importância perante os conflitos familiares, que se apresentam na sua maioria aptos a esse tipo de proteção.

Inobstante o conteúdo dos conflitos familiares, fortemente marcados por elementos éticos, existenciais e afetivos dos membros da família, que estariam a exigir um padrão processual diferenciado para as soluções postas em juízo, não se reconhece um processo próprio para as lides familiares, negando a doutrina autonomia a um ramo de direito processual de família, indicando apenas liame de parentesco entre normas processuais e normas materiais de família. Como conteúdo integrante do quarto livro da Parte Especial do Código Civil de 2002, o Direito de Família possui uma série de peculiaridades processuais e materiais, que merecem contínua atenção e reflexão²⁸⁶.

Sobre os aspectos processuais, Alvim destaca o seguinte:

[...] Há, inegavelmente, alguns aspectos que chamam atenção em alguns dos mais importantes assuntos do Direito Processual de Família. Evidentemente, pela importância do tema e pelo sabor de novidade de que se reveste, não poderiam deixar de estar, em primeiro lugar, alguns problemas de natureza processual nascidos das circunstâncias de a CF/88 ter tratado da figura da união estável. [...] Por certo, saber se essa matéria integra ou não o Direito de Família tem consequências importantes, a começar pela competência. As modificações havidas nos últimos tempos no que diz respeito ao Direito de Família

²⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda. 2000. p. 35.

²⁸⁶ ALVIM, Teresa Arruda. Aparentamentos sobre alguns aspectos processuais do direito de família. In: ALVIM, Teresa Arruda. LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. v. 2. p. 251.

foram todas no sentido de repersonalizar este sub-ramo do Direito. Tudo passou a girar em torno, pelo menos principalmente, do aspecto humano, pois é justamente esse aspecto que diferencia a família dos demais institutos do Direito Civil ou Comercial²⁸⁷.

A tendência pós-moderna de desinstitucionalização das relações familiares corresponde, em princípio, à valorização dos aspectos afetivos da convivência entre membros da família, como medida exata do reconhecimento do papel instrumental que a instituição familiar passou a desempenhar, após o advento da CF/88. Por outro lado, representa também uma nova postura jurídico-normativa que traz de inúmeras consequências ao plano processual, bastando, para tanto, só para exemplificar, citar as regras da igualdade no regime da filiação, a desbiologização do conceito de paternidade, a possibilidade de a guarda dos filhos ser atribuída a terceiros, a tutela constitucional ao instituto da união estável, dentre outras situações jurídicas²⁸⁸.

Em consequência, a resolução processual de conflitos familiares apresenta aspectos muito especiais, seja porque as relações existenciais do ser humano vinculam-se a direitos fundamentais amplamente protegidos pela ordem constitucional, seja pelo simples fato de ter esse segmento jurídico de tutelar direitos personalíssimos e indisponíveis, situações que, na maior parte das vezes, sobrepujam-se às formalidades da lei instrumental.

Tais especialidades, aliadas a outras de cunho material, servem de fundamento àqueles que defendem a criação de um Código Brasileiro de Direito de Família, conforme pontifica Fiuza, concluindo textualmente que "o Brasil já fez a sua opção na esfera familiar. Já traçou seus caminhos. Está, em outras palavras, pronto para codificar o Direito de Família"²⁸⁹. A tese continua a

²⁸⁷ ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre alguns aspectos processuais do direito de família. In: ALVIM, Teresa Arruda. LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. v. 2. p. 251.

²⁸⁸ ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre alguns aspectos processuais do direito de família. In: ALVIM, Teresa Arruda. LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. v. 2. p. 252.

²⁸⁹ FIUZA, César Augusto de Castro. Diretrizes para um Código Brasileiro de Direito de Família. **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p. 246.

ser debatida na atualidade, mas não vingou, em razão da opção pela codificação aprovada em 2002, confirmando a tradição do direito civil nacional.

A falta de ordenação sistemática das normas processuais em matéria de família abre margem à insegurança, sendo numerosos os procedimentos judiciais aplicáveis nesta seara. Dentre estes, o de maior destaque e objeto imediato deste estudo, refere-se à incidência das chamadas tutelas de urgência, com especial enfoque no regime da tutela antecipada, que se explica em razão da natural urgência de que se reveste a disputa jurídica entre casais, notadamente em processos que envolvem alimentos, guarda, manutenção dos filhos, ou interesses pecuniários decorrentes de invalidades do casamento, divórcios, dissolução de uniões estáveis, separações de corpos, dentre outros²⁹⁰.

Diante disso, premente se apresenta em tema de Direito de Família a solução rápida do litígio, já que o risco da demora pode subverter valores sensíveis e de grande significado emocional, em sua maioria vinculados à realização de necessidades íntimas do ser humano, exigindo, portanto, no plano processual, uma pronta resposta da jurisdição. Nasce daí plena compatibilidade do regime da tutela antecipada e de providências assemelhadas à rápida solução do litígio decorrente da relação familiar. O acesso de febre, representando pela demora injustificável na pronta solução do conflito familiar, segundo Oliveira, [...] sendo sintoma de doenças mais graves, deve ser combatido prontamente para que a saúde jurídica dos integrantes da família volte às boas²⁹¹.

O Direito de Família, como ramo que disciplina as relações formadas na esfera da vida familiar, desenvolvidas a partir de valores existenciais extremamente importantes, irradia as suas peculiaridades materiais, exigindo, para que se alcance uma efetiva realização fática das suas normas, celeridade no plano processual, viabilizando rápida solução do litígio instaurado e, conseqüentemente, uma pronta resposta às pretensões formuladas.

A solução rápida das questões processuais de direito de família não devem merecer outro tratamento do Poder Judiciário, a não ser o da plena eficiência. E para que tal atividade se concretize, o principal instrumento de

²⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto de. **A Tutela de Urgência e o Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 1.

²⁹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. IBDFAM. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2000. p. 427.

efetivação tais direitos se viabilizam por meio das tutelas de urgência, remédios processuais adequados a assegurar ampla proteção dos direitos advindos dessas relações e seus efeitos, com segurança, efetividade e celeridade²⁹².

Pelo forte conteúdo social de que se reveste, o Direito de Família constitui campo fértil à incidência de medidas de urgência, sendo freqüente o uso de liminares sumárias de natureza cautelar ou satisfativa, visando à proteção de valores sensíveis e de grande significação emocional, vinculados à realização de necessidades prementes do ser humano, que exigem, ou pelo menos estão a exigir, a pronta e adequada prestação jurisdicional²⁹³.

3.2 O FENÔMENO DA EXPANSÃO DO PROCESSO CAUTELAR

O processo pode ser comparado a uma árvore que dá frutos: colhê-los sem que tenham amadurecido representa conviver com coisa que não se mostra pronta; colhê-los quando já amadurecidos há mais tempo do que o devido, significa colher coisa que pereceu. O regime da tutela cautelar justifica-se na segunda hipótese, em razão da necessidade de oferta de remédios contra os males do tempo, porque o decurso deste, se excessivo, poderá trazer prejuízos aos litigantes, privando-os de usufruir utilmente dos bens a que tenham direito²⁹⁴.

Enquadrando a situação exemplificada no âmbito da salvaguarda dos interesses da família, sobretudo para evitar que determinadas situações impedissem a recomposição dos direitos ameaçados ou violados, até o advento da Lei nº 8.952/94, reconhece a doutrina que as medidas cautelares foram de inestimável valia para proteger situações de risco inerentes às relações familiares, proporcionando a tutela imediata aos direitos pleiteados.

Realmente, considerando a técnica processual originária do CPC/73, o primeiro instituto voltado a amenizar potenciais prejuízos com o prolongamento temporal do curso processual foi a ação cautelar. Como modalidade de tutela provisória, é uma das formas de exercício da jurisdição estatal, que funciona como instrumental para dar efetividade ao processo principal de conhecimento ou de execução, assegurando resultado útil a esses processos,

²⁹² OLIVEIRA, Carlos Alberto de. **A Tutela de Urgência e o Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 2.

²⁹³ NETO, Luiz Orione. **Tratado das Liminares**. São Paulo: Lejus. 1999. p. 516.

²⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo Malheiros. 2004. p.55-56.

a fim de que possam gerar seus efeitos no mundo fático. No campo do direito de família, então, em qualquer de suas modalidades (seja pela via da ação nominada ou pela via inominada), sua incidência é inafastável²⁹⁵.

Na dinâmica forense a entrega da prestação jurisdicional pode ser retardada não apenas pela complexidade procedimental da demanda. Na maioria dos casos, o próprio volume dos serviços judiciários é fator de lentidão. Entretanto, se não houver qualquer circunstância que exija a pronta intervenção jurisdicional, a tutela prometida pela Constituição vigente é modalidade de tutela fundada em cognição exauriente, por meio da qual o juízo atua com o máximo de aproximação na busca da verdade e da certeza jurídica. É, em suma, tutela definitiva, em conformidade com o valor segurança jurídica.²⁹⁶

Todavia, a concessão da tutela definitiva não é instantânea, reclamando um lapso temporal para que seja concedida – período que compreende a propositura da ação, seu processamento sob o pálio do contraditório e decisão de mérito. A regra serve para todos os tipos de processos ou para qualquer procedimento judicial, sejam eles ordinários ou sumários. Isto, comumente, pode trazer alguns inconvenientes para ambas as partes, que terão que esperar o decurso do tempo até a certificação do seu direito²⁹⁷.

Essa situação se agrava, quando a espera pela certificação do direito não se compatibiliza com a natureza do mesmo direito afirmado, especialmente quando ele tem que ser usufruído imediatamente, sob pena de perecimento ou dano grave. É o caso, por exemplo, do direito à prestação alimentícia, a quem dela efetivamente necessita²⁹⁸.

O processo cautelar é um processo acessório, tendo como fim obtenção de medidas urgentes, necessárias ao bom desenvolvimento de um processo de conhecimento ou de execução, chamado de processo principal. É medida que pode ser requerida tanto de modo preparatório, antes do processo principal, como de modo incidente, durante o curso do processo principal²⁹⁹.

²⁹⁵ NETO, Luiz Orione. **Tratado das Liminares**. São Paulo: Lejus. 1999. p. 516.

²⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 25.

²⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 26.

²⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 26.

²⁹⁹ CPC, art. 796: O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

É providência urgente e provisória, que tende a assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, garantindo os efeitos de uma providência principal, em perigo por eventual demora. Enquanto o processo principal (conhecimento ou execução) busca a certificação ou satisfação do direito material, respectivamente, o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes. A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito não é cautelar, ou seja, o que se pleiteia com a cautela não coincide com a pretensão final³⁰⁰.

Buzaid define essa característica do processo cautelar:

[...] O projeto, reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo “cautelar” para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III [...]. As razões de nossa preferência por essa expressão se fundam também no precedente legislativo português, cujo Código de Processo Civil a consagrou (arts. 381 e ss.) e no uso corrente da doutrina, nacional e portuguesa. No direito italiano, argentino e uruguaio, também a doutrina manifestou o seu assentimento à expressão processo cautelar. [...] O processo cautelar foi regulado no livro III, porque é um *tertium genus* que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução. O seu elemento específico é a prevenção³⁰¹.

Na doutrina pátria, foi Marinoni quem, antes mesmo do início das reformas processuais, se dedicou com muita intensidade ao exame do tema,

³⁰⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 27.

³⁰¹ BUZAID, Alfredo. **Exposição de Motivos do CPC/73**. Cap. III. II. 7 e Cap. IV. I. 11.

editando sucessivos estudos acerca da tutela cautelar e da tutela antecipada, destacando a diversidade de sistema entre os dois institutos³⁰².

Marinoni partiu da negação do clássico pensamento de Calamandrei – para o jurista italiano as medidas antecipatórias podem configurar modalidade de medidas cautelares – destacando que a tutela antecipatória realiza o direito mediante cognição sumária, enquanto a tutela cautelar apenas assegura a viabilidade da realização do direito³⁰³.

Na doutrina estrangeira, confere-se a Piero Calamandrei (que escreveu obra clássica sobre o tema ainda na vigência do Código de Processo Civil Italiano de 1865, que não disciplinava o processo cautelar) a responsabilidade pela inauguração de uma teoria geral da tutela cautelar, ao proclamar, pela primeira vez, a sua instrumentalidade³⁰⁴.

Na sua notável contribuição à sistematização do processo cautelar, Calamandrei estabeleceu um critério específico para diferenciar as providências cautelares de todas as outras providências jurisdicionais. Para o ilustre jurista, a necessidade de utilização da medida cautelar surge sempre da existência de um perigo de dano jurídico, derivado do retardamento de uma providência jurisdicional definitiva. O que justificaria a medida seria a necessidade de obviar o *periculum in mora* que resultaria da demora na outorga da entrega da prestação jurisdicional definitiva nos processos judiciais³⁰⁵.

Diante dessa necessidade, haveria nos provimentos cautelares mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. Assim a tutela cautelar, em comparação ao direito substancial, seria uma

³⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. Contraditório e Prova Inequívoca para Fins de Antecipação de Tutela. **Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre. n. 60. p. 46, jul./ago. 2009. Em sentido contrário, buscando compatibilizar num mesmo campo de incidência a tutela cautelar e a tutela antecipada, veja-se: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Eficácia antecipatória cautelar. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; VEZZONI, Marina (Orgs.). **Processo Cautelar: estudos avançados**. Barueri: Manole, 2010. p. 1-2.

³⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1994. p. 54; após o advento da reforma, com a introdução da tutela antecipada no sistema processual, o autor reafirmou a sua posição. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 45.

³⁰⁴ MATTOS, Bruno F. Bini. Considerações acerca do caráter assecutoratório do processo cautelar. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de Tutela**. Curitiba: Juruá. 2009. p. 40-41.

³⁰⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda. 2000. p. 35-36.

tutela mediata: mais do que fazer justiça, serviria para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Seria, portanto, o instrumento do instrumento³⁰⁶.

Além de Calamandrei, também se atribui à doutrina de Carnelutti, extratificada em seu Projeto, a responsabilidade pela redação e interpretação da regra similar do vigente Código de Processo Civil italiano, que orientou a elaboração do texto do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, interpretada sob forte influência da mesma doutrina italiana³⁰⁷.

Apesar da fortíssima influência, o fato é que a doutrina nacional se apartou da experiência alienígena, pois esta pouco se preocupou em distinguir com clareza e objetividade a medida cautelar da medida antecipatória, sendo pacífica a opinião entre os tratadistas italianos que a norma do art. 700 do CPC italiano se destina às medidas atípicas, podendo ser concedidas em ambos os sentidos³⁰⁸. A solução nacional, ao revés, esbarrou no tecnicismo, desenvolvendo esforço pungente para negar a compatibilidade dos regimes³⁰⁹.

Neste quadro distintivo é relevantíssima a questão, para que se possa compreender e justificar a utilização do processo cautelar, fora da sua natural função assecuratória, pois as cautelares têm como finalidade última a garantia da efetividade da tutela jurisdicional, atuando de forma instrumental para garantir um resultado útil ao processo de conhecimento ou de execução.

Por suas próprias características, teoricamente, seria contraditório atribuir-se a uma medida cautelar, a função de satisfazer de imediato o direito do demandante. A cautela, como se disse, não satisfaz o direito, apenas conserva-o, assegurando resultado útil ao processo principal. Além do mais, ficaram nítidas na seara processual civil brasileira, após o advento da Lei 8.952/94, as distinções entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, embora a

³⁰⁶ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda. 2000. p. 41-42.

³⁰⁷ ZANFERDINI, Flávia de Almeida. Sistema Cautelar Brasileiro e Sistema Cautelar Italiano. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre. mar./abril. 2002. p. 86-98.

³⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 59.

³⁰⁹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Eficácia antecipatória cautelar. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; VEZZONI, Marina (Orgs.). **Processo Cautelar: estudos avançados**. Barueri: Manole. 2010. p. 7.

primeira, em casos excepcionais, antes do advento desta lei, tenha sido utilizada de forma anômala na proteção imediata de certos direitos³¹⁰.

A mais grave questão jurídica que permeou acirrados debates reside justamente na utilização das medidas cautelares com finalidade satisfativa, pois inexistia antes da Lei 8.952/94, instrumento legal que viabilizasse aos juízes a possibilidade de conter os abusos no trâmite dos processos regidos pelo procedimento ordinário, o que abriu margem para a utilização das medidas cautelares lastreadas no poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC³¹¹.

A necessidade de tutela de urgência conduz à sumarização e à busca de diferenciação dos meios de prestação da tutela jurisdicional. De antemão, cabe esclarecer que a satisfação da urgência em prover não se faz somente pelos provimentos próprios de urgência, na medida em que há causas em que esse requisito já vem avaliado pelo legislador. Porém, esta distinção acabou encoberta pela aceitação do processo cautelar fora de sua índole natural, que trouxe a possibilidade da concessão de tutelas sumárias não-cautelares, denominadas impropriamente de *cautelares satisfativas*³¹².

De fato, na ausência de uma regra geral que possibilitasse a concessão antecipada de efeitos de mérito nas ações de conhecimento, o processo cautelar acabou acolhendo demandas sumárias cautelares e não cautelares, em completo descompasso com sua função originalmente concebida.

Desde a incorporação no CPC/73 de um livro dedicado ao processo cautelar como forma de tutela autônoma, a questão do alcance de sua eficácia sempre foi objeto de controvérsias, haja vista que o direito processual civil brasileiro não contemplou, assim como não contempla na atualidade, um tipo de processo terminal que possa acolher demandas sumárias. Ou seja: concedida a medida de urgência sumária, o resultado da ação de conhecimento, submetida à cognição exauriente, acaba praticamente sendo o mesmo. Na maioria das vezes, a irreversibilidade fática torna dispensável a própria tutela definitiva, quando a solução jurídica para a questão deixa de ser relevante. Veja-se, por exemplo, a

³¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 86.

³¹¹ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 159.

³¹² SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 159.

autorização liminar para transfusão de sangue. Feita a transfusão, o interesse na certificação do direito do autor praticamente perde o objeto³¹³.

Contrariando, pois, a perspectiva tradicional que sempre concebeu o processo cautelar como apêndice do processo de conhecimento ou de execução (qualificados de principais), por algum tempo houve a ampliação do âmbito de atuação da tutela jurisdicional de simples segurança, para abranger toda a jurisdição de urgência, paralelamente à comum. Por esta razão alguns processualistas indicam desde então, em face da estrutura econômica das sociedades pós-modernas, que talvez as tutelas de urgências, especialmente a tutela antecipada, sejam as únicas realmente eficazes³¹⁴.

Este fenômeno, denominado de força *expansiva do processo cautelar*, que culminou com a utilização do expediente das cautelares de cunho satisfativo, não passou de uma solução criativa dos advogados e dos tribunais, objetivando colmatar que a lei processual civil não tem mais, pois, com a redação atual do art. 273 do CPC/73, a obtenção de efeitos satisfativos de mérito deve se dar no plano da tutela antecipada e não mais no das cautelares³¹⁵.

Contribuiu para a concretização do fenômeno o próprio CPC/73, que, ao disciplinar o processo cautelar em seu Livro III, não adota critério de classificação adequado, regulando da mesma forma medidas que em sua essência são cautelares e outras que não o são. São as seguintes: (i) ações cautelares nominadas (arresto, sequestro, busca e apreensão cautelar, cauções cautelares, produção antecipada de prova, arrolamento de bens, separação prévia de corpos); ações cautelares inominadas (com esteio no poder geral de cautela previsto no art. 798 e 799); medidas satisfativas não cautelares (alimentos provisionais, busca e apreensão, posse em nome do nascituro, entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos); medidas meramente provisionais (depósito de menores, guarda e educação de filhos, direito de visitas, venda

³¹³ BEDAQUE, José Roberto. **Tutela cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência. Tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 326.

³¹⁴ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 161.

³¹⁵ NETO, Luiz Orione. **Tratado das Liminares**. São Paulo: Lejus. 1999. p. 516.

antecipada de bens penhorados), além de medidas só procedimentalmente cautelares (justificações, protestos, notificações)³¹⁶.

Estruturado no CPC/73 como um *tertium genus*³¹⁷, o processo cautelar assumiu função muito mais ampla, ainda que sua utilização fique restrita essencialmente à tutela conservativa de direitos, superando o pouco crédito que a doutrina alemã lhe conferia, como simples apêndice da execução forçada. Mas, a partir da sua afirmação instrumental, sustentada desde a obra de Calamandrei, as matrizes diferenciadas da tutela cautelar justificaram plenamente a sua expansão na pós-modernidade, em princípio como fruto do condicionamento imposto pela civilização no espectro do desenvolvimento técnico-científico sem precedentes e do fenômeno concomitante de uma justiça lesiva, que se abate desde então nos espaços públicos e privados de forma muito mais violenta do que no passado. A necessidade social de proteção e as deficiências do procedimento ordinário são apontadas por autorizada doutrina como fatores determinantes dessa expansão³¹⁸.

Na questão da proteção social, entende-se que o provimento provisório possa compensar a transitoriedade da fraqueza do indivíduo frente ao mais forte ou ao poder de um grupo, ou a que venha remediar temporariamente estados de necessidades ou agudos. Na órbita das deficiências do processo ordinário, as particularidades se sobressaem. As partes há muito não querem mais aguardar que o juiz ou tribunal no processo ordinário, decida a causa após anos de espera. Por isso, procuram no procedimento cautelar uma decisão rápida, pois a excessiva demora quase sempre leva à periclitación do direito³¹⁹.

A necessidade histórica de sanar a morosidade da prestação jurisdicional e consequentemente evitar a eternização dos processos, levou o legislador a admitir e regulamentar as tutelas de urgência (tutela cautelar e tutela antecipada) submetidas a um regime de cognição sumária e por isso aptas a assegurar proteção provisória da ordem jurídica violada, até que venha a ocorrer o provimento jurisdicional final, solucionador do conflito de interesses. E a

³¹⁶ NETO, Luiz Orione. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 31.

³¹⁷ Terceiro gênero de processo, regulado de forma autônoma pelo CPC/73.

³¹⁸ BAUR, Fritz. **Tutela jurídica mediante medidas cautelares**. Tradução de Armino Edgar Laux. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1985. p. 14.

³¹⁹ BAUR, Fritz. **Tutela jurídica mediante medidas cautelares**. Tradução de Armino Edgar Laux. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1985. p. 15.

expansão desses tipos de provimento representa uma opção pela efetividade da prestação da tutela jurisdicional, já que o procedimento ordinário é reconhecidamente ineficaz, por si só, em amparar de forma justa e célere, qualquer lesão ou ameaça aos direitos individuais ou coletivos³²⁰.

De qualquer modo, após o advento da tutela antecipada, operou-se uma espécie de purificação do processo cautelar, que assim deve ficar restrito à sua finalidade típica, que não é outra senão a de permitir a obtenção de medidas para tutelar o processo e, indiretamente, o direito das partes, sem, no entanto, satisfazê-los³²¹. Esta afirmação continua válida, mesmo depois da inclusão do § 7º., ao regime do art. 273, do CPC/73, introduzido pela Lei nº 10.444/02, que estabeleceu um regime de fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. Por isso, antes da reforma, a investigação estava voltada para saber quais medidas antecipatórias podiam ser enquadradas no poder geral de cautela do art. 798. Após a reforma, no entanto, a questão é delimitar o campo específico de incidência de cada uma das tutelas³²².

3.3 TUTELA ANTECIPADA E DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Em que pese a carga de tecnicismo que marca a distinção legal entre os dois institutos, deve ser observado, como premissa essencial, o fato de que as normas constantes do CPC/73, por si sós, não serem mais suficientes para sustentar – seja no plano ideológico, seja no interpretativo – o contexto do processo civil na pós-modernidade. É que o modo-de-ser do processo civil, visto na atualidade como um *processo de resultados*, insere-se em espectro muito mais amplo, subordinando-se, enquanto modelo democrático, aos ditames da Constituição Federal. Quer nos parecer, assim, que, por essa nova sistemática, ser necessário verificar em que medida as disposições legais anteriores foram por ela recepcionadas, ou, principalmente, até que ponto os instrumentos processuais, como a tutela antecipada, objeto imediato deste estudo, contribuem para a realização dos valores constitucionais na ordem processual vigente³²³.

³²⁰ NETO, Luiz Orione. **Tratado das Liminares**. São Paulo: Lejus. 1999. p. 516.

³²¹ ZAVASCHI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 165.

³²² ZAVASCHI, Teori Albino. **Tutela Antecipada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 46

³²³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 1-2.

O modelo constitucional do processo civil brasileiro compreende quatro grupos bem delineados: (i) os princípios constitucionais do direito processual civil; (ii) a organização judiciária; (iii) as funções essenciais à justiça; (iv) os procedimentos jurisdicionais constitucionalmente identificados³²⁴. O primeiro grupo tem vinculação direta com o instituto da tutela antecipada e engloba a tutela constitucional do processo, por meio da qual a Constituição impõe princípios e garantias como forma de institucionalizar os programas democráticos, dos quais não se pode afastar nem lei infraconstitucional e muito menos a atividade jurisdicional. É nesse conjunto de princípios e normas que se encontram as principais características do modelo constitucional de processo civil. Aliás, os quatro blocos em conjunto revelam que o modelo traçado pela Constituição é garantístico, no sentido de que o processo civil deve ser permeado da mais estrita fidelidade aos princípios ditados pela ordem constitucional, incluindo-se no sistema de processo civil medidas de tutela específica destinadas à preservação das liberdades e dos valores da cidadania³²⁵.

O plano constitucional, portanto, delimita, impõe, molda, contamina o modo de ser do processo. Em consequência, o plano infraconstitucional do processo deve estar necessariamente amoldado ou conformado aos valores constitucionais, acerca da forma de exercício do poder estatal. O plano técnico do processo, onde se enquadra a tutela antecipada, é realmente derivado da Constituição, como refluxo ou forma de concretização buscada pelo legislador para fazer cumprir as garantias expostas na Lei Maior³²⁶.

No que diz respeito à estreita correlação da tutela antecipada como instrumento de concretização dos valores constitucionais no âmbito do modelo de processo civil, há que se destacar a opção do legislador por estabelecer um sistema misto, onde a efetividade se sobrepõe como marca teleológica do direito processual civil, mas sofre o temperamento necessário, indispensável mesmo do princípio do devido processo legal. Ambas as garantias estão alçadas à categoria de direitos fundamentais, representativas das diretrizes

³²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. O modelo constitucional do processo civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maria Terra (Coords.). **Processo Civil: novas tendências**. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 160.

³²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 3.

³²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 4.

de celeridade e de segurança jurídica que devem nortear as contendas judiciais, vinculando o legislador e o juiz na concreção dos preceitos constitucionais³²⁷.

Revela-se coerente a afirmação de que o todo processo, por ser público, é processo constitucional. Não há mais como desconsiderar essa realidade. Se todos os ramos do direito servem-se da seiva do direito constitucional, não há como reconhecer a existência de um processo que não seja constitucional. Trata-se, apenas, da consolidação da unidade da Constituição. Nesse sentido, não se deve mais admitir qualquer tipo de contrariedade entre a Constituição, a legislação processual civil e a prática forense³²⁸.

Para concretizar essa ordem jurídica unitária, a Constituição fixa as diretrizes interpretativas das normas infraconstitucionais, flexibilizando, inclusive, a divisão clássica entre o espaço público e o privado, em favor de uma efetivação dos princípios constitucionais. Tal processo implica na constitucionalização que atinge todos os ramos do direito, determinando, assim, que o ordenamento seja norteadado pela eficácia direta dos direitos fundamentais e pela tutela da dignidade da pessoa humana³²⁹.

O objetivo da Constituição e das normas nela previstas não é outro senão o de promover mudanças na realidade social por meio de uma nova dogmática jurídica, no entanto, a concretização de tais programas dependem, na maioria dos casos, da atuação efetiva dos juízes e tribunais, para eles que deixem de ser apenas promessas e se incorporem ao cotidiano da sociedade. Faz-se necessário, assim, que o processo, enquanto instrumento a serviço da ordem constitucional, seja capaz de dar plena efetivação aos supremos valores constitucionais, cumprindo a função não só de difusão desses mandamentos, mas também de propiciar a execução da justiça e a proteção ao Estado de Direito³³⁰.

³²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 6.

³²⁸ JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. 171; sobre da unidade do sistema constitucional, confira-se: TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 3-19.

³²⁹ NETO, Eugênio Facchini. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. p. 48.

³³⁰ RIGHI, Eduardo. **Direito fundamental ao justo processo nas tutelas de urgência**. Curitiba: Juruá. 2008. p. 74.

Na busca de um processo civil constitucional que realize a sua missão de instrumento concretizador de direitos fundamentais, com escopo de efetivar as normas constitucionais em sua plenitude, é que os institutos processuais adquirem o seu verdadeiro significado, que justificam a sua criação no sentido de assegurar a justiça prevista na Constituição³³¹.

Parece óbvio que para ser capaz de desempenhar esse papel de instrumento protetor da dignidade da pessoa humana e da justiça, o processo civil deve ser moldado a partir da Constituição, já que é nela que se encontram seus princípios fundamentais, norteadores de todas as normas que o regulamentam³³². Os preceitos constitucionais exercem, assim, uma supremacia normativa sobre as normas do processo civil, estabelecendo os seus princípios fundadores, além de blindar um núcleo de garantias processuais contra possíveis abusos do legislador, visando a torná-las inderrogáveis por leis ordinárias, evitando, com isso, eventuais violações, ao passo que coloca em prática o postulado fundamental do direito ao justo processo para toda a sociedade³³³.

As garantias constitucionais visam assegurar processos com ritos altamente técnicos, moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. Elas funcionam como verdadeiros direitos fundamentais universalmente inseridos no devido processo legal, ou, como prefere a doutrina estrangeira, do *justo processo*. Essa terminologia vem sendo utilizada na Itália para designar o gênero do qual derivam os outros direitos fundamentais processuais, substituindo a expressão clássica *devido processo legal*, fazendo-se, inclusive, referência à necessidade de adequação da tutela jurisdicional ao princípio da economia processual, em sintonia com os instrumentos de concentração e aceleração do processo, enquadrando-se, neste último caso, a tutela antecipada³³⁴.

³³¹ RIGHI, Eduardo. **Direito fundamental ao justo processo nas tutelas de urgência**. Curitiba: Juruá. 2008. p. 74.

³³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da Amplitude de Proteção Probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 154.

³³³ LOPES, João Lopes. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo. n. 116. jul./ago. 2004. p. 30; sobre a afirmação da supremacia do sistema constitucional, veja-se: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1991.

³³⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Alguns Reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo. n. 124. mai./jun. 2005. p. 37.

A esse respeito, expõe Dinamarco:

[...] Todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um *processo justo*, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir *resultados justos*. Que toda causa deve ser conduzida e decidida por um juiz natural; que o juiz seja imparcial e trate as partes e suas pretensões de modo isonômico; que todo processo seja realizado com a marca da publicidade; que os litigantes tenham amplas possibilidades de defesa de seus interesses em conflito, legitimando mediante sua participação em contraditório o provimento que o juiz proferirá afinal; que lhes seja franqueado o direito à prova ou, mais amplamente, o direito ao processo como meio eficaz da defesa de seus direitos e interesses; que toda a experiência processual se desenvolva com plena observância dos preceitos e regras inerentes ao exercício da jurisdição, da ação e da defesa (*due process of law*) etc. – esses são os modos pelos quais, segundo a experiência multissecular, com mais probabilidade se poderá propiciar a quem tiver razão o efetivo acesso à justiça³³⁵.

Do direito fundamental ao justo processo se desdobram as demais garantias fundamentais processuais, especialmente a da necessidade de uma tutela efetiva, prestada dentro de prazo razoável e acessível a todos, feita por um juiz natural e imparcial, assegurado o contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas, nos limites de um julgamento público e motivado³³⁶.

Em suma, considerando o modelo constitucional do processo civil, o chamado *justo processo*, como direito fundamental, se expressa no equilíbrio entre a efetividade da tutela jurisdicional (celeridade do acesso à justiça) e a segurança jurídica (devido processo legal). Vistos como direitos ou

³³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 12.

³³⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e Processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 4.

como princípios, a efetividade da tutela jurisdicional e a segurança jurídica guardam íntima relação com o instituto da tutela antecipada.

Na que tange à efetividade da tutela jurisdicional, designa-se como sendo o conjunto de direitos e garantias constitucionais atribuídas ao indivíduo para provocar a atividade jurisdicional objetivando vindicar bem da vida de que se considera titular. É direito fundamental que também se denomina de *direito à ordem jurídica justa*, compreendido não apenas no direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos, dando ao litigante o que é seu por direito³³⁷.

Por outro lado, tendo por escopo promover o equilíbrio da atividade jurisdicional, a Constituição assegura o devido processo legal (art. 5º., LIV), como o processo que garante aos litigantes em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consubstanciando-se nesse conjunto de garantias o direito à segurança jurídica, que deve nortear o bom andamento dos processos judiciais. É da tensão de ambos os direitos que nascerá a solução justa a ser aplicada ao caso concreto³³⁸.

Na realidade, o ideal seria que todos os direitos e deveres constitucionais prevalecessem plenamente, sem qualquer tipo de restrição. Mas, como tal não se revela possível, dentro mesmo do complexo das normas da Constituição, é necessário lançar mão de critérios interpretativos, objetivando colmatar as soluções mais adequadas às demandas, com o mínimo de sacrifício dos interesses individuais em conflito. A morosidade da resposta jurisdicional muitas vezes invalida toda eficácia prática da tutela, representando uma grave injustiça para quem depende da Justiça estatal. Daí a necessidade de mecanismos de aceleração do procedimento em juízo. De outro modo, o litigante tem constitucionalmente assegurado o direito de não ser privado de seus bens e direitos sem contraditório e ampla defesa, estabelecendo-se uma flagrante contradição entre a necessidade de efetiva tutela ao titular do direito subjetivo e a garantia ao seu opositor das faculdades inerentes ao contraditório³³⁹.

³³⁷ ZAVASCHI, Teori Albino. **Tutela Antecipada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 66.

³³⁸ ZAVASCHI, Teori Albino. **Tutela Antecipada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 67.

³³⁹ ZAVASCHI, Teori Albino. **Tutela Antecipada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 68-69.

Urge, então, harmonizar os dois direitos e não fazer com que um simplesmente anule o outro. Essa harmonização é feita através de uma inversão da seqüência cronológica de aplicação dos mandamentos, devendo o juiz cuidar para que acesso a uma tutela justa e efetiva seja protegido como direito fundamental, sendo imperativo a concessão da tutela antecipada para acelerar o processo e evitar a periclitção do direito subjetivo da parte³⁴⁰.

Assim, quando esses dois valores constitucionais conflitam, caso a ampla defesa ou até mesmo a citação do réu importe certeza da ineficácia da futura tutela, sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela que, se não antecipada, se faria impossível no futuro. É dessa maneira, portanto, que se harmonizam os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, ambos consagrados como direitos fundamentais na ordem constitucional vigente³⁴¹.

A fixação dos limites da tutela antecipada não é ato discricionário do juiz. Este estará sempre vinculado ao princípio da necessidade, de sorte que somente afastará a garantia do normal contraditório prévio (princípio da segurança jurídica) nos exatos limites do que for necessário à efetividade da tutela jurisdicional. Apenas, portanto, quando houver comprovado risco de inutilização da prestação esperada pela parte é que será cabível a inversão da seqüência natural e lógica entre os atos de debate, accertamento e execução. A lei exige ainda que a decisão acerca da antecipação da tutela seja sempre fundamentada, cabendo-lhe enunciar de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento. Tal exigência decorre justamente do fato de não se tratar de mero poder discricionário do magistrado em relação aos limites da antecipação³⁴².

3.4 TUTELA ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE

Independentemente das garantias formais do ordenamento, há que se reconhecer que tutelar tardiamente é quase o mesmo que não tutelar. A falta de celeridade desprestigia o Poder Judiciário, descaracterizando sua função primordial, já que a prestação jurisdicional intempestiva não se amolda à

³⁴⁰ FIGUEIREDO, Sálvio de. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.189

³⁴¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995. p. 33.

³⁴² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 34.

dinâmica da sociedade pós-moderna. Além de constituir verdadeira denegação da justiça, a demora do processo traz efeitos sociais gravíssimos, pois desestimula em larga escala o cumprimento espontâneo da lei³⁴³.

Por essa razão elementar, a adoção de técnicas processuais direcionadas a tornar o processo judicial mais célere é uma imposição social. O fator tempo ganhou relevância nas últimas décadas, justificando a construção de instrumentos processuais mais efetivos e adequados à tutela dos direitos (ou das pessoas, consoante afirma autorizada doutrina³⁴⁴), pois já não é mais suficiente a predisposição de simples esquemas de tutela formal dos direitos³⁴⁵.

Tal posição se mostra indispensável quanto à compreensão do papel que desempenha a tutela antecipada, como técnica de aceleração do processo, na perspectiva de um real paradigma de efetividade processual, ainda mais por ser apontada neste estudo como nova marca teleológica do processo civil brasileiro. Ademais, à luz dos princípios e direitos fundamentais consagrados pela ordem normativa constitucional, os valores tutelados apresentam-se como instrumentos de potencialização das personalidades individuais e das relações sociais, reclamando, cada vez mais, uma postura de proteção substancial da dignidade e do desenvolvimento da pessoa humana, correlatamente à outorga da jurisdição, que o Estado chamou a si por meio de monopólio³⁴⁶.

Neste particular, a atual percepção dos tratadistas que qualificam os direitos a procedimentos como direitos essencialmente a uma *tutela efetiva* é realizável em toda sua plenitude quando o procedimento garante os direitos materiais do respectivo titular. Dito de outra forma trata-se da atuação complexa e coordenada de ações positivas a serem desempenhadas pelo Estado,

³⁴³ SANTA'NNA, Paulo Afonso de Souza. Novos contornos do instituto da tutela antecipada e os novos paradigmas do sistema processual civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 28. n. 112. out./dez. 2003. p. 82.

³⁴⁴ Dinamarco professa a autonomia do direito processual, ao defender a tese segundo a qual “a tutela jurisdicional tratada pela ótica do processo civil de resultados não é uma tutela a direitos, mas tutela a pessoas, constituindo-se tal método de pensamento em projeção da perspectiva instrumentalista do processo”. DINARMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 21. n. 81. jan./mar. 1996. p. 71-72; o autor tem o mesmo posicionamento em edição recente: DINARMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. Tomo I, 2010. P. 379-380.

³⁴⁵ SANTA'NNA, Paulo Afonso de Souza. Novos contornos do instituto da tutela antecipada e os novos paradigmas do sistema processual civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 28. n. 112. out./dez. 2003. p. 83.

³⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 81-82.

em atenção à eficácia das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, que se impõem como normas supremas do ordenamento, vinculando as tarefas e órgãos estatais, que passam a ter uma obrigação (negativa) de se abster do campo protegido pelos direitos fundamentais, como também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo que sirva para a concreção de tais direitos, mesmo que não haja uma pretensão subjetiva dos cidadãos³⁴⁷.

É nesse contexto que se insere a tutela antecipada, bem como todas as mudanças metodológicas por que tem passado o fenômeno processual nos tempos pós-modernos. A constitucionalização do processo e da jurisdição (art. 5º., XXXV), envoltas com um direito fundamental de efetividade e a um processo justo (art. 5º., XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI), condiciona seja assegurada a real efetividade do resultado do processo, aspecto que ressalta o nexo teleológico fundamental entre o agir em juízo (pretensão) e a tutela jurisdicional efetiva do direito afirmado e ao final reconhecimento (sentença)³⁴⁸.

A perspectiva constitucional dos direitos fundamentais garante o direito ao justo processo, não mais no seu aspecto estrutural estático (formal), mas entendido como garantia mínima de meios e resultados, configurado num conjunto de garantias de caráter social e institucional (políticas e jurisdicionais), voltadas à concretização do Estado Constitucional de Direito. O garantismo, afirma Cambi, representa a outra face do neoconstitucionalismo³⁴⁹.

Para que se alcance essa realização de máxima efetividade do programa constitucional, a tutela antecipada apresenta-se como uma das técnicas idôneas, senão a mais importante, para garantir o máximo grau de efetividade não só dos direitos fundamentais, mas de todos os direitos tutelados pelo ordenamento jurídico. Daí que não pode haver interpretação mais correta do conteúdo do art. 5º., inciso XXXV, da Constituição, a não ser a que entende que o direito de acesso à justiça nada valeria se o processo judicial não

³⁴⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 83.

³⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 84.

³⁴⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 218.

garantissem meios e resultados adequados para tutelar de forma eficaz os direitos materiais e realizá-los no plano dos fatos³⁵⁰.

Por isso, especialmente após a positivação pelo texto constitucional do direito fundamental à duração razoável do processo (Inciso LXXVIII), não há como não reconhecer que a técnica da tutela antecipada integra o direito fundamental à tutela jurisdicional justa, célere e adequada, que serve fundamentalmente ao valor da efetividade³⁵¹.

3.5 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA TUTELA ANTECIPADA

Para qualquer hipótese de tutela antecipada, o art. 273, *caput*, do CPC/73, impõe a observância de dois pressupostos genéricos e concomitantes: a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

A prova inequívoca nada mais significa do que a simples aparência do direito (*fumus boni iuris*), que deve ser qualificado, por se tratar de medida satisfativa tomada antes de completar-se a instrução da causa, a lei a condiciona a certas precauções de ordem probatória. A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente carregada aos autos, identificada com o que ocorre na ação de mandado de segurança, onde se supõe que a matéria fática esteja provada³⁵².

Nesse sentido, a prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável³⁵³. É a prova que permite, por si só ou em conexão necessária com outras já existentes nos autos, pelo menos em juízo provisório, definir o fato, isto é, tê-lo por verdadeiro³⁵⁴. O que se procura alcançar com a tutela antecipada é muito mais que a simples e provisória condenação do réu. São atos concretos de efetiva satisfação do direito da parte. Por isso a prova

³⁵⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 219.

³⁵¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 219.

³⁵² ZAVASCHI, Teori Albino. **Tutela Antecipada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 79.

³⁵³ ALVIM, Carreira. Ação Monitória. In: ALVIM, Carreira (Org.). **Temas Polêmicos da Reforma Processual**. Belo Horizonte: Del Rey. 1995. p. 164.

³⁵⁴ SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p. 38.

tem que ser robusta, contundente, que dê ao magistrado, por si só, a segurança possível sobre a existência ou a inexistência de um fato³⁵⁵.

Quanto à verossimilhança da alegação, refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também, e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu. Exige-se que os fundamentos da pretensão à tutela antecipada sejam relevantes e apoiados em prova idônea³⁵⁶.

Além dos pressupostos genéricos indicados, exige a lei para o deferimento da tutela antecipada, dois outros requisitos, a serem observados de maneira alternativa: o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I); o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II). A primeira hipótese é fundada no *periculum in mora*, que procura evitar a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação, em razão da demora na tramitação do processo³⁵⁷. Receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Os simples inconvenientes da morosidade processual, inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela³⁵⁸. Já a segunda hipótese, configurada no abuso do direito de defesa, ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Neste caso, a medida só deve ser concedida após a apresentação da defesa ou das medidas reconhecidamente protelatórias³⁵⁹.

³⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 37.

³⁵⁶ ZAVASCHI, Teori Albino. **Tutela Antecipada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 79.

³⁵⁷ Costa Machado defende a tese, minoritária entre os doutrinadores, de que essa hipótese seria tipicamente cautelar, designando-a como medida antecipada com função assecuratória ou inibitória. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999. p. 451-452.

³⁵⁸ SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p. 39.

³⁵⁹ SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p. 39.

A tutela antecipada, enquanto instituto destinado a garantir maior agilidade e efetividade ao processo, apresenta duas características essenciais: a provisoriedade e a reversibilidade. A antecipação de tutela está sujeita ao regime das "execuções provisórias" (art. 273, § 3º), conforme disposto na lei, revestindo-se do caráter de solução não-definitiva e, por isso mesmo, passível de revogação ou modificação a qualquer tempo, mas sempre por meio de decisão fundamentada (art. 273, § 4º).

Disso decorrem as seguintes conseqüências: a) a medida será prontamente executada, nos próprios autos da ação de conhecimento; b) a lei não a condicionou à prestação de caução, de maneira sistemática, mas ao juiz caberá impô-la se as circunstâncias aconselharem tal medida de contra-cautela, dentro dos parâmetros do art. 804 do CPC/73, analogicamente aplicável à tutela antecipada; c) a execução da tutela antecipada, por ser provisória, corre por conta e risco da parte que a promove, e não comporta transferência do domínio do bem litigioso, nem levantamento de dinheiro, sem prévia caução (art. 273, § 3º).

Outro ponto importante é o previsto no § 2º, do art. 273 do CPC/73, que estabelece que não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Quer a lei, destarte, que o direito ao devido processo legal, com os seus consectários do contraditório e ampla defesa, seja preservado, mesmo diante da excepcional medida antecipatória. Em verdade, a qualidade do provimento não é irreversível, mas a consequência fática que dele resulta é que é, pois esta é que poderá correr o risco de não ser reposta no *status quo ante*, em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte por ele beneficiada não teria como suportar. É neste sentido que a decisão deve ser sempre reversível³⁶⁰

O *periculum in mora* deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (*periculum in mora inversum*). Em outros termos: o autor tem direito a obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo. A antecipação de tutela, em suma, não se presta a deslocar o risco de uma parte para a outra (alguns autores designam essa hipótese de pressuposto negativo)³⁶¹.

³⁶⁰ ALVIM, J. E. Carreira. **O direito na doutrina**. Curitiba: Juruá. 1998. p. 87.

³⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 63.

É, aliás, o que sempre ocorreu com os alimentos provisionais e outras medidas tutelares no âmbito do direito de família, onde o caráter provisório nunca se apresentou como impedimento a que fossem tomadas providências satisfativas de natureza irreversível. Aplica-se, nestes casos, para colmatar as situações tuteladas e evitar riscos, o princípio da proporcionalidade³⁶².

No entanto, trata-se de provimento que só pode ser emitido à requerimento de um das partes, para valer em face da outra, pelo que deve-se interpretar que sua modificação ou revogação a qualquer tempo deve depender, igualmente, de requerimento da parte, não podendo o juiz proceder *ex officio*. E mais, apenas se tiver havido mudança nas circunstâncias que motivaram a antecipação. É incorreta, portanto, interpretação segundo a qual o juiz pode, em qualquer das hipóteses dos incisos do art. 273, modificar ou revogar o provimento antecipado sem que tenha sido provocado à fazê-lo³⁶³.

Relevante também se apresenta o disposto no § 5º, do art. 273, que prevê que concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. Este dispositivo confirma a provisoriedade da medida, até que se confirme o direito pela sentença de mérito, pois é evidente a natureza interlocutória da decisão que a concede ou denega.

A tutela antecipada normalmente deve ser concedida liminarmente, sem a oitiva do réu, contudo nada impede sua concessão após a contestação, desde que estejam presentes os pressupostos autorizadores da medida. A tutela antecipada não pode ser eliminada onde é necessária para evitar um prejuízo irreparável. Não deve o magistrado negá-la somente para que seja ouvido o réu, se isto puder comprometer a sua efetividade. Importante salientar, quanto ao momento ao seu momento, que o juiz para antecipar, deve ter presente sempre o princípio da proporcionalidade (menor restrição possível), para não antecipar à parte mais do que o necessário³⁶⁴.

³⁶² DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Fabris. 2002. p. 246.

³⁶³ DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Fabris. 2002. p. 242-243.

³⁶⁴ ZAVASCHI, Teori Albino. **Tutela Antecipada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 84.

Quanto ao aspecto de concessão liminar³⁶⁵, poder-se-ia dizer que isto viola o princípio constitucional do contraditório, mas o que ocorre em tal caso é que este princípio fica postergado para viabilizar a efetividade da tutela dos direitos. Contudo, nada impede que, entendendo necessário, o Juiz designe audiência de justificação prévia³⁶⁶ com a finalidade de certificar-se da existência de dano, mas somente se o conhecimento do réu não for gerar a ineficácia da medida. A tutela antecipada é medida provisória e o réu pode se defender na contestação, sem que sejam feridos os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, podendo, inclusive, agravar da decisão³⁶⁷.

Contudo, é claro que a antecipação da tutela não é autorizada antes da contestação na hipótese do inciso II, do artigo 273, do Código de processo Civil, pois somente depois da contestação se pode aferir a existência de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

A tutela antecipada pode ainda ser concedida, após a contestação, em qualquer fase processual, inclusive em segundo grau de jurisdição, tendo em vista que o art. 273 não fixa limites específicos para sua concessão. Quando os pressupostos da antecipação se configurarem apenas no momento em que o processo estiver pronto para receber sentença, indicam-se duas soluções possíveis: se não for caso de reexame necessário nem de apelação com efeito suspensivo, sentenciam-se e executa-se provisoriamente a própria sentença, sendo desnecessário provimento antecipatório específico; em caso contrário, a antecipação de tutela deve ser deferida na própria sentença³⁶⁸.

Há doutrinadores³⁶⁹, no entanto, que negam essa possibilidade, porque a tutela somente pode ser concedida através de decisão

³⁶⁵ Há autores que afirmam a impossibilidade de antecipação da tutela antes da citação, por ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa; confira-se: PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995. p. 12.

³⁶⁶ Esta audiência de justificação prévia não está prevista no procedimento da tutela antecipada, mas entendemos ser perfeitamente cabível, se o magistrado assim entender, a utilização subsidiária do disposto no art. 804, do CPC, que prevê tal medida para o rito comum das medidas cautelares; no mesmo sentido: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999, p. 557-558.

³⁶⁷ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999, p. 586.

³⁶⁸ FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações**. Rio de Janeiro: Destaque. 1995. p. 116.

³⁶⁹ Essa é a posição original de Nelson Nery Júnior, que considera que a medida de antecipação deve ser concedida tanto no início da lide quanto no curso do processo, mas sempre antes da

interlocutória e, assim, sua concessão junto à sentença importaria em suprimir o recurso de agravo. Porém, deve ser entendido que somente pelo aspecto formal, a tutela é agravável, fundamentalmente ela não deixa de ser uma sentença, com a diferença que o mérito é julgado antes do momento normal para assegurar a efetividade da tutela de forma provisória. Logo, nada impede seja ela concedida concomitantemente com a sentença, sendo o recurso cabível, nestes casos, considerando o princípio da unicidade recursal, o de apelação³⁷⁰.

Duas modificações recentes no regime procedimental da tutela antecipada merecem destaque: a primeira, que prevê a antecipação de tutela em face de pedido incontroverso (§ 6º, art. 273), e a segunda, prevista que prevê o regime de fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar (§ 7º, art. 273), ambas inseridas no texto do CPC/73 pela Lei nº 10.444/02.

A possibilidade de antecipação em caso de pedidos incontroversos foi inspirada na doutrina de Luiz Guilherme Marinoni³⁷¹, que sempre sustentou que o inciso II do art. 273 permitiria interpretação ampla, para que de toda situação de contumácia ou inércia processual do réu fosse possível, configurados os seus pressupostos gerais, a concessão da tutela antecipada. Assim, dada a revelia ou omissão equivalente, a defesa do réu tenderia a ser protelatória ou abusiva ou, de forma mais ampla, plenamente voltada à teleologia do referido inciso, não podendo haver óbice para que o autor, desde logo, se beneficiasse dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida³⁷².

A formula prevista no § 6º. funda-se na evidência do direito postulado, pois busca privilegiar a celeridade da função jurisdicional, resultando em clara intenção do legislador em não retardar a prestação jurisdicional³⁷³. Para as situações em que parte do pedido se apresenta em condições de julgamento, se o processo prosseguir, não obstante a evidência do direito, a tutela

sentença, pois, proferida após a sentença, não haveria mais interesse processual na obtenção da medida.

³⁷⁰ Esta não é a posição de Zavaschi, que defende veementemente o conteúdo interlocutório da antecipação de tutela concedida na sentença. No entanto, após apresentar as suas considerações, reconhece que a posição dominante na doutrina e na jurisprudência do STJ se inclinou em sentido contrário. ZAVASCHI, Teori Albino. **Tutela Antecipada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p.128-1294.

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 136-138.

³⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 51.

³⁷³ ZAVASCHI, Teori Albino. **Tutela Antecipada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 108.

antecipatória será o único instrumento, dentro do sistema processual, a permitir que o procedimento comum atenda à tutela jurisdicional a que o litigante tem direito, evitando que ele seja obrigado a esperar indevidamente pela tutela de um direito incontrovertido. Se é possível a realização antecipada de um direito que se afigura apenas provável, seria contradição gritante não admitir a antecipação, mediante cognição exauriente, do julgamento de um dos pedidos³⁷⁴

Importante destacar que neste caso específico de antecipação em face da evidência do direito, não se verifica colisão entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica, a exemplo das outras formas de antecipação de tutela. Essa nova espécie tem a função de concretizar a efetividade processual, em consonância com o direito fundamental à duração razoável do processo, nos termos do art. 5º., inciso LXXVIII, da Constituição³⁷⁵.

Essa hipótese, na verdade, passou a configurar, da forma como foi disciplinada, não um novo tipo de tutela antecipada, mas uma forma de execução do julgado, configurando-se muito mais em uma técnica de desmembramento de pedidos cumulados, ou de parcela deles do que, propriamente, de tutela antecipada. É técnica de cisão de pedidos, que fraciona o julgamento, permitindo que o que já está em condições de ser julgado se julgue desde logo, daí a doutrina afirmar que se trata de julgamento parcial da lide, com reconhecimento de feitos imediatos ao que foi julgado. Em que pese opiniões em contrário, o legislador rompeu, com a inserção desse dispositivo no sistema processual, com o princípio da unicidade do julgamento, admitindo-se, na hipótese de sua incidência, a fragmentação do julgado³⁷⁶.

A segunda modificação representa a quebra de um paradigma na sistemática processual, que colocou em xeque a utilidade de um processo cautelar autônomo, tal qual idealizado pela doutrina tradicional. Não se pode sustentar, com isso, que foi equívoco o tratamento legislativo dado à tutela cautelar, regulamentada de forma autônoma pelo livro III do CPC/73. A classificação tríplice e estanque dos processos positivada pela legislação processual teve razão de ser numa época, até por razões históricas e científicas

³⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. 4. ed., São Paulo: Malheiros. 2000. p. 162.

³⁷⁵ ZAVASCHI, Teori Albino. **Tutela Antecipada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 110.

³⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 53.

que dominaram a formulação da lei processual. Contudo, tal visão, ao que parece, não atende mais aos anseios atuais de celeridade e informalidade do processo³⁷⁷.

Visto sob o prisma das tutelas de urgência, a fungibilidade prevista no § 7º significa, basicamente, que não importa a natureza da medida pleiteada pela parte, pois o juiz deverá concedê-la em quaisquer de suas formas ou técnicas, desde que, evidentemente, estejam presentes os requisitos legais autorizadores da concessão da tutela jurisdicional requerida³⁷⁸.

A incorporação do princípio da fungibilidade no sistema processual das tutelas de urgência insere-se no âmbito de uma nova postura que vem inspirando as reformas processuais, voltada para a valorização do sincretismo das funções jurisdicionais. Isto se deve ao fato de que, na atual fase de modernização do sistema processual, a preocupação do legislador está centrada na eficiência e na instrumentalidade das atividades, deixando de lado a concepção meramente conceitual dos institutos que marcou a escola clássica³⁷⁹.

Antes da introdução do princípio da fungibilidade, se a parte formulasse um pedido cautelar e, na visão do Juiz, a roupagem correta da pretensão fosse a antecipação da tutela, a consequência seria o indeferimento da petição inicial. Também na hipótese inversa o indeferimento se impunha. A fungibilidade vem, portanto, mitigar o tecnicismo formalista, tendo em vista que a forma jamais deve sacrificar o direito do jurisdicionado³⁸⁰.

A redação do § 7º é defeituosa, mas a interpretação deve centra-se no duplo sentido vetorial da fungibilidade, para admitir-se a transmutação de um pedido de antecipação de tutela em cautelar e vice-versa. O texto deve ser lido em duplo sentido, pois o juiz está autorizado a conceder a

³⁷⁷ SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. O poder geral de cautela do juiz: novos rumos. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. VEZZONI, Marina (Orgs.). **Processo cautelar: estudos avançados**. Barueri: Manole. 2010. p. 44-45.

³⁷⁸ SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. O poder geral de cautela do juiz: novos rumos. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. VEZZONI, Marina (Orgs.). **Processo cautelar: estudos avançados**. Barueri: Manole. 2010. p. 41.

³⁷⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Medidas de urgência, antecipatórias e cautelares, e sua reformulação legislativa. In: CALMON, Eliana (Coord.). **Direito Processual: inovações e perspectivas**. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 111-112.

³⁸⁰ FRANCO, Sílvio José. **Tutelas de urgência e a efetividade do processo civil**. 2007. Dissertação de Mestrado. Itajaí: Univali. p. 92-93.

antecipação de tutela ou a cautelar, desde que satisfeitos os pressupostos legais, pois não seria justo haver fungibilidade em uma só mão de direção³⁸¹.

Estaria, assim, quase que eliminada a necessidade de ajuizamento de ação cautelar incidental. Diante da fungibilidade, nesta hipótese, é fácil perceber que as medidas cautelares subsistirão, sem o processo cautelar autônomo, o que poderá implicar em sensível redução dos processos incidentais, notadamente por atenderem à velha forma burocrática de apensamento. Trata-se, na verdade, de um grande avanço da processualística, que permitirá ao magistrado apreciar o pedido e adequá-lo ao caso concreto, prestigiando os objetivos visados pelas atuais concepções de acesso à justiça³⁸².

3.6 TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Oliveira afirma com propriedade que [...] nos dias atuais virou moda adotar-se em caso de urgência na área do Direito de Família, a tutela antecipatória do artigo 273³⁸³. Não há dúvida de que a satisfação provisória, mormente se dispensada *initio litis*, é a que melhor se ajusta aos valores envolvidos em tais casos, pois é capaz de interferir no próprio plano do direito material e antecipar os efeitos da futura sentença de mérito. Somente assim será possível prevenir o dano, porquanto nessas hipóteses não basta apenas conservar para afastar a insatisfação decorrente do estado antijurídico, revelando-se necessária a antecipação, parcial ou total, dos próprios efeitos materiais da sentença a ser proferida no processo de conhecimento. Tudo tem a sua fonte na própria natureza do *periculum in mora* que, em tais hipóteses, se constitui não pelo temido desaparecimento dos meios necessários à formação e execução da providência principal, mas sim, precisamente, pela permanência do estado de insatisfação do direito, objeto do futuro juízo de mérito³⁸⁴.

Por isso mesmo esse tipo de receio de lesão só pode ser prevenido com a antecipação dos efeitos da própria sentença final. No entanto, o campo de incidência da tutela antecipada é bastante amplo e pode se dar em

³⁸¹ FRANCO, Sílvio José. **Tutelas de urgência e a efetividade do processo civil**. 2007. Dissertação de Mestrado. Itajaí: Univali. p. 94.

³⁸² SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **As novíssimas alterações do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 99.

³⁸³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. A Família na Travessia do Milênio. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 427.

³⁸⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. A Família na Travessia do Milênio. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 427.

todas as causas de família processadas pelo rito ordinário padrão, pode se dar no âmbito do processo provisional, sem necessidade de uma invocação precisa e detalhada do receio de lesão, pode se dar, ainda, no âmbito do próprio processo cautelar, pois algumas medidas ali enquadradas não são na sua essência cautelares. A urgência, portanto, estando no cerne mesmo do Direito de Família, insere-se como conteúdo vinculado ao regime da tutela antecipada. Passemos, então, à análise das situações de aplicabilidade dessa medida na área³⁸⁵.

3.6.1 Tutela antecipada dos alimentos

A questão alimentar, para a sociedade, é da mais alta relevância. Por isso, a legislação brasileira disciplina inúmeras possibilidades de proteção judicial a quem faz jus a verba alimentar, seja a pretensão vinculada ao parentesco, seja ao casamento, seja a união estável, atendendo-se integralmente ao princípio da solidariedade familiar, mesmo porque a verba alimentar é o que serve à subsistência animal³⁸⁶. Além do mais, tendo a Constituição Federal consagrado a proteção da dignidade humana e o direito à vida como direitos fundamentais, o direito a alimentos também adquire o status de direito fundamental, pois destinado a prover o sustento de quem, por conta própria, não tem condições de fazê-lo, colocando em risco sua subsistência ou ainda seu pleno desenvolvimento como pessoa humana³⁸⁷.

Os alimentos quanto à sua finalidade podem ser definitivos, provisórios ou provisionais. Os *definitivos* são os estabelecidos em qualquer ação de alimentos pelo juiz, na sentença ou em acordo das partes devidamente homologado, podendo ser revistos a qualquer tempo (art. 1699, CC/02). Os *provisórios* exigem prova pré-constituída da obrigação alimentar (parentesco, casamento e união estável) e são estabelecidos por força do art. 4º. do rito especial da Lei nº 5.478/68, que regula a ação de alimentos. Já os *provisionais*, também denominados *ad litem*, são os determinados em medida cautelar preparatória ou incidental nas ações de divórcio, dissolução de união estável,

³⁸⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. A Família na Travessia do Milênio. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 428.

³⁸⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 9. Rio de Janeiro: Borsói. 1955. p. 207-208.

³⁸⁷ MADALENO, Rolf Hanssen. Renúncia a alimentos. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM. v. 6. n. 27. nov-dez. 2004. p. 147.

nulidade ou anulação de casamento, e se destinam geralmente a prover a mulher ou companheira e os filhos durante a tramitação do processo (art. 852, CPC/73).

Releva para a compreensão da aplicabilidade da tutela antecipada dos alimentos, o correto enquadramento entre os *provisórios* e os *provisionais*, pois, nos limites desta delimitação conceptual os *provisórios* são regidos por lei especial e os *provisionais* estão inseridos no Livro do Processo Cautelar o CPC/73. A problemática merece acurada análise em face da indistinção quase generalizada na doutrina e jurisprudência a respeito, com reflexos no plano doutrinário e no exercício prático dos direitos³⁸⁸.

Certamente, ambos têm por finalidade substancial prover de alimentos ao requerente da medida. Todavia, a tutela diferenciada da Lei nº 5.478/68 exibe 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.), devendo o órgão judicial já no despacho inicial fixar os alimentos, sem maiores indagações (art. 4º), pois 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. E em face do título os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final (art. 13, § 3º).

É freqüente na doutrina a diferenciação procedimental entre os alimentos concedidos com base no art. 4º. da referida lei e a tutela antecipada do direito alimentar. Entretanto, deve ser entendido que toda proteção jurisdicional de mérito, oferecida antes da sentença final representa antecipação dos efeitos da tutela. Portanto, as diferenças são apenas procedimentais e de requisitos exigidos pela lei para cada espécie, parecendo ser esta a melhor posição³⁸⁹.

Alguns doutrinadores salientam que os alimentos provisórios concedidos na ação de alimentos são a mais típica forma de aplicação da tutela antecipada no Direito de Família, tendo em vista que, uma vez concedidos, o

³⁸⁸ Sérgio Gischkow reproduz a voz corrente quando afirma que “a diferenciação entre as duas espécies é apenas terminológica e procedimental; em essência, em substância, são idênticas, significam o mesmo instituto, a saber, prestações destinadas a assegurar ao litigante necessitado os meios para se manter na pendência da lide”. PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de alimentos**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1983. p. 49.

³⁸⁹ LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994. p. 20

credor passa a gozar da verba alimentar antecipadamente, e sequer podem ser restituídos se sobrevier modificação da liminar que os concedeu³⁹⁰.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado aos *provisionais*, sejam eles concedidos por meio da tutela cautelar, sejam eles concedidos em qualquer pretensão alimentar vinculada a uma ação de conhecimento (v.g. alimentos após o alcance da maioridade civil daquele que já recebe a pensão ou ação em caso de dispensa provisória, desde que ainda pendente o divórcio) em que também pode haver antecipação da tutela final visada. Assim, seja qual for o procedimento, sempre será possível a concessão da tutela antecipada, bastando que se atinja um grau de verossimilhança das alegações quanto à existência da obrigação alimentar, à modificação do binômio necessidade-possibilidade ou à ocorrência de causa justificadora da modificação alimentos³⁹¹.

Convém destacar, todavia, que apesar das diferenças procedimentais, o que deve justificar a concessão da tutela antecipada são os seus requisitos específicos contidos no art. 273 do CPC/73, incidindo, inclusive, a hipótese de aplicabilidade para os casos de abuso de defesa nas ações. O atraso na prestação de alimentos sempre acarreta risco de dano ao sustento do credor, devendo este comprovar desde o início do processo que suas alegações são plausíveis e verossímeis nesse sentido, para que faça jus ao deferimento da tutela antecipada, mas não porque o procedimento assim estipula, mas por exigência decorrente da própria natureza do direito material envolvido e em virtude do atendimento das condições estabelecidas para que tal tutela seja antecipada, sem prejuízo significativo à segurança jurídica das partes³⁹².

A questão alimentar decorrente do casamento não enfrenta grandes dificuldades teóricas, haja vista que o estado matrimonial tem comprovação pré-constituída, sendo que, a maioria das questões envolvendo alimentos ou resolve-se pelo rito da Lei nº 5.478/68, ou em sede de divórcio consensual ou em divórcio litigioso, cabendo neste último o acesso à tutela antecipada. Quando se tratar de dispensa em antigos processos de separação, a

³⁹⁰ RODRIGUES, Luiz Fernando Afonso. **Tutela de Urgência no Direito de Família**. São Paulo: Quartier Latin. 2008. p. 187.

³⁹¹ BOECKEL, Fabrício Dani de. **Tutela jurisdicional do direito a alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 92.

³⁹² BOECKEL, Fabrício Dani de. **Tutela jurisdicional do direito a alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 93.

solução poderá ser mesma, mas, se a dispensa ocorrer em sede de divórcio, terá caráter definitivo, não podendo ser exercida a pretensão alimentar após a quebra do vínculo, estando rompido o dever de mútua assistência entre os cônjuges³⁹³.

Comportam, porém, algumas distorções a questão dos alimentos decorrentes da união estável, conceito elevado a nível constitucional pelo § 3º do art. 226 da Constituição de 1988. A Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, estabeleceu em seu art. 1º o direito de a companheira valer-se do disposto da Lei n. 5.478, de 25 de junho de 1968, desde que: (I) comprovasse a união (companheira comprovada); (II) fosse o companheiro homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo; (III) demonstrasse convívio superior a cinco anos ou prole comum; (IV) provasse a necessidade; (V) não constituísse nova união. Igual direito e nas mesmas condições era reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva

Posteriormente, a regra foi revogada com o advento da Lei n. 9.278/96, que passou a regular a matéria de forma completamente diversa e com muito maior amplitude. Para esse diploma legal, bastaria a configuração da união estável dentro do figurino estabelecido no art. 1º (convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida como o objetivo de constituição de família) para que surja ipso facto, o direito-dever de assistência material recíproca (Lei n. 9.278/96, art. 2º, II). Se dissolvida a união estável por rescisão, nos termos do art. 7º, a assistência material será prestada, a título de alimentos, por um dos conviventes ao que dela necessitar.

No contexto de então, várias considerações podem ser feitas. A primeira, configura-se por estar cumprida e plenamente comprovada a união estável, determinante da obrigação alimentar (p. ex.:reconhecimento em testamento, escritura pública ou instrumento particular; existência de contrato escrito regulando a convivência; casamento religioso, conhecimento judicial de forma incidental em anterior demanda judicial), nesta hipótese, havendo prova preconstituída da relação estável, poderá o credor dos alimentos, na constância da convivência, pleiteá-los invocando a tutela especial da Lei n. 5.478/68. Nada

³⁹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 99.

impede o emprego de justificação prévia, colhendo-se prova testemunhal. Segue-se aqui o entendimento pacificamente adotado na jurisprudência no sentido de que sem prova preconstituída da obrigação alimentar, não cabe a ação de alimentos pelo rito previsto na lei especial³⁹⁴.

O CC/02 mantém a mesma orientação aberta da Lei nº 9.278/96, não só ao definir os critérios de verificação para o reconhecimento da união estável, mas também para recepcionar os critérios anteriores quanto à pretensão alimentar na união estável. Caberá ao interessado produzir a prova pré-constituída exigida pelo rito especial da lei de alimentos, para ter acesso aos alimentos provisórios. Em caso contrário, terá que ingressar com o pedido de alimentos provisionais por meio de ação de conhecimento, ficando obrigado a comprovar a relação estável, para que surta efeito a sua pretensão alimentar³⁹⁵.

É de bom alvitre destacar, de igual forma, a superação das exigências quanto à comprovação de conduta culposa que possa vincular a obrigação alimentar, pois tal critério está superado no direito brasileiro, tanto na relação matrimonial quanto na união estável, desde o advento da Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 5º., do art. 226, da CF/88, eliminando do sistema os processos de separação judicial, e, em consequência, a discussão da culpa na seara do direito de família³⁹⁶.

Quanto à tutela antecipada em razão da cessação da menoridade do filho reconhecido que recebe pensão, cessa por igual, como é pacífico, o dever de sustento a que o pai estava sujeito. A obrigação alimentar do genitor passa, então, a ser não automática, ou seja, deve o filho, se não foram mantidos os alimentos, pleitear a verba alimentar com fundamento na relação parental, regulada pelo art. 1694 do CC/02. Colmatando o assunto, o Superior Tribunal de Justiça editou o verbete sumular 358, no qual reconhece que o cancelamento da pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeita à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos da causa originária, o que confirma a utilização de critérios cognitivos tendentes à

³⁹⁴ RODRIGUES, Luiz Fernando Afonso. **Tutela de Urgência no Direito de Família**. São Paulo: Quartier Latin. 2008. p. 188.

³⁹⁵ RODRIGUES, Luiz Fernando Afonso. **Tutela de Urgência no Direito de Família**. São Paulo: Quartier Latin. 2008. p. 188.

³⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já: Comentários à Emenda Constitucional 66**, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. P. 46-51.

comprovação da manutenção das necessidades do filho. Assim, dependendo das condições pleiteadas, deve compreender-se deva o filho, neste caso, empregar o pedido de antecipação de tutela do art. 273, se a via eleita for essa, incidente na demanda de alimentos pelo rito ordinário³⁹⁷.

Outro aspecto da questão alimentar quanto aos filhos se dá no plano do não reconhecimento do estado de filiação. Nesta situação, deve o filho mover a ação investigatória pelo rito ordinário e cumular o pedido de verba alimentar. Será muito pouco provável, *initio litis*, antes, portanto, de reconhecido o vínculo parental, o juiz conceder antecipação da tutela. De fato, a previsão legal para que o juiz fixe os alimentos na sentença, se o pedido for procedente, constante da Lei 8.560/92, que regula a investigação da paternidade dos filhos nascidos fora do casamento, parece bastante lógica. Mesmo assim, presentes os requisitos, é possível o juiz antecipar a tutela antes da sentença, se, por acaso, a prova produzida nos autos confirma de forma inequívoca a paternidade³⁹⁸.

A análise da ação revisional de alimentos também se faz necessária, pois é admitida pela Lei de Alimentos e pelo Código Civil. Aqui, perdura importante divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do rito a ser seguido pela revisional, em razão do disposto no art. 13, da Lei nº 5.478/68. As hipóteses admitidas pela citada legislação são de redução, majoração e exoneração. Entendemos que deve a ação seguir o rito ordinário, nada impedindo, portanto, o emprego da antecipação do art. 273, do CPC, inclusive para majoração, redução ou exoneração *initio litis*, convencendo-se o juiz da verossimilhança e da prova inequívoca juntada à inicial. Inobstante tal afirmativa, a jurisprudência brasileira não tem admitido a redução ou majoração liminar do encargo alimentar com certa frequência, o que não passam de decisões preconceituosas. Quanto à exoneração do encargo, não tem havido restrições para a concessão da antecipação da tutela pedida na ação revisional³⁹⁹.

Nas questões revisionais, assim, a tutela antecipada tem ampla aplicação e importância crucial para os contendores, considerando-se a

³⁹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 96.

³⁹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 100.

³⁹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 97.

técnica fundamental para concretizar a efetividade do provimento judicial, tanto para fixar, quanto para revisar e até mesmo extinguir o encargo alimentar, que pode ser fonte de transitórias injustiças ao onerar o credor com a redução ou exoneração, bem como o devedor com excesso na majoração do encargo⁴⁰⁰

Por fim, deve ser ressaltada a importância da alteração legislativa do art. 273 do CPC/73, que complementa o quadro da técnica antecipatória ao direito alimentar, que já estava prevista anteriormente. Evidente que o avanço da técnica antecipatória é indiscutível, pois há nítida superação da visão que dela se tinha por ocasião do advento da Lei nº 5.478/68 e da própria concepção original do CPC/73. Nessa época, por exemplo, essa técnica era encarada com maiores reservas, a ponto de se propagar uma suposta natureza cautelar aos alimentos *provisionais*, como se os mesmos não satisfizessem as carências imediatas do credor. Assim, tanto os novos dispositivos quanto a evolução doutrinária e jurisprudencial nessa seara não podem ser ignorados neste novo ambiente da pós-modernidade, principalmente quando são afirmados no plano constitucional a normatividade dos direitos fundamentais, no qual se enquadra plenamente o direito a alimentos⁴⁰¹.

3.6.2 Tutela antecipada em sede de divórcio

O advento da Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010, que deu nova redação ao § 5º, do art. 226, da CF/88, eliminando do sistema os processos de separação judicial, e, por via de consequência, a discussão da culpa na seara do direito de família, mudou completamente o panorama legal até então vigente no direito brasileiro⁴⁰².

A partir da referida emenda, todos os processos de separação em tramitação deverão passar por readapção, devendo o juiz oportunizar à parte autora (no procedimento contencioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária) prazo para converter o pedido ao sistema divorcista, pois ocorreu alteração da base normativa do direito material discutido,

⁴⁰⁰ MADALENO, Rolf Hanssen. Revisão dos alimentos liminares. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM. v. 15. n. 27. out-nov-dez. 2002. p. 20.

⁴⁰¹ BOECKEL, Fabrício Dani de. **Tutela jurisdicional do direito a alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 94.

⁴⁰² GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 55-64.

por forma de modificação constitucional, exigindo compatibilidade plena ao novo sistema, sob pena de afronta ao devido processo civil constitucional⁴⁰³.

A mudança operada traz reflexos novos à sistemática divorcista, mas não alteram em nada as questões de natureza procedimental, seja na esfera judicial ou na extrajudicial. Desse modo, tais demandas, quando envolverem somente pessoas maiores e capazes, podem ser solvidas na via administrativa sem a participação do juiz ou do Ministério Público, embora esse procedimento extrajudicial seja facultativo. O procedimento judicial será sempre obrigatório, todas as vezes em que não houver consenso entre as partes ou existirem filhos menores ou incapazes⁴⁰⁴.

Especificamente no que refere a aplicação da tutela antecipada a esse novo regime, é possível constatar de plano que para as ações litigiosas de divórcio doravante serão dirigidas todas as pretensões de antecipação, que antes eram requeridas nos processos litigiosos de separação, basicamente limitadas às pretensões alimentares e à pleitos sobre rendimentos de bens comuns aferidos por um só dos cônjuges em detrimento do outro. Ocorre, porém, que a eliminação da culpa trouxe um paradoxo ao novo sistema, que ficou tecnicamente sem causa de pedir, não sendo o autor obrigado a declinar o fundamento jurídico do pedido, ante o exercício de simples direito potestativo⁴⁰⁵.

A consequência principal do paradoxo apontado será o alargamento do campo da responsabilidade civil na seara da dissolução do casamento (o que com certeza trará mais conflitos aos ex-cônjuges ou ex-compaheiros), pois o fim da culpa para cancelar a extinção do casamento não excluirá as pretensões indenizatórias referentes a danos materiais, morais e estéticos resultantes dos excessos praticados na vida em comum. Diante desse quadro, seria até lógico afirmar, que, se houver ofensas físicas ou morais, ou agressão aos direitos da personalidade, o cônjuge culpado terá que responder

⁴⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 140-141.

⁴⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já**: Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 82-83.

⁴⁰⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 43.

pelo ato ilícito praticado e nos limites da conduta ilícita, para que se estabeleça a obrigação de indenizar⁴⁰⁶.

3.6.3 Tutela antecipada no processo cautelar

À primeira vista, pode parecer contraditório afirmar a existência da possibilidade de incidir a tutela antecipada no âmbito das ações cautelares. Mas isto é apenas aparente, haja vista que o regime legal de classificação das tutelas cautelares previstas no Livro III do CPC/72 não é puro, quer dizer, existem medidas classificadas como cautelares nominadas que se enquadram perfeitamente nos contornos da antecipação de tutela satisfativa. Tais ações, embora inseridas no rol do Livro III, não são cautelares na sua essência, pois não guardam qualquer função preventiva em relação ao direito daqueles que as pleiteiam, e muito menos fidelidade ao procedimento de uma ação cautelar.

A nota diferencial dessas medidas (busca e apreensão autônoma, alimentos provisionais, hipóteses excepcionais de sequestro, posse em nome do nascituro e medidas provisionais de entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos, afastamento de menor autorizado a contrair casamento, guarda de filhos, regulamentação de visita), é que elas apresentam caráter executivo e se esgotam quando cumprido o provimento judicial, sendo desnecessário ajuizar um processo principal. São, portanto, satisfativas, que valem por si mesmas e independem de uma demanda principal.

Veja-se o caso da busca e apreensão. É medida que tem finalidades múltiplas no sistema processual, pois pode-se por meio dela querer assegurar a exeqüibilidade de um provimento jurisdicional principal ou preservar os efeitos de uma outra medida cautelar, ou, ainda, pode bastar-se a si mesma, não se enquadrando no caráter de acessoriedade do art. 798 do CPC/73⁴⁰⁷.

Não se nega a sua função cautelar nas duas primeiras situações, mas se forem utilizadas por detentores do poder familiar, tutor ou curador ou quem detém guarda do incapaz, em posse de terceiros, que não tenham legitimidade para estar com a posse desses menores, então não serão

⁴⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já**: Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 8

⁴⁰⁷ BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas urgentes de família no código de processo civil**: sistematização e exegese. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 129-130.

cautelares, mas satisfativas⁴⁰⁸. Nesta última situação, a tutela antecipada teria pleno cabimento, na hipótese em que o litígio em torno da posse do incapaz fosse travado pela primeira vez, ou em pedido de revisão de decisão de mérito sobre a guarda, baseado em fato novo, podendo o juiz antecipar *in liminis* a decisão de mérito, determinando que o menor fique sob a guarda de um dos genitores, ou ainda naquelas situações com guarda e direito de visita devidamente reguladas, quando o genitor não guardião pega o filho e se recusa a devolvê-lo, quando então o ajuizamento da busca e apreensão seria em processo autônomo⁴⁰⁹.

Quanto aos alimentos provisionais, no intuito de reafirmar o que já foi desenvolvido anteriormente sobre a tutela antecipada em sede alimentar, apesar de estar inserido no processo cautelar, a sua função é satisfativa, enquadrando-se perfeitamente no figurino da tutela antecipada. Reforça ainda mais essa ideia a previsão constante do parágrafo único do art. 854 do CPC/73, que permite a sua fixação liminar incidente a qualquer das ações enumeradas no art. 852. Portanto, também seria plenamente cabível a tutela antecipada em todas as ações de rito ordinário onde sejam manifestadas as pretensão liminar à fixação de alimentos provisionais⁴¹⁰.

Nas hipóteses excepcionais de sequestro, pode-se desenvolver a ideia do cabimento da tutela antecipada em substituição à tutela cautelar. Assim, conforme afirma Silva, pode ser [...] possível conceber algumas formas de sequestro que não carecem de ação principal, onde o sequestrante fique dispensado de promover, como autor, a demanda satisfativa⁴¹¹. Se assim o for, a tutela antecipada é cabível, devendo o juiz concedê-la com brevidade.

O mesmo raciocínio servirá para enquadrar as medidas ditas provisionais, prevista no art. 888, do CPC/73, ou seja, se puderem ser requeridas de forma autônoma, sem a necessidade de vinculação a um processo principal, a

⁴⁰⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. Tomo I. 1973. p. 218.

⁴⁰⁹ BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas urgentes de família no código de processo civil: sistematização e exegese**. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 129-130.

⁴¹⁰ BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas urgentes de família no código de processo civil: sistematização e exegese**. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 135.

⁴¹¹ SILVA, Ovídio Batista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1973. p. 113; no mesmo sentido: BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas urgentes de família no código de processo civil: sistematização e exegese**. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 126.

tutela antecipada, conforme o caso será sempre cabível, pois o sistema processual atua de forma integrada e subsidiária entre os seus livros regulatórios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste momento de considerações finais, é chegada a hora de verificar se os objetivos da pesquisa foram plenamente atendidos, no que se refere aos questionamentos apresentados, objetivando confirmar ou infirmar as hipóteses definidas na parte introdutória do texto.

Inicialmente, em resposta à hipótese a, identificou-se uma mudança paradigmática no processo civil brasileiro, a partir da constatação de que os marcos regulatórios do direito na pós-modernidade estão em fase de transformação constante, o que implica em reformulação de conceitos, práticas e métodos tradicionais na área do Direito e do processo civil.

Como se observou ao longo do primeiro capítulo, a efetividade passa a ser vista como nova marca teleológica do processo civil brasileiro em razão das mudanças sociais, econômicas e políticas operadas na pós-modernidade, onde a urgência como critério informativo eficaz na solução dos conflitos judiciais também passa a exigir novas fórmulas, novos procedimentos, novas posturas do legislador e de todos os que, direta, ou indiretamente, estejam vinculados aos serviços judiciários.

A hora presente é da aceleração do sistema judiciário, que não pode mais ficar à mercê de uma postura acomodada, como se a prestação jurisdicional continuasse a ser coisa de particulares, como ocorria na conformação do Estado Liberal clássico, onde a estrutura judicial de resolução dos conflitos tinha forma regulatória de caráter eminentemente privaticista.

Nos tempos pós-modernos, marcados que são por transformações radicais em todos os campos do conhecimento, não há mais espaço para acomodamentos, técnicas ou visões ultrapassadas.

Os novos tempos da globalização e dos mercados virtuais, dos contratos de massa e das informações instantâneas, mudaram o panorama social mundial. Em razão disso, os conflitos se multiplicaram, qualificando-se a tal nível de complexidade que os instrumentos processuais idealizados e consolidados após a eclosão da Revolução Francesa, num ambiente posterior de consagração do positivismo jurídico como ideologia liberal oficial, não podem mais

servir de parâmetro às soluções das lides individuais e coletivas na atualidade, quando submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

O advento da Lei nº 8.952/94 representa, diante das novas perspectivas da busca e construção de um processo civil de resultados uma pequena, mas significativa alteração na concepção tradicional do modo de operar a tutela jurisdicional, que fora pensada, por quase dois séculos pelos tratadistas, com métodos voltados exclusivamente para assegurar o valor da proteção da segurança jurídica como epicentro do sistema processual.

No que se refere à questão específica da posituação da tutela antecipada, parece ser inegável a índole constitucional do instituto, que o qualifica como instrumento indispensável para a concretização das garantias do devido processo legal e para a realização da ordem jurídica justa, como escopos fundamentais da atividade jurisdicional.

A incorporação do instituto corrigiu as falhas estruturais do sistema processual civil em vigor, reordenando o quadro das tutelas diferenciadas, obedecendo aos critérios de legitimidade e justeza na sua formulação e atendendo plenamente os anseios sociais, que, à época, clamavam por uma justiça mais ágil, mais justa e mais efetiva.

Do ponto de vista da técnica processual, o instituto representou e continua a representar um avanço sem precedentes para o direito processual civil brasileiro, pois permite uma nova tomada de consciência e posição ativa dos operadores do direito, principalmente aos juízes, que, não raro, se escoram no formalismo de regras procedimentais ultrapassadas para justificar a inércia da jurisdição na composição efetiva dos direitos.

A antecipação de tutela, como instrumento de proteção aos direitos, inverteu toda a sistemática então vigente, que se apoiava no contraditório e na ampla defesa, como forma de garantir a decisão judicial mais justa e harmoniosa. Se concedida pelo juiz, abrevia-se o procedimento para entregar o bem objeto da disputa judicial ao autor que demonstre, de plano, ter razão, suportando o réu o chamado dano marginal causado pelo tempo do processo.

A posituação do instituto amplia de forma considerável a proteção a toda gama de direitos que possam ser tutelados em caráter de evidência, em qualquer tipo de processo ou de procedimento, que não disponha

de previsão expressa de medidas liminares. A positivação do instituto harmoniza-se com todas as leis reformistas posteriores, com incidência em todos os graus de jurisdição, inclusive nos processos de competência originária dos tribunais, instrumentalizando a atividade jurisdicional para atuar com pronta eficácia na proteção dos direitos individuais ou coletivos, indisponíveis ou não.

No que se refere aos esforços de aperfeiçoamento do sistema processual, foi o movimento de Florença, liderado por Mauro Cappelletti em fins da década de 60, construiu os alicerces científicos da busca de um acesso à justiça voltada para a realidade dos problemas do Poder Judiciário e dos jurisdicionais, em padrões compatíveis com a contemporaneidade, identificando em estudo comparado as vicissitudes dos sistemas processuais mundiais, para também indicar a necessidade de reformas estruturais e de pensamento, que acabaram por contaminar a ciência do processo nas décadas seguintes.

No Brasil, a obra pioneira do mestre italiano foi muito bem recepcionada pelos processualistas, oportunizando a construção de um pensamento científico sobre o processo como instrumento voltado à busca de resultados no mundo real, ficando superada a visão clássica meramente técnica.

Já em fins da década de 80, o advento da Constituição Federal de 1988 foi essencial para pavimentar a reconstrução da democratização como direito fundamental da sociedade brasileira, começando, a partir deste período, a germinação das ideias de superação do sistema processual, abrindo campo para que fossem realizadas as reformas no Código de Processo Civil.

O método das reformas processuais, operadas de 1994 a 2006, foi o setorial, por meio do qual a estrutura do código de processo e vários de seus institutos foram aperfeiçoados com a inclusão de vários institutos novos.

Pensava-se em sede doutrinária que a reformulação dos procedimentos e a criação de novas técnicas seriam suficientes para solucionar as dificuldades do sistema, mas, passados quase 18 anos desde o advento da Lei nº 8.952/94, percebeu-se que as reformas setoriais, embora tivessem trazido melhorias e aperfeiçoamentos ao sistema como um todo, não resolveram os graves problemas que ainda afetam a prestação jurisdicional.

Se a aprovação do novo código irá resolver o problema da morosidade judiciária, ninguém pode prever, mas todas as modificações enfocadas no primeiro capítulo deste estudo são fruto das exigências sociais, descortinadas num ambiente de pós-modernidade, que era imperceptível há pouco menos de cinco décadas no país. Consideram-se, assim, nesta primeira parte, plenamente atingidos os objetivos da pesquisa, especialmente quanto ao reconhecimento da mudança paradigmática apontada.

Em relação à hipótese b, onde foi atribuído um perfil civil-constitucional ao Direito de Família, no âmbito de uma concepção pós-moderna de constitucionalização do Direito Privado, há que se reconhecer que essa postura metodológica se reveste de plena validade.

O Direito de Família é o ramo do direito que primeiro absorve as novas realidades sociais, bastando constatar que a família pós-moderna passou a ostentar um perfil plural, democrático, igualitário e de ampla liberdade, ampara em conceito eudemonista e fundada no paradigma maior a relação fundada no afeto, valores esses que impuseram a derrocada do modelo de família patriarcal no país, regulado pelo Código Civil de 1916.

A Constituição Federal de 1988 foi o grande marco legal na transformação e proteção das relações familiares, que passaram a ser informadas pelos princípios da pluralidade, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, projetando o modelo familiar aos novos tempos e enquadrando os direitos da família na categoria de direitos fundamentais.

Em razão desse novo perfil, a família se apresenta como célula básica da sociedade, merecendo ampla proteção do Estado, especialmente no plano processual, para onde são encaminhados grande parte dos conflitos familiares, que precisam de natural atenção e soluções rápidas.

Nesse sentido, as tutelas de urgência, com especial destaque para a tutela antecipada, desempenham um papel de relevante valor na concretização dos novos valores familiares e na proteção aos direitos fundamentais que deles decorrem.

É inegável que os conflitos familiares guardam íntima relação com as tutelas diferenciadas, e a inserção dos direitos da família no rol dos direitos fundamentais, aumenta de sobremaneira essa interligação, já que

incidem na sua eficácia de forma direta, vinculando o Estado, o legislador, os juízes e os particulares em geral.

A eficácia direta dos direitos fundamentais da família, conforme demonstrado, não anula a característica privada das relações familiares e muito menos os poderes privados que são exercidos no novo modelo familiar. Diz-se, nos tempos atuais, que, apesar da intervenção ordinária do Estado em suas relações, a família contemporânea nunca esteve tão privada.

Assim, a conformação dos direitos da família com o regime da tutela antecipada se confirma sem grandes dificuldades, pois não há como dar outro tratamento às relações de família a não ser pelo viés constitucional, reconhecendo que o conteúdo dessas relações gozam de fundamentalidade, impondo-se obrigatoriamente uma resposta jurisdicional célere, justa e fétiva.

Em relação à hipótese c, onde se investiga em que medida a técnica da tutela antecipada colabora para dar efetividade à proteção dos direitos da família, propõe-se a análise a partir do reconhecimento teórico de que a técnica da antecipação é adequada à proteção efetiva de tais direitos e também se insere como técnica processual, no rol dos direitos fundamentais.

Observou-se que o poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC/73, até o advento da Lei 8.952/94, foi o instrumento utilizado para que juízes atribíssem efeitos satisfativos imediatos, em certas medidas cautelares de família, para evitar dano irreparável à parte solicitante.

Enquanto o processo cautelar tem por objetivo viabilizar a realização do direito que é objeto da lide, impedindo seu perecimento ou possibilitando seu exercício no futuro, a antecipação de tutela importa em verdadeira, embora provisória, antecipação da própria prestação jurisdicional, isto é, o exercício antecipado do próprio direito. A tutela é sempre satisfativa do direito reclamado, especialmente quando este mesmo direito é evidenciado *prima facie* sem a necessidade de se proceder a uma instrução probatória tradicional.

Após a Lei nº 8.952/94, não será mais viável a utilização de medidas cautelares para satisfazer pretensões de direito material. Somente através da tutela antecipada é que o demandante poderá alcançar a proteção sumária ao seu direito. A tutela antecipada, como um autêntico divisor de águas, na verdade, passou a substituir as denominadas cautelares satisfativas.

A Lei nº 10.444/02, ao adotar a fungibilidade entre cautela e antecipação de tutela, reforça as tutelas de urgência, especialmente em processos de família, que é campo fértil à incidência dessas medidas.

Deve-se considerar, indiscutivelmente, que houve uma evolução nas leis processuais civis, na direção de agilizar a prestação jurisdicional e de contornar as crises dos procedimentos clássicos.

O sistema processual se enriqueceu com a possibilidade de antecipação de tutela, pretendida por parte daquele que recorre à imparcialidade do Estado, como forma de ver um direito previamente assegurado, escapando de manobras dilatórias meramente procrastinatórias.

A incidência da tutela antecipada no âmbito do Direito de Família é bastante ampla e proveitosa, especialmente no campo do direito alimentar, constituindo-se, doravante, em poderoso instrumento de proteção aos direitos das partes que necessitam de urgência para evitar dano iminente.

A tutela antecipada, enfim, é o reflexo de uma exigência, uma necessidade social, a fim de que se garantisse maior efetividade ao processo. Por outro lado, vale ressaltar que o instituto que ora analisou-se deve ser utilizado de forma responsável, de modo que não se sobreponha às garantias do devido processo legal.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2011.
- ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutela de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva. 2010.
- ALVIM, Arruda. **Direito Processual Civil**. 14. ed. São Paulo: RT. 2011.
- ALVIM, Carreira. Ação Monitória. **Temas Polêmicos da Reforma Processual**. Belo Horizonte: Del Rey 1995.
- ALVIM, J. E. Carreira. **O direito na doutrina**. Curitiba: Juruá. 1998.
- ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre alguns aspectos processuais do direito de família. In: ALVIM, Teresa Arruda. LEITE, Eduardo de Oliveira (Coords.). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.
- ÁVILA, Humberto. **Medida provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1997.
- BAGGIO, Lucas Pereira, **Tutela jurisdicional de urgência e as exigências do direito material**. Rio de Janeiro: Forense. 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: GRAU, Eros Roberto. CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coords.). **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros. 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. E0d. São Paulo: Saraiva. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar. 6. ed. 2002.
- BATISTA DA SILVA, Ovídio A. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1980.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: ZAHAR. 2001.

- BAUR, Fritz. **Tutela jurídica mediante medidas cautelares**. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1985.
- BECK, Ulrick. **O que é a Globalização? Equívocos da Globalização**: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra. 1999.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da Amplitude de Proteção Probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.
- BEDAQUE, José Roberto. **Tutela cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência. Tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros. 1998.
- BERMAN, Marshall. **Tudo o que é sólido se desmancha no ar**. A aventura da modernidade. Tradução de Carlos Felipe Moisés. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1986.
- BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas urgentes de família no código de processo civil**: sistematização e exegese. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.
- BITTAR, Eduardo C.B. **O Direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.
- BOECKEL, Fabrício Dani de. **Tutela jurisdicional do direito a alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70.006.542.377, da 8ª. Câmara Cível de Porto Alegre**. rel. Des. Rui Portanova. julgado em 11 de setembro de 2003.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes n. 70.003.967.676, do 4º Grupo de Câmaras Cíveis de Porto Alegre**. rel. Des. Maria Berenice Dias. julgado em 09 de maio de 2003.
- BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003.
- BRUNO, Denise Duarte. **Mulher e família no processo constituinte de 1988**. Dissertação De Mestrado em Sociologia. Porto Alegre: UFRGS. 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. O modelo constitucional do processo civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. In: JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de. LAUAR, Maria Terra (Coords.). **Processo Civil: novas tendências**. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo Saraiva. 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

BUZAID, Alfredo. **Exposição de Motivos do CPC/73**. Cap. III. II. 7 e Cap. IV. I. 11.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda. 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bases teóricas para um novo código de processo civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão. CALMON, Petrônio (Coords.). 2. ed. São Paulo: JusPODIVM. 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

CÂNDIDO, João Batista de Oliveira. Um novo tipo de separação judicial no sistema de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal do Código civil de 2002. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina. 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações familiares. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Medidas de urgência, antecipatórias e cautelares, e sua reformulação legislativa. In: CALMON, Eliana (Coord.). **Direito Processual: inovações e perspectivas**. São Paulo: Saraiva. 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processo civil: as relações processuais**. A relação ordinária de cognição. Tradução de Paolo Capitaneo, com anotações do Prof. Enrico Liebman. 1998.

CIANCI, Mirna. **O Acesso à Justiça e as Reformas do CPC**. São Paulo: Saraiva. 2009.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. O Direito de Família no Projeto do Código Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jonas Camargo e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro. 1985.

COUTINHO, Maria Lúcia Rocha. Transmissão geracional e família na contemporaneidade. In: BARROS, Myrian Lins de (Org.). **Família e Gerações**. Rio de Janeiro: FGV. 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá. 2006.

DALARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva. 1996.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Lisboa: Meridiano. 1972.

DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Fabris. 2002.

DIAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 1995.

DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2001.

- DIAS, Maria Berenice. A Família de Hoje e Casamento: nem direitos, nem deveres, só afeto. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família-IDEF (Coord.). **Direito de Família & Interdisciplinaridade**. Porto Alegre: Juruá.
- DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.
- DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já**: Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.
- DIAS, Maria Berenice. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto**. Repertório IOB de Jurisprudência, 15/97. caderno 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo Malheiros. 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros. 2001.
- DINARMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FARIA, Renato Luiz Miyasato de. **Princípio da Duração razoável do Processo e Medidas de Celeridade Processual**. Dissertação de Mestrado. Itajaí: Univali. 2010.
- FIGUEIREDO, Sálvio de. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva. 1996.
- FIUZA, César Augusto de Castro. Diretrizes para um Código Brasileiro de Direito de Família. **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

- FONSECA, Antonio C. L. da. O Código Civil francês, origens e sistemas. **Revista de Direito Civil**. São Paulo. 1992.
- FRANCO, Sílvio José. **Tutelas de urgência e a efetividade do processo civil**. Dissertação de Mestrado. Itajaí: Univali. 2007.
- FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações**. Rio de Janeiro: Destaque. 1995.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva. 2010.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas. 2008.
- GIDDENS, Anthony. **Para além esquerda e da direita: o futuro da política radical**. Tradução de Alvaro Hattner. São Paulo: Editora da UNESC. 1996.
- GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2005.
- GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.
- GORZ, André. **Misérias do presente, riquezas do possível**. Tradução de Ana Montoia. São Paulo: Annablume, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Contraditório e Prova Inequívoca para Fins de Antecipação de Tutela. In: **Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre. 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense. 1990.
- HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. 3. ed. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1999.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 1997.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1991.
- HIRONAKA Giselda Maria Novaes. **A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade**. In: DEL’Olmo, Florisbal de Souza. ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e Casamento em Evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. 1999.
- JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga (Coord.). **Processo Civil: novas tendências**. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.
- JÚNIOR, Hermes Zaneti. A teoria circular dos planos. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM. 2011.
- JÚNIOR, Hermes Zaneti. A teoria circular dos planos. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM. 2011.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. Alguns Reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo. 2005.
- KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**. Ano 97. v. 870. Abril de 2008.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras. 1991.
- LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.
- LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT. 1997.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**. São Paulo: Manole, 2005.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos tempos democráticos**. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri: Manole. 2005.
- LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mario Vilela, São Paulo: Barcarolla. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família, In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva. 1989.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações Familiares. In: DEL'Olmo, Florisbal de Souza. ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIUZA, César. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 27 maio 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. O ensino do Direito de Família no Brasil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

LOPES, João Lopes. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo. 2004.

MACHADO, Antonio C. da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Eficácia antecipatória cautelar. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. VEZZONI, Marina. **Processo Cautelar: estudos avançados**. Barueri: Manole. 2010.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999.

MADALENO, Rolf Hanssen. Renúncia a alimentos. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM. 2004.

MADALENO, Rolf Hanssen. Revisão dos alimentos liminares. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM. 2002.

MANERICK, Rosa Maria dos Santos. **Um Novo Paradigma Jurídico Sobre a Família**: a ruptura do paradigma patrimonialista e a fundação de um paradigma

centrado na afetividade e dignidade humana. Dissertação de Mestrado. Itajaí: Univali. 2007.

MARINONI, Luiz G. **Técnica Processual e Tutela dos Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de Tutela**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed., São Paulo: Malheiros. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed., São Paulo: Malheiros. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. 4. ed., São Paulo: Malheiros. 2000.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4^a. Edição. Rio de Janeiro: Forense. 1971.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista de 1848 & cartas filosóficas**. Tradução de Karl Von Puschén. São Paulo: Centauro. 2005.

MATTOS, Bruno F. Bini. Considerações acerca do caráter assecuratório do processo cautelar. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Urgências de Tutela**. Curitiba: Juruá. 2009.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. **Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Síntese. 1999.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1973.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsói. 1955.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.
- MONTESQUIEU. Tradução de Cristina Murachco. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril. 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC-Rio. 1991.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Vulnerabilidades nas relações de família: o problema da desigualdade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. **Temas de direito processual**. Sexta Série, São Paulo: Saraiva. 1997.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O direito de família na solução dos litígios**. Curitiba: Juruá. 1998.
- NETO, Eugênio Facchini. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.
- NETO, Francisco dos Santos Amaral. Descodificação do direito civil. **Anais da XVI Conferência Nacional da ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília: OAB. 1994.
- NETO, José Antonio de Paulo Santos. O Código de Napoleão e a institucionalização jurídica dos ideais revolucionários. **Revista de Direito Civil**. São Paulo. 1990.

- NETO, José Mário Wanderley Gomes. **Acesso à justiça em Mauro Cappelletti**. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2005.
- NETO, Luiz Orione. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva. 2004.
- NETO, Luiz Orione. **Tratado das Liminares**. São Paulo: Lejus. 1999.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. A Família na Travessia do Milênio. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo: Saraiva. 1998.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense. 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**, IBDFAM, Editora Del Rey, Belo Horizonte. 2000.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo-excessivo. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM. 2011.
- OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável: Do concubinato ao Casamento**. 6. ed. São Paulo: Editora Método. 2003.
- OLIVEIRA, Euclides. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Dey Rey. 2001.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- ORIONE NETO, Luiz. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva. 2004.
- Ost, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc. 2005.
- OVÍDIO, A. Batista da Silva. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 3. ed. Forense. 1980.
- PALAZZO, Lia. A relação entre o grupo familiar e a sociedade pós-moderna: uma convivência antagônica entre dois mundos? In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed. Florianópolis: Conceito Editorial. 2011.

- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey. 2. ed. 1999.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de alimentos**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1983.
- PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- PEREIRA, Tânia da Silva. Licença Maternidade: direito da mãe e da criança na adoção. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM. 2001.
- PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos S/A. 1959.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos. 1995.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional, Renovar, Rio de Janeiro. 1999.
- PERROT, Michelle. **O Nó e o Ninho: Reflexões para o Futuro**. São Paulo: Abril. 1993.
- PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- RIGHI, Eduardo. **Direito fundamental ao justo processo nas tutelas de urgência**. Curitiba: Juruá. 2008.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 15-16.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Conceito de urgência no direito público brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros. 1993.
- ROCHA, Cesar Asfor. **A Luta pela Efetividade da Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.
- RODRIGUES, Luiz Fernando Afonso. **Tutela de Urgência no Direito de Família**. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. O poder geral de cautela do juiz: novos rumos. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. VEZZONI, Marina (Orgs.). **Processo cautelar**: estudos avançados. Barueri: Manole. 2010.

SANTA'NNA, Paulo Afonso de Souza. Novos contornos do instituto da tutela antecipada e os novos paradigmas do sistema processual civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Interpretado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Reforma dos processos de execução e cautelar**. Porto Alegre: Ajuris. 1996.

SILVA, Ovídio Batista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1973.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **As novíssimas alterações do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Malheiros. 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição**: reflexões na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

- TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao Direito, Duração Razoável do Procedimento e Tutela Jurisdicional Efetiva nas Constituições Brasileira e Portuguesa. In: JÚNIOR, Alberto Gosson Jorge (Org.). **Constituição Federal após 20 anos: reflexões**. Campinas: Millennium. 2009.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas. 2010.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça**. Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: Saraiva. 1996.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil constitucional, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte. 2004
- TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey. 1997.
- TEPEDINO, Gustavo. Bases teóricas para o novo direito de família. In: **Temas de Direito Civil**. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar. 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.
- TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito Civil Constitucional. In: **Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: RT. 65.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Saraiva. 1989.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.
- TURKENICZ, Abraham. **A aventura do casal**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1995.
- VARELA, João de Matos Antunes. **O movimento da descodificação do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1984.
- VILELA, João Batista, As novas relações de família. In: **Anais da XV Conferência da OAB**. Foz do Iguaçu: OAB. 1994.

- VILLELA, João Baptista. **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey. 1997.
- VILLELA, João Batista. Liberdade e família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte. UFMG. 1980.
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas. 1999.
- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004.
- ZANFERDINI, Flávia de Almeida. Sistema Cautelar Brasileiro e Sistema Cautelar Italiano. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre. 2002.
- ZAVASCHI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva. 1996.
- ZAVASCHI, Teori Albino. **Tutela Antecipada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Restrições à concessão de liminares. **Revista de Processo** n. 125, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.
- ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto real**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo. 2003.