

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Marcos Noboru Hashimoto**

**APLICABILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA DO NOVO CÓDIGO  
DE PROCESSO CIVIL, NO SISTEMA DE PROTEÇÃO ÀS RELAÇÕES  
FAMILIARES**

**DOCTORADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2017**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**PUC-SP**

**Marcos Noboru Hashimoto**

**APLICABILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA DO NOVO CÓDIGO  
DE PROCESSO CIVIL, NO SISTEMA DE PROTEÇÃO ÀS RELAÇÕES  
FAMILIARES**

**DOUTORADO EM DIREITO**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, Área de Concentração: Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Nelson Luiz Pinto.

**SÃO PAULO**

**2017**

**Marcos Noboru Hashimoto**

**APLICABILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA DO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL, NO SISTEMA DE PROTEÇÃO ÀS RELAÇÕES FAMILIARES**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, Área de Concentração: Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Nelson Luiz Pinto.

Aprovado em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

---

---

À DEUS NOSSO SENHOR, pela oportunidade, meios, forças, incentivo e esperança que me proporcionou, para trilhar este caminho e em busca de sua conclusão, e realização de um sonho e objetivo maior. À Aline, Natalíe, Raíssa e Caio, respectivamente minha esposa, filhas e filho, linda família que DEUS me proporcionou, fontes de inspiração e alegria constante, como constante foi a compreensão destes que comigo convivem diariamente, para com minha ansiedade no desenvolver deste trabalho, nunca perdendo a fé e a esperança de que, a final, todo trabalho é recompensado, se não pela vitória, pelo simples fato de se tentar.

## AGRADECIMENTOS

Por gratidão pode-se entender o sentimento de reconhecimento, uma emoção por saber que a intervenção alheia, de algum modo, interferiu favoravelmente na vida ou nas atividades de alguém.

Reitero, neste sentido e por primeiro, a dedicatória e agradecimento a DEUS NOSSO SENHOR, que me permitiu quando entendia não mais ser possível, a realização deste sonho ou objetivo maior; se não pela vitória, pela possibilidade de ao menos tentar, onde mais desejava fazê-lo. Não só por ter me permitido ser aceito no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* a nível de doutoramento da PUC/SP, mas por ter me direcionado em conciliar razoavelmente os estudos de Doutorado com as demais atividades de advocacia e docência, cuidado de minha saúde – em especial diante de cirurgia a que fui submetido durante o período de curso, reconstituído minha família, e em especial por ter me permitido fazer bons amigos, dentro e fora dos corredores desta renomada instituição, entre professores de escol, outros discentes e colaboradores. Enfim, por ter me dado condições de arcar com os custos da realização deste sonho.

Agradeço ao meu orientador, Doutor Nelson Luiz Pinto, que gentilmente me aceitou como seu orientando e a quem tive o enorme prazer de conhecer pessoalmente ao longo desta caminhada, e que se mostrou, além de grande jurista, pontual processualista e profissional do Direito, pessoa de enorme sabedoria e humildade, sempre disposto a orientar e colaborar no desenvolvimento deste trabalho, como o faz quanto à ciência processual. Não poderia ser diferente, quando ofereceu dentre suas linhas de pesquisa, quando de meu ingresso nesta instituição, esta voltada à análise do Direito Processual Civil e sua aplicabilidade ao sistema de proteção à criança e às relações familiares. Uma honra tê-lo como meu orientador, manifesto especial agradecimento pela compreensão quanto aos motivos de saúde que me levaram à necessidade de prorrogação de prazo para conclusão, e respectivo deferimento.

Agradeço à minha amada esposa Aline Quennehen Vieira, pelo seu amor, apoio incondicional, fé e esperança, que me impulsionaram a concluir este trabalho e jamais desistir. Embora tão jovem, porém madura, me ensina o verdadeiro significado da palavra “família”, em se mostrando maravilhosa esposa e mãe espetacular, abrindo mão temporariamente da

carreira para se dedicar à nossa filhinha de forma como nunca ví antes, ainda aceitando com resignação e abrindo mão de tempo que lhe seria destinado de minha parte, para amparar a realização deste sonho que, enfim, é nosso!

À minha filhinha Raíssa Quennehen Vieira Hashimoto, de apenas 02 (dois) anos e 03 (três) meses de idade, agradeço por cada sorriso ao acordar, cada minuto de alegria ao longo do dia, cada “arte” feita, pelo “vamos pular, papai” antes de dormir, cada vez que me chama de “papai-amor”, enfim, por você existir! Por renovar e rejuvenescer este velho coração e as forças deste ser, que vê em você o verdadeiro milagre de DEUS, no florescer da vida e na descoberta de cada mistério presente num simples gesto, sorriso ou gracejo, que fazem tudo valer a pena e trazem sempre a esperança de um mundo melhor. Te desejo de forma permanente e duradoura tudo que há de melhor no mundo, e te amo do mais fundo do meu coração! Sempre amarei!

Agradeço à minha filhinha Natalie Francisca Figueiredo Hashimoto, de apenas 22 (vinte e dois) anos de idade, que, como sempre digo, me ensinou o verdadeiro sentido da palavra “amor”. Desde tenra idade, companheira para todas as horas, para os momentos bons ou ruins, na fartura ou na dificuldade; ao meu lado, compartilhando e amparando a cada passo, vitória ou derrota, e sempre incentivando para que seguisse em frente. Como você mesma diz, temos um “contrato”, de estarmos sempre juntos, o quão mais possível. Hoje uma linda mulher, íntegra, dedicada, honesta e promissora sob o aspecto profissional como no pessoal, te desejo o que sempre desejei a cada beijo de *bom dia* ou *boa noite*: seja muito feliz sempre, aconteça o que acontecer; corra atrás de seus sonhos, para nunca se arrepender de não ter tentado; saiba que nunca está/estará sozinha, pois te amo do mais fundo do meu coração. Me orgulho demais pelo que você é, pela sua dedicação e notas na universidade, certo de que você será, certamente, uma excelente psicóloga. Obrigado por você existir, obrigado por tudo!

Ao meu filho Caio Noboru Hashimoto, embora a distância, agradeço e manifesto meu orgulho pelo homem íntegro, inteligente e dedicado que se tornou. Profissional do direito, ensaia os primeiros passos para dedicar-se à vida acadêmica; certamente será um grande professor. Que este sonho seu, o de se tornar Promotor de Justiça e tantos outros se realizem, sempre cômico do orgulho e confiança que lhe tenho, e de que sua vida será de inúmeras realizações, com grande ênfase no auxílio ao próximo.

Meus agradecimentos a estimados amigos e professores de primeira grandeza que me ensinaram, conduziram e prestaram auxílio nesta jornada, por meio de aulas, indicações bibliográficas, fornecimento de material de pesquisa, críticas, sugestões, bem como mediante convites para participação em palestras, cursos ou debates e/ou elaboração de artigos para publicação e tantas outras formas de atuação. Agradeço assim aos professores/amigos: Profa. DRa. Maria Helena Diniz, Profa. DRa. Tereza Celina de Arruda Alvim, Prof. DRa. Cláudia Elisabete Schwerz Cahali, Prof. DR. Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, Profa. DRa. Maria Elizabeth de Castro Lopes, Prof. DR. João Batista Lopes, Prof. DR. Cássio Scarpinella Bueno, Prof. DR. Olavo de Oliveira Neto, Prof. DR. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Profa. DRa. Arlete Inês Aurelli, Prof. DR. Georges Abboud, Prof. DR. Daniel William Granado, Prof. DR. José Miguel Garcia Medina, Prof. DR. José Sebastião Fagundes Cunha, Prof. DRa. Graciela Marins, Prof. DR. Jônatas Luiz Moreira de Paula, Prof. DR. Luiz Henrique Volpe Camargo, Prof. DR. Felice Balzano, Prof. DR. Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Prof. DR. Roberto Campos Gouveia Filho, Prof. DR. Marcus Geandré Nakano Ramiro, Prof. Dr. Sérgio Lualri, Profa. Dra. Adriana Regina Barcellos Pegini, e Profa. Dra. Renata Cristina Lopes Pinto Martins.

Finalmente, agradeço às Instituições de Ensino Superior nas quais tenho e tive vínculo profissional durante esta jornada, em especial a todos os professores, colaboradores e discentes que confiaram e me apoiaram de todas as formas quando preciso; a todos os queridos amigos – ainda que não nominados, que contribuíram para o desenvolvimento e conclusão deste desiderato.

Enfim, a todos (as), o meu **MUITO OBRIGADO !**

## RESUMO

Com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), o tema/Livro da “Tutela Provisória” se mostrou como merecedor dos mais aprofundados debates pelos estudiosos do direito processual civil, notadamente porque substituiu as disposições que previam a existência do denominado “Processo Cautelar” (CPC/73, arts. 796-889) e do instituto da “Antecipação de Tutela” (CPC/73, art. 273), do revogado Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), trazendo novo panorama à matéria. Ao mesmo tempo, preocupou-se o legislador do novel Estatuto Processual, em prever expressamente o cabimento das medidas de Tutela Provisória na seara das *ações de família* (CPC/2015, art. 695), estas últimas, posicionadas no contexto dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa; sem prejuízo, ainda, dos procedimentos legais específicos aplicáveis à matéria do Direito de Família, e respectivas medidas de urgência. Diante disto, imaginou-se o debate acerca da aplicabilidade do mecanismo das *tutelas provisórias*, em suas espécies, pressupostos e objetivos, às demandas familiares; em especial, em se considerando as peculiaridades inerentes a estas últimas, a fim de que se verifique se as novas normas trarão maior efetividade à solução de situações emergenciais. A indagar, ainda, se é possível uma sistematização a respeito, ou se a solução se subsumirá a uma *adequação* das tutelas pelo juiz e sob quais critérios - diante do aspecto altamente subjetivo da escolha, haja vista o caráter policêntrico e multifacetado dos conflitos familiares.

**Palavras-chave:** Novo CPC. Tutela Provisória. Ações de Família. Aplicabilidade. Peculiaridades. Sistematização.

## ABSTRACT

With the advent of the new Code of Civil Procedure (Law 13.105, March 16, 2015), the theme / Book of "Provisional Tutorship" proved to be worthy of the most in-depth debate by scholars of civil procedural law, (CPC / 73, articles 796-889) and the "Anticipation of Tutorship" (CPC / 73, article 273), of the revoked Code of Civil Procedure (Law No. 5,869, dated January 11, 1973), bringing a new panorama to the matter. At the same time, the legislator of the new Statute of Procedure was concerned with expressly providing for the provision of provisional custody measures in the area of family actions (CPC / 2015, art. 695), which were placed in the context of special Jurisdiction; Without prejudice to the specific legal procedures applicable to the matter of Family Law, and their emergency measures. In view of this, we envisioned the debate about the applicability of the mechanism of provisional guardianships, in their species, assumptions and objectives, to family demands; In particular, considering the inherent peculiarities of the latter, in order to verify if the new norms will bring greater effectiveness to the solution of emergency situations. Whether it is possible to systematize the question or whether the solution will be subsumed by the judge's appropriateness of the courts, and under what criteria, given the highly subjective aspect of choice, the polycentric and multifaceted nature of family conflicts.

**Keywords:** New CPC. Provisional guardianship. Family Actions. Applicability. Peculiarities. Systematization.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO 1: TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....</b>	<b>15</b>
1.1 Tutela Provisória no CPC/2015 – nova modelagem processual. Maior efetividade às soluções emergenciais. Direito que se busca realizar x Direito que se objetiva assegurar .....	15
1.2 Espécies de Tutelas Provisórias .....	16
1.2.1 Tutelas de Urgência .....	17
1.2.1.1 Tutela Cautelar em caráter antecedente .....	20
1.2.1.2 Tutela Cautelar em caráter incidental .....	22
1.2.1.3 Tutela Antecipada em caráter antecedente .....	23
1.2.1.4 Tutela Antecipada em caráter incidental .....	27
1.3 Da Estabilização .....	28
1.3.1 Direito Comparado e institutos semelhantes .....	28
1.3.1.1 Tutela provisória no direito português .....	29
1.3.1.2 Tutela provisória no direito italiano .....	32
1.3.1.3 Tutela provisória no direito francês .....	34
1.3.2 Estabilização no CPC/2015 .....	35
1.3.3 Instrumentos processuais para se obstar a estabilização .....	37
1.3.4 Estabilização frente à coisa julgada .....	42
1.3.5 Extinção do processo, diante da estabilização .....	44
1.4 Tutelas de Evidência .....	45
1.4.1 Hipótese(s) de inconstitucionalidade (?) .....	45
1.5 Requisitos à obtenção das tutelas cautelar e antecipada .....	49
1.5.1 Da Fungibilidade .....	49
1.6 Tutela Provisória e flexibilização procedimental .....	50
1.7 A Tutela de Urgência na Jurisdição de Família – visão geral, à égide do atual Código de Processo Civil .....	52
<b>CAPÍTULO 2: TUTELA PROVISÓRIA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - APLICABILIDADE E PECULIARIDADES NO SISTEMA DE PROTEÇÃO ÀS RELAÇÕES FAMILIARES.....</b>	<b>53</b>
2.1 Das Ações de Família – Inovações procedimentais .....	53
2.2 Tutelas Provisórias nas Ações de Família – aplicabilidade .....	56
2.3 Dos procedimentos específicos .....	58
2.3.1 Dos Alimentos pelo rito especial da Lei n. 5.478/68 e o CPC/2015 .....	58
2.3.2. Dos Alimentos Provisionais .....	67
2.3.3 Medidas de proteção nas ações que versam sobre interesse de Criança e Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) .....	77
2.3.4 Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) e mecanismos de proteção .....	79

2.4 Das Cautelares nas ações de família .....	81
2.4.1 Da Medida Cautelar de Alimentos Provisionais (CPC/73, arts. 852-854) e o CPC/2015 .....	84
2.4.2 Da Medida Cautelar de Separação de Corpos e o CPC/2015 .....	84
2.4.3 De Outras Medidas Provisionais (CPC/73, art. 888) e o CPC/2015.....	94
2.5 Tutelas Antecipadas nas ações de família.....	95
2.5.1 Aspectos gerais .....	95
2.5.2 Da Tutela Antecipada em Caráter Antecedente – e eventual Estabilização, e Incidental nas ações de família.....	99
2.5.2.1 Requisitos gerais comuns à tutela cautelar e antecipada, e “graus de probabilidade” .....	99
2.5.2.2 Requisitos gerais comuns à tutela cautelar e antecipada, e as “máximas de experiência” como requisito eventual e complementar, nas ações de família .....	105
2.5.2.3 Graus de Satisfatividade e de Estabilização .....	112
2.5.2.4 Tutela antecipada e estabilização – deferimento de ofício nas demandas familiares .....	114
2.5.2.5 Limites à estabilização nas ações de família .....	117
2.6 Tutelas de Evidência nas ações de família.....	128
2.6.1 <i>Tutela de Evidência</i> , antecipação e estabilização: cabimento (?) .....	128
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>133</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>142</b>

## INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil trouxe em seu Livro V e dispositivos respectivos, novo panorama ao que se passou a denominar de Tutela Provisória, em substituição às disposições que previam a existência do denominado “Processo Cautelar” (CPC/73, arts. 796-889) e ao instituto da “Antecipação de Tutela (CPC/73, art. 273), da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. No mesmo sentido, enquadrou expressamente no Título III – Dos Procedimentos Especiais, em seu Capítulo X – Das Ações de Família, notadamente em seu artigo 695, o cabimento das providências referentes à tutela provisória nas demandas familiares; sem prejuízo da observância dos procedimentos previstos em legislação específica nas ações de alimentos e nas que versarem sobre interesse de criança ou de adolescente, aplicando-se apenas subsidiariamente nestes, as disposições inerentes a este capítulo retromencionado, do novel Estatuto Processual.

Com efeito, no revogado estatuto - em especial no que se refere às demandas familiares, diversas eram as medidas cautelares a estas aplicáveis, fossem decorrentes do exercício do “Poder Geral de Cautela” em sede de cautelares inominadas (CPC/73, art. 798), fosse mediante o exercício dos Procedimentos Cautelares Específicos (CPC/73, arts. 813-887; p. ex.: arrolamento, arresto e sequestro de bens, etc.). Destacava-se a aplicação em referidas demandas, das denominadas “De outras medidas provisionais” (CPC/73, arts. 888-889), em especial os pedidos formulados inclusive em caráter liminar, destinados a regulamentar a posse provisória de filhos nos casos de separação judicial ou anulação de casamento, a guarda e a educação dos filhos, o direito de visita e o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente pelos pais, tutores ou curadores, a assegurar a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos, a permitir o afastamento de menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais e o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

Conforme doutrinas citadas neste trabalho, as tutelas de urgência (sem prejuízo das de evidência) em direito de família ganham contornos muito mais expressivos pela própria necessidade de reconstrução familiar imediata e de toda a complexidade de problemas surgidos no campo fático, a justificar a busca de uma ressignificação desta nova tendência instrumental, restando saber se a modelagem processual adotada pelo hodierno Código de Processo Civil, será a mais adequada ao tratamento judicial de conflitos de família que as demandem – dadas suas peculiaridades e repercussões, de como será sua aplicação, e se essas

normas trarão maior efetividade à solução de situações emergenciais. No mesmo sentido, haverá uma necessidade de *adequação de tutelas*, de forma que, como poderá acontecer uma interpretação ambígua, deverão os Tribunais decidir qual das medidas previstas como de tutela provisória será a mais adequada para a solução do caso concreto, de modo a identificar a técnica processual mais eficaz, segura e legal para a aplicação *in casu*, em especial nas demandas familiares. Isto em se considerando que medidas de tutela provisória previstas nos artigos 294 a 311, podem se mostrar melhores para o autor do que as previstas nos procedimentos especiais e suas respectivas técnicas, dado o fato de que os conflitos familiares são policêntricos e multifacetados, não se lhes aplicando de forma estrita institutos de direito processual civil originariamente pensados para conflitos cíveis interindividuais que versem tipicamente sobre direitos disponíveis, que devem ser necessariamente repensados.

À guisa de sistematização *de lege lata* que nos indique o roteiro (e não os trilhos) a ser seguido para a aplicabilidade das tutelas provisórias no direito de família – se é que tal se faz possível diante do referido caráter que os notabiliza, e em se considerando que o processo têm de servir ao direito material e não o contrário, pelo presente trabalho procurou-se fazer uma análise, por primeiro, do aspecto material do direito referente às relações familiares, para, em seguida, distinguí-las quanto ao seu objeto, características e peculiaridades, das demais relações jurídicas de direito material.

Em seguida, em se considerando que a natureza do direito material deve ser sobrelevada frente ao direito instrumental, passou-se à análise do novo regramento processual, sua posição e impacto frente às relações familiares, de forma a permitir-lhe aplicabilidade no contexto deste trabalho, diante das múltiplas particularidades do direito de família, socorrendo-nos de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito, anteriores e posteriores ao novel Código de Processo Civil. Pugnou-se por verificar, inclusive, do cabimento de hipóteses de proteção/tutelas de urgência revogadas no sistema processual anterior, na vigência do novo regime processual, em respeito e observância ao direito material que as legitimam.

Ainda, em se considerando que em nome das peculiaridades do direito material em voga, somado à análise do caso em concreto, compete ao intérprete/julgador fazer a necessária adequação das regras e normas aplicáveis para que possa outorgar a melhor solução ao litígio; procedeu-se brevemente a reanálise de antigas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais inerentes à aplicabilidade das tutelas de urgência, frente agora aos novos questionamentos/indagações quanto à aplicabilidade do novo regime das tutelas provisórias e seus institutos no contexto das demandas familiares.

Por não ser objeto específico deste trabalho, não se adentrou (senão mediante menção superficial, por vezes), no aspecto executivo das decisões concessivas de tutela provisória – proferidas mediante decisão interlocutória ou sentença, respectivamente, ora proferidas em sede de cognição sumária e em caráter liminar, ora mediante cognição exauriente - sujeitas ou não a recurso provido de duplo efeito ou meramente devolutivo.

Finalmente, diante do atual posicionamento doutrinário quanto à eventual existência ou inexistência de regimes jurídicos distintos para as espécies de tutela provisória de urgência – sem prejuízo das hipóteses inerentes à tutela de evidência; bem como diante da aparente similitude dos requisitos necessários à sua concessão diante do atual Código de Processo Civil, procurou-se tecer considerações acerca da aplicabilidade, operacionalidade e efeitos de cada qual, frente às peculiaridades do direito material e respectivas demandas, em sede de proteção às relações familiares, bem como no tocante às consequências sociais delas decorrentes.

Este, o propósito que nos anima.

## **CAPÍTULO 1: TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

**1.1 Tutela Provisória no NCPC/2015 – nova modelagem processual. Maior efetividade às soluções emergenciais. Direito que se busca realizar x Direito que se objetiva assegurar.**

No Estado contemporâneo de Direito, notadamente sob o prisma constitucional e democrático e diante da garantia constitucional de acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), referido ente, quando obsta a que o jurisdicionado exerça a autotutela, assume o compromisso de tutelar de forma adequada, segura e efetiva os diversos litígios acontecidos em uma sociedade. A tutela estatal deve acontecer de forma a garantir a resolução dos conflitos mediante outorga de resposta social esperada e em seu tempo adequado, bem como proporcionando ao indivíduo proteção contra eventuais exageros e arbítrios do Estado ou mesmo de particulares, valendo-se o magistrado do processo como instrumento a viabilizar tal desiderato, no exercício da jurisdição. Referida tutela jurisdicional poderá ser definitiva ou provisória, assim consideradas sob a perspectiva da cognição: quando a cognição do magistrado for exauriente, se diz definitiva; quando a cognição for sumária, se diz provisória. Referida tutela poderá ser, ainda, satisfativa (direito que se busca realizar) ou não satisfativa (cautelar – direito que se busca assegurar); neste último caso, é a que intenta certificar ou efetivar o direito material, no sentido de garantir ao jurisdicionado o bem da vida pretendido.<sup>1</sup>

Conforme ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR<sup>2</sup>, a jurisdição não deve se prestar tão-somente à realização da concreta da vontade da lei, mas deve ser concedida a proteção buscada pelo jurisdicionado em tempo razoável e de forma efetiva do direito material pretendido; devendo-se aprimorar o sistema jurisdicional a partir de medidas voltadas ao equilíbrio entre as técnicas de tutela substancial e o respeito e a realização das garantias processuais constitucionais. É necessário, de um lado, que se condicione o tempo do processo, possibilitando a eliminação da injustiça que mais acentuada se torna, quanto mais tempo é

---

<sup>1</sup> SILVA, Raphael Almeida Corrêa da. *A Tutela Provisória de Urgência Antecipada e Antecedente e a Estabilização como opção do requerente da medida*. Tese de Doutorado defendida e aprovada junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP: 2016, p. 15-16.

<sup>2</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Apontamentos para a Tutela Provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. p. 195-223. São Paulo: RT, abr. 2016.

privado o titular do direito que o pleiteia, da respectiva tutela jurisdicional. A urgência no uso e gozo de determinada pretensão de direito, por vezes requer a tutela de forma provisória, seja pelo caráter de urgência e/ou mesmo percepção do direito demonstrado como evidente no plano de matéria probatória, a legitimar sua concessão e utilização de forma efetiva, ainda que em momento antecedente à sua provável e possível concessão definitiva.

O Código de Processo Civil, trouxe nova modelagem processual ao antigo regime das *tutelas de urgência*, passando a prever expressamente o cabimento das medidas que denominou de “Tutela Provisória” nos termos do disposto ao seu Livro V - Da Tutela Provisória, artigos 294 a 311. Substituiu e revogou, desta feita, às disposições que previam a existência do denominado “Processo Cautelar” (CPC/73, arts. 796-889) e ao instituto da “Antecipação de Tutela (CPC/73, art. 273), da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

## 1.2 Espécies de Tutelas Provisórias.

Como leciona ARLETE INÊS AURELLI<sup>3</sup>, no texto definitivo do novo Estatuto Processual houve uma reorganização, uma sistematização, para diferenciar as tutelas provisórias em *urgência* e *evidência* – quanto ao seu fundamento, classificando-se as tutelas de urgência em *antecipadas* e *cautelares* – quanto à forma e momento em que pleiteadas. Desta feita, deixou o legislador, quanto às últimas, de instituir um regime único, tratando-as em capítulos próprios e procedimentos diversos.

Quanto à *tutela cautelar*, o sistema hodierno encontra similitude quanto ao processamento previsto no revogado CPC/73; sendo que quanto à *tutela antecipada* há formação de processo quando se faz pedido antecedente, de forma que o pedido principal será formulado nos mesmos autos, posteriormente e em processo sincrético. Concedida a tutela antecipada em caráter antecedente, obriga-se as partes a iniciarem nova demanda para impugnar a decisão interlocutória que a concedeu, que tenha se tornado estável. Resta sepultado em definitivo, desta forma, o termo *cautelares satisfativas*, nítida a diferença entre satisfatividade e cautelaridade.

---

<sup>3</sup> AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de Urgência no Código de Processo Civil de 2015*. In: Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio (Org.). PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2. Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2016, p. 9-10 (Sistema de Educação Continuada a Distância, v. 1).

### 1.2.1 Tutelas de Urgência.

A tutela provisória é *urgente* e enseja pedido em caráter *liminar*, quando há perigo iminente de perda ou de lesão ao direito que a parte declara ter, o que implica na necessidade de obtenção de uma prestação jurisdicional rápida. Deve ser requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer da causa principal; nas causas de competência originária e nos recursos, perante o órgão que for competente para apreciar o mérito da causa ou do recurso (art. 299, parágrafo único), atacável a decisão concessiva por recurso de agravo de instrumento, nos termos do art. 1015, I, do CPC.

A expressão concessão de “liminar” encontra várias acepções na doutrina. A palavra liminar é derivada do latim *liminares*, de *limen*, que significa limiar, soleira, entrada, porta. Pertence à família do termo *limes*, limitis, linde, fronteira, limite<sup>4</sup>. Retrata o que é posto à entrada, à frente, que antecede o assunto principal, preliminar. No âmbito da ciência do direito, se constitui em expressão complexa e controvertida, e em grande medida, em termo técnico altamente equívoco.<sup>5</sup>

Segundo BETINA RIZZATO LARA<sup>6</sup>, o conceito de liminar apresentado pela maioria dos autores, ressalvadas diferenças terminológicas, apresenta um ponto comum, o de configurar uma *antecipação* daquilo que se obteria somente ao final da ação, com a prolação a sentença final. Corresponde à entrega provisória e antecipada do pedido, ou da *eficácia sentencial*. Portanto, a liminar não caracteriza jamais uma antecipação da própria decisão de mérito contida na sentença, mas antecipa somente os *efeitos* que decorrem desta decisão.

Até porque, no entender de citada autora, nem todos os efeitos são antecipados pela liminar; aqueles que integram o conteúdo da sentença não são passíveis de antecipação, como os de natureza declaratória ou constitutiva (não pode o magistrado, através de liminar, declarar existente, criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica). Logo, a liminar só antecipa os efeitos *externos* ou *secundários* da sentença que, por esta condição, refletem-se no mundos dos fatos; enquanto os principais, ao contrário, atuam sempre no plano jurídico. Os efeitos por ela antecipados se referem a uma decisão provavelmente favorável ao seu requerente; não se sabendo se aquele que pleiteia a liminar irá vencer a ação no final, tendo-se apenas conhecimento prévio dos efeitos que a sentença positiva lhe gerará, mas tornando

---

<sup>4</sup> LARA, Betina Rizzato. *Liminares no Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 1994, p. 20.

<sup>5</sup> FRIEDE, Reis. *Liminares e Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. 2ª ed., Rio de Janeiro, ed. Destaque: 1997, p. 3.

<sup>6</sup> LARA, Betina Rizzato. *Liminares no Processo Civil*. *Op. cit.*, p. 20-24.

controversa a conceituação de liminar como antecipatória da decisão final, pois não se pode antecipar algo que sequer se sabe ser devido. Esta, a posição a que partilhamos.

ARAKEN DE ASSIS<sup>7</sup> define liminar como o provimento que, na abertura do processo, ou em outra fase anterior ao encerramento do procedimento com a emissão da decisão final (p.ex., no procedimento recursal), *antecipa* os efeitos do pedido formulado pela parte, pelo que esta se constitui na entrega provisória e antecipada do pedido, já sendo decisão satisfativa do direito, embora precária. EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA<sup>8</sup>, por sua vez, adverte que, no âmbito processual civil, trata-se de tutela jurisdicional concessível no princípio da demanda, com o despacho da petição inicial ou após a ouvida da parte contrária, não havendo de ser ela necessariamente concedida *inaudita altera parte*, pois não deixa de ser liminar o provimento que se concede em favor do autor logo após a manifestação do réu, mas antes da sentença. Logo, liminar é o que se concede *antes* ou *após* a citação do réu, desde que antes da sentença.

Pelo que, segundo este último autor, a liminar consiste em provimento que antecipa providência que, pelo regime processual normal, ocorreria apenas como *eficácia* de futura sentença de procedência. Daí porque toda liminar possui natureza *antecipatória*: se antecipa segurança, será uma liminar *cautelar*; porém, se antecipar a satisfação mesma do direito afirmado em juízo, será uma liminar *satisfativa*.

Assim, rebate a diferenciação que alguns juristas fazem entre *liminar* e *cautelar*

Para esses autores, à liminar cabe a *resolução sumária da pretensão litigiosa*, e à cautelar compete a *asseguração de uma futura execução*. Quem assim procede, porém, confunde *antecipação* com *satisfação*. A liminar pode antecipar os efeitos da tutela final pretendida *principaliter* [= liminar *satisfativa*], ou pretendida na ação cautelar [= liminar *cautelar*]. Por conseguinte, no sistema processual civil positivo vigente, pode haver *cautelares liminares* (medidas cautelares concedidas *in initio litis*, antes ou após a ouvida da parte requerida), *cautelares não liminares* (medidas cautelares concedidas ao final, na sentença do processo cautelar) e *liminares não cautelares* (medidas satisfativas concedidas *in initio litis*). Tratando-se de liminar, portanto, está-se sempre em face de *cognição vertical sumária* ou *superficial*. Ora, que concede liminar, *antecipa-se* ao provimento final, motivo por que se encontra em fase processual em que não se teve ainda ocasião propícia para analisar e valorar *com profundidade* todas as alegações e provas produzidas ou a serem produzidas pelas partes. Essa é a razão pela qual se diz que as liminares são concedidas sob juízo de *probabilidade* ou *verossimilhança* a respeito da pretensão de direito material afirmada pelo autor. De fato, quem concede liminar, nunca o faz sob juízo de *certeza*

<sup>7</sup> ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, Parte Geral: Institutos Fundamentais*. 2ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2016, vol. II – tomo II, p. 406-407.

<sup>8</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O Direito Vivo das Liminares*. São Paulo, ed. Saraiva: 2011, p. 30-31.

*absoluta*. Quando muito, poderá fazê-lo sob juízo de *quase certeza* ou de *elevada probabilidade*.<sup>9</sup>

Razão pela qual ARAKEN DE ASSIS<sup>10</sup> advertiu, após conceituar liminar

A noção de liminar antes exposta, realmente, não é unívoca. Segundo concepção diversa, tal ato decisório não se caracteriza pelo momento em que é proferido no curso do procedimento, mas por seu conteúdo. Em tal sentido mais flexível, liminar é todo ato que, independentemente da tipologia recursal – decisão, sentença e acórdão –, antecipa os efeitos que só posteriormente o vencedor alcançaria. O provimento final (sentença, decisão singular do relator ou acórdão) que antecipa os efeitos do pedido, nessa linha de raciocínio, é liminar. A tese tem endereço preciso. Sustenta a recorribilidade em separado da antecipação concedida no provimento final. Parece preferível o critério cronológico, pois o recurso cabível contra a sentença antecipatória se resolve sem maiores dificuldades, e, de resto, os provimentos antecipatórios proferidos antes da sentença ostentam regime próprio, a exigir explicações.

EDUARDO ARRUDA ALVIM, por fim, afasta com precisão a concepção que vincula a definição do conceito de liminar ao conteúdo do ato decisório, ao enunciar

A concessão liminar é aquela que se faz sem a oitiva da parte contrária, postergando-se temporariamente a bilateralidade da audiência, em atenção à efetividade da prestação jurisdicional em benefício do autor, que demonstra ter probabilidade de sagrar-se vitorioso na demanda. É, portanto, a decisão dada desde logo no processo, e que pode ter natureza satisfativa ou não satisfativa, de modo tal que este – o conteúdo – não pode ser utilizado como elemento de definição do conceito de “liminar”, estando ele mais ligado ao momento processual em que é proferida a decisão.<sup>11</sup>

Portanto, por liminar deve ser considerada aquela decisão proferida desde logo no processo - em regra *inaudita altera parte*, havendo entendimento doutrinário no sentido de que não deixa de ser liminar o provimento que se concede em favor do autor logo após a manifestação do réu, mas antes da sentença. Possui natureza antecipatória dos *efeitos* da tutela final pretendida, podendo ter natureza cautelar ou satisfativa. Há liminares não cautelares, cautelares liminares e cautelares não liminares. São concedidas sob juízo de probabilidade, e mediante cognição vertical sumária ou superficial.

Concedida, produz efeitos enquanto não for modificada por uma decisão que lhe altera (art. 296 e parágrafo único); quando a decisão relativa ao pedido principal é prolatada

<sup>9</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O Direito Vivo das Liminares*. Op. cit., p. 32-33.

<sup>10</sup> ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, Parte Geral: Institutos Fundamentais*. Op. cit., p. 407.

<sup>11</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 2ª ed., São Paulo, ed. Saraiva Jur: 2017, p. 165.

no mesmo sentido da decisão liminar, quem passa a produzir eficácia é a própria decisão relativa ao processo principal; e enseja hipóteses específicas de cessação de eficácia previstas no art. 309 – em se tratando de tutela concedida em cautelar antecedente, havendo situações excepcionais onde o magistrado pode atribuir ultratividade à tutela concedida liminarmente. Logo, não é a pendência do processo que delimita a eficácia da tutela antecipada – como menciona o art. 296, mas as situações ali articuladas, vislumbradas à luz do caso concreto.<sup>12</sup> Em se tratando de hipótese de *tutela antecipada*, esta conservará seus efeitos enquanto não for revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida em ação destinada a este fim, prevista no parágrafo 2º do art. 303, e exercida no prazo de até 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do parágrafo 1º (ausência de interposição de recurso pela parte ré, contra a decisão concessiva, que adquirirá efeitos de estabilização – art. 303, § 5º).

Como ressalta ARLETE INÊS AURELLI<sup>13</sup>, verifica-se que a decisão pode ser substituída por outra quando da prolação da sentença (quando for incidental), ou pela sentença a ser proferida na ação autônoma (a ser proposta por qualquer das partes), para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada antecedente. Assim, ambas as tutelas de urgência se caracterizam pela provisoriedade do provimento, ressalva feita à medida antecipatória concedida em caráter antecedente, que não será meramente temporária quando tornar-se estável, só podendo ser substituída pela decisão a ser proferida na demanda proposta nos termos do parágrafo 2º do art. 304, do Código de Processo Civil.

Por tais sucessos, a terminologia “tutela provisória” encontra dissenso na doutrina, porquanto há situações em que a provisoriedade se torna definitiva. Cabe, ainda, ao juiz determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória (art. 297).

#### 1.2.1.1 Tutela Cautelar em caráter antecedente.

O procedimento das tutelas provisórias de urgência cautelares antecedentes está previsto nos artigos 305 a 310, do Código de Processo Civil. Encontra similitude com o

---

<sup>12</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo, ed. Verbatim: 2015, v. 1, p. 621-629.

<sup>13</sup> AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de Urgência no Código de Processo Civil de 2015*. *Op. cit.*, p. 17-18.

disposto ao artigo 806 do revogado CPC/73, segundo o qual a medida cautelar podia ser concedida em caráter preparatório.

Advertem OLAVO DE OLIVEIRA NETO, ELIAS MARQUES DE MEDEIROS e PATRÍCIA ELIAS COZZOLINO DE OLIVEIRA<sup>14</sup>, que o novel Estatuto processual corrigiu denominação que se dá ao procedimento utilizado, haja vista que o termo “preparatório” é próprio para preencher um requisito necessário ao exercício de uma pretensão, sendo que uma medida de natureza cautelar não é requisito para que seja formulado um pedido principal. Daí que a denominação de *tutela cautelar em caráter antecedente* se mostra mais adequada, pois indica classificação que se refere a critério meramente cronológico.

O artigo 305 do Código de Processo Civil lista os requisitos específicos da petição inicial da cautelar antecedente (indicação da lide, seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar, e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo), que deverá ser observado em conjunto aos requisitos gerais do art. 319 do mesmo diploma legal. Em especial, deverá o autor demonstrar, de modo sumário, expresso e inteligível, o direito que visa assegurar e o *periculum in mora*, ou seja, a situação de perigo a qual está submetido o direito que se busca assegurar.

Conforme este último autor, distribuída a petição inicial, deverá o magistrado realizar juízo de admissibilidade, podendo indeferir-la (art. 330), determinar sua emenda (art. 321) ou recebê-la e mandar citar o réu para oferecer contestação no prazo de 05 (cinco) dias (art. 306); bem como, presentes as hipóteses do art. 332 (de improcedência liminar do pedido), decretá-las. Poderá, ainda, receber a inicial e processá-la na forma dos arts. 303 e 304 (procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente), desde que entenda que o autor pleiteia, na verdade, uma tutela antecipada, aplicando-se a regra da fungibilidade (parágrafo único do art. 305).

Citado, o réu poderá contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir (art. 306), não sendo permitida a reconvenção, que atenta contra a estrutura deste procedimento e celeridade inerentes. Nada obsta que a medida liminar pleiteada seja concedida *inaudita altera parte*, ou após justificação prévia (art. 300, parágrafo 2º).

Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal deverá ser formulado no prazo de 30 (trinta) dias, nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, independentemente de adiantamento de novas custas, sob pena de cessação da eficácia da medida, nos termos do art. 309 do Código de Processo Civil (também quando a medida

---

<sup>14</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Op. cit.*, p. 650.

concedida não for efetivada no prazo de 30 dias, ou o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito). Cessada a eficácia, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento. A causa de pedir poderá ser aditada no momento da formulação do pedido principal (art. 308, parágrafo 2º); e o pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação (na forma do art. 334) por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá em cinco (5) dias. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

Nos termos do art. 310, o indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição. Respeita-se, desta forma, a autonomia entre a lide cautelar e a lide principal, embora estejam vinculadas porque oriundas de uma mesma relação jurídica de direito material.<sup>15</sup>

#### 1.2.1.2 Tutela Cautelar em caráter incidental.

Prevê o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 308, parágrafo 1º, que o pedido principal seja apresentado conjuntamente com o pedido cautelar. Conforme ARLETE INÊS AURELLI<sup>16</sup>, essa hipótese representa novidade trazida pelo novel diploma, posto que no sistema anterior tal atitude se apresentaria como erro crasso, e vai ao encontro da simplificação de procedimento e finalidade do legislador no novel Estatuto processual civil.

Apresentado o pedido principal, o réu será citado e ambas as partes serão intimadas para audiência de conciliação ou mediação na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. Não havendo autocomposição, o prazo de contestação será contado na forma do art. 335 (da data da audiência ou do protocolo

---

<sup>15</sup> **Ação principal.** A decadência é do direito à cautela, e não da pretensão material a ser deduzida na ação principal. Esta só se extingue no prazo assinalado nas normas de direito material. Assim, ainda que tenha deixado transcorrer *in albis* o prazo, pode o requerente da tutela cautelar ajuizar ação principal (JTACiSP 111/165) (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015: pgs. 867).

<sup>16</sup> AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de Urgência no Código de Processo Civil de 2015*. *Op. cit.*, p. 28.

da petição da parte ré no sentido de não ter interesse na audiência, caso o autor também assim tenha requerido), seguindo-se, ademais, o procedimento ordinário, e sem prejuízo do disposto no art. 309, retromencionado.

Finalmente, sendo características das tutelas provisórias de urgência a *provisoriedade*, a *autonomia e a independência* e a *revogabilidade*, conforme anteriormente demonstrado, e visando assegurar o resultado útil do processo, nada obsta pela *fungibilidade* prevista no parágrafo único do art. 309, também em sede de cautelar incidental, caso o juiz entenda que o pedido cautelar tem natureza antecipada, no que observará o disposto no art. 303 do Código de Processo Civil.

#### 1.2.1.3 Tutela Antecipada em caráter antecedente.

Importante inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil, encontra-se em seus artigos 303 a 304. Previa o art. 273 do CPC/73 a figura da *antecipação de tutela*, com caráter satisfativo – por corresponder a antecipação do provimento de mérito (que não se confunde com o mérito da cautelar), mas este não poderia ser pleiteado de forma *antecedente*.

Prevêem referidos dispositivos o procedimento da “Tutela Provisória de Urgência Antecipada Antecedente”, dotando-a de um instituto até então não regulado expressamente no direito processual brasileiro, o da *estabilização* dos efeitos da decisão concessiva desta.

Nos termos do referido artigo 303 do Código de Processo Civil, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Como elucidada ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR<sup>17</sup>, deste dispositivo legal resulta a possibilidade de se requerer os efeitos da pretensão final quando a urgência da medida antecipatória for contemporânea à própria propositura da ação a qual se objetiva a tutela final.

Segundo o mesmo autor, em apertada síntese, a petição inicial se constituirá numa peça simplificada – com os requisitos do art. 303, não obstante capaz de motivar o julgador a conhecer da pretensão desejada e, por isso, o conteúdo probatório da alegação deve ser,

---

<sup>17</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Apontamentos para a Tutela Provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Op. cit., p. 203-207.

inexoravelmente, acostado. Deverá ainda constar na exordial o valor da causa – que deve levar em consideração o pedido de tutela final (CPC, art. 303, parágrafo 4º), bem como a indicação de que o autor pretende se valer do benefício previsto no *caput* de referido artigo.

Parte da doutrina têm entendido que referido benefício se refere aos efeitos da *estabilização* da decisão liminar concessiva da tutela antecipada em caráter antecedente (CPC, art. 304, *caput*), pelo que teria havido uma impropriedade por parte do legislador na redação do dispositivo. ARLETE INÊS AURELLI<sup>18</sup>, em sentido contrário, entende que, na verdade, o que o parágrafo 5º determina é apenas que se informe, nessa petição, que o pedido seja feito em *caráter antecedente*, de forma que conceder a estabilização será decorrência desse pedido formulado em caráter antecedente, caso o réu não recorra. Então, não há exigência para que se peça a estabilização, sob pena de ela não recorrer, o que seria um contrassenso.

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>19</sup> compartilha da mesma opinião, quando enuncia que o que se requer, no caso, é a *antecipação dos efeitos* da tutela final, cujo pedido respectivo é, num primeiro momento, indicado, e deve posteriormente ser confirmado. Para este autor, sequer é necessário que haja *absoluta correspondência* entre o pedido que antes apenas fora apontado e o apresentado posteriormente, embora seja necessário que aquele antes indicado seja, depois, *corroborado*. Ademais, a rigor, o primeiro indicado sequer se trata de “pedido”, mas de mero requerimento; pedido é o “principal”, e a tutela antecipada, rigorosamente, não pode ampliar o objeto litigioso.

Imagine-se a hipótese em que alguém, tendo urgência contemporânea à propositura da ação, não tenha tempo de elaborar petição inicial na forma do artigo 319 do Código de Processo Civil, mas, todavia, não pretende ver estabilizada a tutela, se concedida. Estaria vedado à parte autora utilizar-se do procedimento *antecedente* ?

Não parece haver qualquer impropriedade na redação do § 5º do art. 303, como se de fato se referisse aos efeitos da *estabilização* mencionado no *caput* do art. 304 de referido diploma legal. O parágrafo 5º do art. 303 diz respeito tão somente à submissão da parte autora ao procedimento previsto ao *caput* de referido artigo (“antecedente”), tanto que a petição – como anteriormente exposto, sequer tratar-se-á de “pedido” – que é o principal, senão, de mero requerimento. De forma que, feita a opção prevista no § 5º, este destina-se a permitir que o magistrado, ao receber a petição inicial, tenha condições de apurar se é o caso de determinar-se a *emenda* da inicial (por não preenchidos os requisitos dos arts. 319 e 320,

<sup>18</sup> AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015*. Op. cit., p. 21.

<sup>19</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2017, p. 491.

ou por apresentar defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito), ou se estará em condições de apreciar, desde logo, o pedido de tutela antecipada formulado em pedido antecedente.

Por conseguinte, a opção da parte autora pelo exposto no § 5º do art. 303 não importa, necessariamente, a opção deste pelo regime da estabilização previsto ao *caput* do art. 304; nem tampouco, em sentido contrário, que a opção pelo procedimento antecedente implicaria, necessariamente, na opção pelos efeitos da estabilização e todas as suas consequências. A opção pelo procedimento antecedente sem pretender o autor valer-se dos efeitos da estabilização, não lhe retira, portanto, a faculdade primeira, o que de fato seria um contrassenso à norma, à novidade legislativa tal qual posta.

Por tais sucessos, para fins de obtenção dos efeitos da estabilização (CPC, art. 304, *caput*), é necessária a expressa manifestação do autor, quanto a pretender valer-se deste benefício (sob pena de tornar-se “automática” a produção dos efeitos da estabilização em todo pedido formulado de forma antecedente, o que vai de encontro ao já anteriormente exposto). O que também permite, observado o princípio da bilateralidade da audiência, possa o réu apurar se o autor se satisfará ou não com a estabilização (haja vista que a tutela provisória pode não ser satisfatória também para o autor), e avalie (o réu) se lhe é conveniente ou não interpor o inerente recurso.

Pode não ser satisfatória para o autor, porque este pode pretender pelo prosseguimento do processo após a concessão da tutela provisória – decisão esta que não se tornará estável caso assim não tenha optado, em busca de um pronunciamento fundado em cognição exauriente e capaz de gerar coisa julgada – com efetiva resolução do litígio. Negar tal possibilidade seria atentar contra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.<sup>20</sup>

Neste mesmo sentido, leciona EDUARDO ARRUDA ALVIM<sup>21</sup>

Todavia, além da adoção do procedimento antecedente pelo autor, parece-nos correto afirmar que é necessária a expressa manifestação quanto à aplicação do art. 304 do CPC/2015. É necessário que ele expressamente afirme que se subordina à estabilização, o que significa dizer que ele se contenta, ao menos de imediato, com a “mera” resolução prática do problema, dispensando, a princípio, a resolução jurídica do litígio. Para nós, descabe aqui um possível argumento contrário ao quanto se afirmou, no sentido de que o autor teria duas opções igualmente possíveis para requerer a

<sup>20</sup> SILVA, Leticia Arenal. *A Estabilização da Tutela Provisória e a Sumarização do Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado defendida e aprovada junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP: 2017, p. 110-111.

<sup>21</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. *Op. cit.*, p. 215.

tutela jurisdicional: o procedimento antecedente (CPC/2015, art. 303) e o procedimento comum (CPC/2015, art. 318 e ss.). É uma questão de isonomia. É indiscutível que não há igualdade entre os procedimentos, tanto é que quis o legislador instituir dois procedimentos diversos, o que leva à conclusão de que não se trata de mera possibilidade de opção entre um procedimento e outro, a depender do interesse da parte autora.

Concedida a liminar – tendo sido feita a opção pela estabilização, deverá o demandante confirmar o pedido antes indicado, em petição de aditamento que deve dar-se em 15 (quinze) dias ou em prazo maior que o juiz fixar, contados da concessão da tutela antecipada (art. 303, parágrafo 1º, I). Como este prazo de 15 (quinze) dias dificilmente poderá ser observado pelo juiz, pois inviabilizará a incidência da regra prevista no art. 304 do CPC (já que o prazo tende a fruir antes de citado o réu), deverá o juiz fixar outro prazo, maior, ou outro termo inicial. Caso o réu não interponha o recurso previsto no art. 304, *caput*, a tutela antecipada estabiliza-se e a apresentação do pedido principal torna-se, em princípio, desnecessária. Não levando a cabo o supracitado aditamento no tempo e forma prevista, o processo será extinto sem resolução de mérito (parágrafo 2º, do artigo 303).

Segundo ARLETE INÊS AURELLI<sup>22</sup>, ao analisar o pedido, o juiz poderá: a) entender pelo indeferimento da medida; b) conceder a tutela de imediato, sem ouvir o réu; c) determinar a audiência para justificação prévia e após conceder ou não. Poderá ainda decretar a extinção do processo – por falta de legitimidade *ad causam* e interesse de agir, ou determinar a emenda para sanar outros vícios.

Segundo o parágrafo 6º do art. 303, caso entenda que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda (ou o aditamento ?) da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito. O que corresponde a dizer que deverá o autor, caso seja de seu interesse, efetivar o próprio pedido de tutela final em sua extensão. Realizada a emenda, o processo seguirá o rito comum. Entende JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>23</sup> que, da mesma forma que o art. 305, parágrafo único dispõe que caso a parte a título de tutela cautelar apresente pedido de tutela antecipada, o magistrado deverá ajustar o procedimento ao que determina o art. 303 do CPC/2015, que a recíproca é verdadeira. Desta forma, caso peça a título de tutela antecipada, providência de natureza cautelar, deverá o magistrado corrigir o procedimento, determinando se o caso a emenda da inicial, para que o trâmite se dê em

---

<sup>22</sup> AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015*. Op. cit., p. 21.

<sup>23</sup> MEDINA, José Miguel García. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. Op. cit., p. 493.

consonância ao que dispõem os arts. 305 e seguintes do CPC (fungibilidade e adequação procedimental).

A tutela de urgência de natureza antecipada não deve ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão pretendida (parágrafo 3º, do art. 300).

Deferida a medida, será o réu citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação (inc. II do parágrafo 1º, do art. 303 do CPC). O que possibilitará ao réu ter ciência da concessão da medida antecipatória de caráter *inaudita altera parte*, e contra esta se insurgir mediante a interposição do recurso respectivo (art. 1015, I – agravo de instrumento), sob pena de que a decisão interlocutória concessiva sofra os efeitos da “estabilização da tutela antecipada” (art. 304), de forma que a decisão de outrora de caráter provisório adquira presunção de força e estabilidade, sendo o processo extinto com resolução do mérito (art. 304, parágrafo 1º). Referidos efeitos serão conservados enquanto não for revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito pela ação prevista no parágrafo 2º do art. 306 a ser promovida por qualquer das partes, no prazo decadencial de dois (2) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo e concedeu a referida estabilidade (art. 334, parágrafos 2º, 3º e 5º), prevento o juízo que concedeu a medida de urgência antecipada antecedente. Qualquer das partes poderá solicitar o desarquivamento dos autos para instruir a petição da ação revocatória de revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada (art. 304, parágrafo 4º).

Nos termos do art. 304, parágrafo 6º do CPC, a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do parágrafo 2º deste artigo.

Feito o aditamento e tendo o réu ofertado recurso contra o deferimento da tutela antecipada, o processo seguirá o rito comum. Parte da doutrina entende que mesmo que o réu não recorra e a decisão se estabilize, deve o autor aditar a inicial, sob pena de extinção.

#### 1.2.1.4 Tutela Antecipada em caráter incidental.

O pedido de tutela antecipada poderá ser também formulado em caráter incidental (parágrafo único, art. 294), tal qual já se procedia nos termos do art. 273 do revogado CPC/73. Diferem os requisitos no CPC/2015, diante dos atuais *fumus boni iuris* – (probabilidade do direito) e *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do

processo) – (requisitos indispensáveis à concessão da medida), do requisito eventual da exigência de caução (art. 300, parágrafo 1º; art. 302 – para o caso da parte *ex adversa* vir a sofrer danos decorrentes da concessão da medida de urgência, podendo ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la), e do requisito negativo do perigo de irreversibilidade – diante do qual não poderá ser concedido (art. 300, parágrafo 3º – embora parte da doutrina entenda que possa ser concedida ainda que diante de possível irreversibilidade, como no caso do que se denomina de *periculum in mora inverso*, como em julgado onde se pretendia rescindir pensão especial de ex-combatente em idade avançada, caracterizando-se a irreversibilidade *de fato* – STJ, EDcl no AgRg na AR 3.163/PR, 3ª Seção, j. 08.03.2006, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 20.03.2006).

Independente do pagamento de custas, e conserva sua eficácia na pendência do processo – inclusive durante o período de suspensão do processo (salvo decisão judicial em contrário), mas pode a qualquer tempo ser revogada ou modificada. O juiz pode determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória conferida – aplicando-se as regras do cumprimento provisório de sentença (arts. 520 a 522; art. 139, IV), sendo que a decisão que a conceder, negar, modificar ou revogar deverá ser motivada de modo claro e preciso. Será requerida ao juízo da causa, ou ao órgão judiciário competente para apreciar o mérito nas ações de competência originária de tribunal e nos recursos.

Sendo o pedido indeferido, caberá ao requerente interpor o agravo de instrumento para que possa tentar a concessão da medida perante o juízo *ad quem* (art. 1.050, I, do CPC/2015).

### **1.3 Da Estabilização.**

#### 1.3.1 Direito comparado e institutos semelhantes.

Como afirma LETÍCIA ARENAL E SILVA<sup>24</sup>, os problemas inerentes à demora na prestação da tutela jurisdicional não são sofridos apenas pela sociedade brasileira. Nessa conjuntura, alguns países do sistema romano-germânico incorporaram em sua legislação um tipo de tutela sumária apta a eternizar seus efeitos conforme a vontade das partes, dispensando

---

<sup>24</sup> SILVA, Leticia Arenal e. *A Estabilização da Tutela Provisória e a Sumarização do Processo Civil Brasileiro*. *Op. cit.*, p. 15 e 17.

o prosseguimento ou propositura da ação de conhecimento para o exame de fundo do mérito e, em regra, a obtenção da coisa julgada.

Desta forma, para se analisar a estabilização, é oportuno estudar brevemente os institutos semelhantes previstos em ordenamentos estrangeiros, notadamente em Portugal, na Itália e na França.

### 1.3.1.1 Tutela provisória no direito português.

O Código de Processo Civil português – derivado da aprovação da Lei n. 41/2013, aprovação publicada em 26 de junho de 2013, prevê em seu contexto, procedimento de natureza cautelar<sup>25</sup> destinada a tutelar situações de urgência<sup>26</sup>, que podem apresentar tanto natureza conservativa, quanto antecipatória. Referido procedimento é subdividido em procedimento cautelar comum (arts. 362º a 376º) e procedimentos cautelares especificados (artigos 377º a 409º).

O procedimento cautelar comum (art. 362º, n. 1), aplicável de forma subsidiária aos denominados procedimentos cautelares especificados, equivale às medidas cautelares inominadas ou atípicas, exercidas no Brasil com fulcro no poder geral de cautela previsto no artigo 798 do revogado CPC/73. Os procedimentos cautelares especificados, por sua vez, correspondem às medidas cautelares típicas ou nominadas outrora previstas no CPC/73 (arts. 813-889), no caso, previstos naquele diploma legal as medidas de: (i) restituição provisória de posse; (ii) suspensão de deliberações sociais; (iii) alimentos provisórios; (iv) arbitramento de reparação provisória; (v) arresto; (vi) embargo de obra nova; e (vii) arrolamento.<sup>27</sup>

Em seus artigos 362, ns. 1 e 3 do Código português (que se refere ao procedimento cautelar comum, em exercício do poder geral de cautela), encontram-se os requisitos

<sup>25</sup> *Artigo 362º. Âmbito das providências cautelares não especificadas.* 1 - Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparação ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado. 2 - O interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em ação constitutiva, já proposta ou a propor. 3 - Não são aplicáveis as providências referidas no nº 1 quando se pretenda acautelar o risco de lesão especialmente prevenido por alguma das providências tipificadas no capítulo seguinte. 4 - Não é admissível, na dependência da mesma causa, a repetição de providência que haja sido julgada injustificada ou tenha caducado.

<sup>26</sup> *Artigo 363º. Urgência do procedimento cautelar.* 1 - Os procedimentos cautelares revestem sempre caráter urgente, precedendo os respectivos atos qualquer outro serviço judicial não urgente. (...).

<sup>27</sup> SOUZA, Artur César de. *Tutela Provisória – Tutela de urgência e Tutela de evidência.* São Paulo, ed. Almedina Brasil: 2016, p. 268. *Artigo 376º. Aplicação subsidiária aos procedimentos nominados.* 4. O regime de inversão do contencioso é aplicável, com as devidas adaptações, à restituição provisória da posse, à suspensão de deliberações sociais, aos alimentos provisórios, ao embargo de obra nova, bem como às demais providências previstas em legislação avulsa cuja natureza permita realizar a composição definitiva do litígio.

necessários à obtenção da tutela provisória de urgência, aplicáveis a toda providência conservatória ou antecipatória, quais sejam: a) probabilidade séria de existência do direito invocado; b) fundado receio de lesão grave ou difícil reparação a direito, já existente (n. 2) ou na pendência de ação que a reconheça, já proposta ou a propor; c) adequação da medida a assegurar a efetividade do direito ameaçado; d) não existência de procedimento cautelar especificado para a hipótese.

Embora mantendo como regra a relação entre o procedimento cautelar e a ação principal (art. 364º, n. 1)<sup>28</sup>, importante inovação trazida pelo seu novo Estatuto processual civil é o instituto da “*inversão do contencioso*”.<sup>29</sup> Segundo referido instituto (que muito se assemelha à figura da estabilização prevista no artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil brasileiro), mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ônus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

Desta feita, não dependerá de ação principal a providência cautelar exercida nos moldes do artigo 369º, n. 1, de forma a eximir o requerente desta de propor a ação que visa discutir o mérito, desde que seja possível ao magistrado, de imediato e a requerimento, formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

Como afirma EDUARDO ARRUDA ALVIM<sup>30</sup>, com isso, deixa-se de ter a completa subordinação do procedimento cautelar ao processo principal, resolvendo-se a crise jurídica desde logo, pelo que, não sendo o caso de inversão do contencioso, deverá haver a discussão da “causa”, ou do mérito. Para que haja a inversão do contencioso, serão necessários dois requisitos, portanto: a) a certeza do direito alegado por aquele que pretende a concessão da tutela cautelar; b) que a providência cautelar seja adequada a compor o litígio definitivamente, isto é, que seus efeitos jurídicos coincidam com os efeitos que decorreriam da decisão de mérito propriamente dita. Concedida a medida cautelar, será o réu notificado de que poderá, caso queira, promover a ação que tenha por objeto a discussão do direito acautelado, no prazo

<sup>28</sup> Artigo 364º, n. 1 – *Exceto se for decretada a inversão do contencioso, o procedimento cautelar é dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de ação declarativa ou executiva.*

<sup>29</sup> Artigo 369º. *Inversão do contencioso*. 1. Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ônus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

<sup>30</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. Op. cit., p. 481-482.

de 30 (trinta) dias, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio.<sup>31</sup>

Em análise deste último dispositivo do direito lusitano, conclui GUILHERME TOSHIHIRO TAKEISHI<sup>32</sup>, que “... Percebe-se aí que o CPC português não optou só pela simples estabilização da tutela urgente, mas sim pela autoridade da coisa julgada. Entretanto, não se pode olvidar que o diploma processual civil exige convicção segura acerca da existência do direito acautelado, requisito este que não está presente no NCPC.”.

Referindo-se ao caráter eminentemente subordinado do processo cautelar em relação ao processo principal – não obstante o julgamento da matéria de fato e a decisão final que viesse a ser prolatada no procedimento cautelar não determinasse o resultado da ação principal (art. 383), do Código de Processo Civil português de 1961 (que a partir das reformas ocorridas nos anos de 1995 a 1996, passou a prever medidas cautelares destinadas a tutelar situações de urgência, tanto de natureza conservativa, quanto antecipatória; doutrinas como a de PAULA COSTA E SILVA<sup>33</sup> em muito criticaram a vigência, não temporalmente limitada, de uma decisão cautelar de uma ulterior decisão definitiva conservativa, o que redundaria num mau sistema de administração da justiça.

Conclui EDUARDO ARRUDA ALVIM<sup>34</sup>

A inversão do contencioso afigura-se, ao que nos parece, como uma técnica de sumarização do processo, tornando definitiva a tutela que seria, em tese, apenas sumária e, principalmente, provisória. Este, pois, é o grande passo dado pelo legislador lusitano, que permitiu a definitiva composição da lide de forma basicamente sumária.

Ressalta lembrar que, diferentemente do disposto ao artigo 371º do Código de Processo Civil lusitano, o parágrafo 6º do artigo 304 do Código de Processo Civil brasileiro não confere autoridade de coisa julgada à decisão liminarmente proferida em sede de tutela

---

<sup>31</sup> *Artigo 371º. Propositura da ação principal pelo requerido.* 1 – Se prejuízo das regras sobre a distribuição do ônus da prova, logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, é o requerido notificado, com a advertência de que, querendo, deve intentar a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio.

<sup>32</sup> TAKEISHI, Guilherme Toshihiro. *A Tutela Provisória na Lei nº 13.105/2015 – Requisitos e Procedimento.* Dissertação de Mestrado defendida e aprovada junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP: 2015, p. 117.

<sup>33</sup> SILVA, Paula Costa e. *Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar.* In: Debate [sobre] a reforma do processo civil 2012’ – Lisboa; Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2012 – p. 139-149. Disponível em: <www.gde.mj.pt/btrl/btrl.nsf/305fde3cddf188ab...>. Consulta: 19/07/2017, 13:23.

<sup>34</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória. Op. cit.*, p. 483.

provisória e cognição sumária, no procedimento de tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

### 1.3.1.2 Tutela provisória no direito italiano.

No direito italiano, a opção de conceder estabilidade às medidas antecipatórias foi adotado pelo sistema processual, inspirada no sistema dos *référés* francês, com o intuito de afastar o constante alongamento do tempo do processo de cognição plena. Para a superação da crise, seria necessária a intervenção no processo de conhecimento, para simplificar e racionalizar o procedimento, de forma a limitar o aumento de demandas, adaptando-o aos diversos tipos de litígios, na tentativa de diminuir o tempo do processo.

Como leciona EDOARDO F. RICCI, no direito italiano a tutela urgente é prevista como figura de caráter geral pelo art. 700 do *Código di Procedura Civile*<sup>35</sup>, de forma que, no ano de 2005, se introduziu no sistema nova regra que passou a disciplinar as medidas urgentes antecipatórias, dando-se nova redação aos artigos 669-octies<sup>36</sup> e 669-novies, de referida lei.

Conforme NATÁLIA CANÇADO SCARPELLI<sup>37</sup>, para se entender melhor a tutela cautelar (ou tutela de urgência) na Itália e suas funções, é de se verificar a diferenciação de dois tipos de perigo que se busca debelar: (a) o perigo de provimento infrutífero (“infruttuosità”); e, (b) o perigo do provimento tardio (“tardività”). No primeiro caso, a tutela cautelar não objetiva acelerar a satisfação do direito material, senão assegurar que a realização futura deste seja frutífera. No segundo caso, se busca acelerar a própria satisfação do direito material de maneira provisória, combatendo os efeitos nefastos do tempo.

De acordo com a nova regra, as medidas urgentes antecipatórias produzem os próprios efeitos mesmo na ausência, atual ou futura, do processo principal. Assim, uma vez deferida a tutela antecipada, tal decisão não perderá sua eficácia caso não proposto o processo principal no prazo previsto em lei, adquirindo estabilidade e perdendo seu caráter acessório/instrumental.

---

<sup>35</sup> RICCI, Edoardo F. A evolução da tutela urgente na Itália. In: ARMELIIN, Donaldo (Coord.). tutelas de urgência e cautelares / Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo, ed. Saraiva: 2010, p. 379: “... chi há fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per fa valeirei i suo diritto in via ordinária, questo sai minacciato da um pregiudicio imminente e irreparabile, può chiedere com ricorso al giudice i provvediment d’urgenza, che appaiono, sencondo le circostanze, più idonei ad assicurare provisoriamente gli effetti dela decisione sul mérito.”

<sup>36</sup> “L’autorità del provvedimento cautelares non é invocabile in um diverso processo.”,

<sup>37</sup> SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada requerida em Caráter Antecedente. Op. cit.*, p. 40-41.

Mantidos os mesmos requisitos do art. 700 do código italiano, é possível que seja proposta ação sumária autônoma para a obtenção de decisões que antecipem os efeitos de eventual ação de mérito, pelo que, como afirma a doutrina italiana, as “medidas antecipatórias constituem uma forma generalizada, rápida e sumária de tutela jurisdicional dos direitos que se põe de lado e alternativamente ao ordinário processo de cognição.”<sup>38</sup>

A duração de referidos efeitos é matéria de fácil solução, segundo GUILHERME TOSHIHIRO TAKEISHI.<sup>39</sup> Isto porque, essas medidas, no direito italiano, não são sentenças capazes de assumir a autoridade da coisa julgada; de forma que, sem dúvida, uma das partes poderá ajuizar sucessivamente uma demanda para obter uma sentença que decida a controvérsia no mérito, hipótese em que, se a sentença for incompatível com a medida urgente, esta perderá a sua eficácia.

DESIRÊ BAUERMANN<sup>40</sup> aduz, neste sentido

Além disso, na Itália a lei claramente disciplina que tal decisão não restará acobertada pela coisa julgada, podendo ser revista em sede de processo principal enquanto não prescrito o direito material. Tal opção é meramente política, não havendo cláusula constitucional que impeça o reconhecimento da eficácia da coisa julgada de decisão antecipatória não submetida à cognição plena quando as partes optarem por não discutir exaustivamente a questão sub iudice.

Conclui EDUARDO ARRUDA ALVIM

Parece-nos correto afirmar, portanto, que o legislador italiano, já há certo tempo, notou a necessidade de se instrumentalizar o processo civil de meios para que as justas pretensões das partes, que por vezes não corresponderiam necessariamente a uma resposta de mérito com aptidão para se imutabilizar, fossem atendidas. Com isso, resolve-se a crise fática, atingindo-se o mérito, efetivamente, apenas quando assim requererem as partes.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> MONTELEONE, Girolano. *Manuale di diritto processuale civile*. Vol. II, Milão: CEDAM, 2007, p. 357.

<sup>39</sup> TAKEISHI, Guilherme Toshihiro. *A Tutela Provisória na Lei nº 13.105/2015 – Requisitos e Procedimento*. *Op. cit.*, p. 118.

<sup>40</sup> BAUERMANN, Desirê. *Estabilização da Tutela Antecipada*. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume VI. <[www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/estabilizacao-da-tutela-antecipada](http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/estabilizacao-da-tutela-antecipada)>. Consulta: 25/07/2017, 17:25.

<sup>41</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. *Op. cit.*, p. 472.

### 1.3.1.3 Tutela provisória no direito francês.

Não sendo objeto do presente traçar um estudo aprofundado sobre o tema no direito francês, algumas considerações se fazem necessárias sobre o instituto do *référé* francês.

Conforme RODRIGO RAMOS<sup>42</sup>, estas foram herdadas do processo romano-canônico, fundam-se em cognição sumária, são provisórias, revogáveis e imediatamente executáveis. Característica marcante destas é a de que são proferidas por um juiz diverso do responsável pelo processo principal, tratando-se de uma jurisdição específica, de caráter provisório. Não gera obrigação de propositura de ação principal, de forma que é comum, que o juízo provisório acabe se tornando definitivo; sendo, portanto, um processo completamente autônomo, em relação ao processo de fundo.

Segundo o mesmo autor, o *référé* se aplicava geralmente aos casos urgentes, sendo que posteriormente sua aplicação foi ampliada para compensar a demora nos julgamentos, hipótese em que autoriza a antecipação (arts. 771 e 809, do Código de Processo Civil francês). Divide-se em *référé-urgence*, quando serve para prevenir um dano iminente ou fazer cessar um ilícito manifesto, e *référé-provision*, quando trata de contestação sem seriedade. Servem tanto para conservação como para satisfação do direito debatido em juízo, sendo, portanto, categoria que engloba a tutela antecipada e a cautelar. Trataria-se no Brasil, pois, de instituto próximo ao da antecipação de tutela de evidência, em razão de abuso de direito de defesa (CPC, art. 311, I).

Conforme NATÁLIA CANÇADO SCARPELLI<sup>43</sup>, está previsto no art. 484 do Código de Processo Civil francês, segundo o qual “A ordem de *référé* é uma decisão provisória concedida por requerimento de uma das partes, nos casos em que a lei confere a um juiz, que ainda não decidiu sobre o mérito, o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias.”<sup>44</sup>

Em seu artigo 809, prevê que, mesmo diante de contestação séria, pode o presidente prescrever em caráter de urgência medidas conservatórias ou de retorno ao estado anterior, seja para prevenir um dano iminente, seja para fazer cessar uma perturbação manifestamente

<sup>42</sup> RAMOS, Rodrigo. *A tutela provisória de evidência no novo Código de Processo Civil*. Dissertação de Mestrado defendida e aprovada junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP: 2016, p. 80-82.

<sup>43</sup> SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada requerida em Caráter Antecedente*. Op. cit., p. 46.

<sup>44</sup> “L’ordonnance de *référé* est une décision provisoire rendue à la demande d’une partie, l’autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n’est pas saisi du principal le pouvoir d’ordonner immédiatement les mesures nécessaires.”

ilícita. Em não sendo possível contestação séria, pode o presidente conceder uma provisão ao credor, ou ordenar a execução da obrigação, mesmo que de fazer.

EDUARDO ARRUDA ALVIM<sup>45</sup>, após mencionar que atualmente os *référés* vêm previstos nos arts. 484 e 492, chama a atenção para o fato de que sua concessão independe do requisito da urgência, estando muito mais ligado à idéia de celeridade; e que exsurge a preocupação revelada pela lei processual francesa, com relação ao contraditório. Permite, finalmente, a posterior propositura de ação que vise percutir o mérito da relação jurídica material, à semelhança do que temos no direito brasileiro.

O objetivo principal do *référé* é a “estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou a paralisação de um abuso”, realizado de forma sumária. Limita-se o procedimento ao plano da emergência, o qual possui provimento próprio e é independente de qualquer outro processo.”<sup>46</sup>

### 1.3.2 Estabilização no CPC/2015.

Como já mencionado, dispõe o parágrafo 6º do artigo 304 do Código de Processo Civil, que a decisão que concede a tutela não faz coisa julgada. Este têm sido motivo de inúmeros debates e discussões, muitos destes ainda a serem solucionados pelos Tribunais.

Para aprofundar o debate, parece necessário traçar algumas linhas gerais sobre referido instituto, conforme têm se manifestado a doutrina pátria majoritária.

Nos termos do Código de Processo Civil, a *estabilização* só se aplica à tutela antecipada (satisfativa), não à cautelar. Para procedimentos de natureza incidental não se fala em estabilização.

Difere dos efeitos da coisa julgada, obtida após cognição exauriente, que é a imutabilidade. De forma que poder-se-ia conceituar ESTABILIDADE como sendo a *irrevogabilidade* – assim considerada a não revogação ou modificação da tutela provisória liminar concedida, acrescida da *imodificabilidade* do elemento sentencial mandamental ou executivo *antecipado* (Estabilidade = Irrevogabilidade + Imodificabilidade). Desta feita, uma decisão proferida em caráter liminar não pode gerar efeitos para sempre, o que lhe denota sua principal característica: a PROVISORIEDADE (seus efeitos persistem, salvo se revogados ou modificados, até que seja “trocada” por outra decisão).

<sup>45</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. Op. cit., p. 484-489.

<sup>46</sup> VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Lés Référés*. Paris: Litec, 2003. P. 205.

A ESTABILIZAÇÃO prevista no artigo 304, *caput*, do hodierno Código de Processo Civil, *foge* desta lógica.

Admitir-se que a estabilização faz com que a decisão tomada mediante cognição sumária produza efeitos imutáveis, poderá aproximá-la sobremaneira do instituto da coisa julgada, o que é temerário. Até porque a estabilização se aplica aos efeitos da decisão antecipada – obtida em caráter liminar, mediante cognição sumária e em caráter provisório; enquanto a coisa julgada diz respeito ao mérito, obtida mediante cognição exauriente e em caráter definitivo.

EDUARDO ARRUDA ALVIM, ao discorrer sobre o tema, lembra da existência de mais uma característica que diferencia a estabilização da coisa julgada. Esta última, apresenta efeitos positivos e negativos, isto é, obriga à observância do comando normativo da decisão em processos futuros e impede a rediscussão da matéria já decidida. A estabilização, por sua vez, apresenta efeito apenas negativo, de forma que, transcorrido o prazo de dois anos para a propositura da ação prevista no § 6º do artigo 304 para a rever, reformar ou invalidar; os efeitos da decisão antecipatória de tutela, e apenas eles, se tornam imutáveis, limitando-se o efeito negativo da estabilização aos exatos termos em que prolatada a decisão. Não se confunde esta última, portanto, nem com a mera preclusão sobre a *eficácia* – em razão do decurso do prazo de 2 anos, nem tampouco com a coisa julgada.

Conclui, portanto, referido autor, em posição que nos parece a mais adequada e acertada:

Cremos, portanto, que a estabilização após o decurso de 2 anos contados da intimação da sentença que extingue o processo, continua a ser caracterizada como instrumento que permite a produção de efeitos para fora da relação jurídica processual, com vistas à satisfação apenas fática da parte autora, e que então não poderá mais ser atingida (a satisfação fática, que decorre dos efeitos práticos produzidos pela decisão antecipatória de tutela) porque o ordenamento jurídico brasileiro não tolera, ao menos no mais das vezes, a subordinação eterna de alguém à possibilidade de rediscussão de determinada questão, sendo de se ressaltar, uma vez mais, que a imutabilidade recairá estritamente sobre o objeto da tutela antecipada concedida em benefício do autor, o que significa dizer que a relação jurídica material existente entre autor e réu, que não foi julgada na decisão antecipatória de tutela, poderá ser rediscutida (*rectius*: discutida, tendo em vista que ela jamais terá sido decidida, tendo-se na ação posteriormente ajuizada o primeiro debate a seu respeito) e decidida. (...)

Assim, ainda que a estabilização da tutela antecipada, após decorrido o prazo decadencial de 2 anos, se assemelhe, em certa medida, à coisa julgada, como no fato de ter, de igual modo, um efeito negativo, certo nos parece que ambas não se confundem, já que a coisa julgada pressupõe um julgamento de mérito, que abarca a resolução fática e jurídica do conflito levado a juízo

pelas partes, enquanto a estabilização alcança os efeitos que adviriam, provavelmente, do julgamento de mérito<sup>47</sup>.

Em dissertação de mestrado apresentada e aprovada junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, NATÁLIA CANÇADO SCARPELLI corrobora o anteriormente exposto, ao afirmar que, em sua opinião, não haverá formação de coisa julgada material após a estabilização da tutela antecipada e extinção do processo, tampouco quando ultrapassado o prazo de dois anos para o ajuizamento de ação autônoma.<sup>48</sup>

Para o artigo 304 do Código de Processo Civil, ocorre a estabilização se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso, tendo o autor optado pelo procedimento de tutela antecipada em caráter antecedente, e manifestado expressamente pretender valer-se da estabilização. Só se fala em estabilização em sede de tutela de urgência, não pode ser de evidência. Só se aplica se for tutela provisória concedida em caráter antecedente (não cabe em incidental). O réu não pode recorrer.

### 1.3.3 Instrumentos processuais para se obstar a estabilização.

A princípio, o “recurso” a que se refere a parte final do *caput* do artigo 304 do CPC/2015, é o de *agravo de instrumento* (art. 1015, I). Parte da doutrina diverge a respeito; há autores que defendem que deve-se entender por recurso *qualquer meio de impugnação*, ou mesmo que, se no prazo de recurso o réu não o interpõe, mas resolve antecipar o protocolo de sua defesa, ficaria afastada a inércia, o que impediria a estabilização. Isto porque não se pode afastar do réu o direito à prestação jurisdicional.

HEITOR VITOR MENDONÇA SICA<sup>49</sup>, ao discorrer sobre o tema, aduz que em se tratando de decisão proferida em 2º grau de jurisdição, haveria de se pensar no agravo interno contra a decisão monocrática (art. 1.021) ou no recurso especial e/ou extraordinário, em se tratando de decisão colegiada. Quanto à hipótese do recurso “não ser conhecido” ante a falta de requisitos de admissibilidade, parte do entendimento de que o recurso tempestivo, ainda que inadmissível em razão de outro vício, é apto a evitar a preclusão da questão recorrida.

<sup>47</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. *Op. cit.*, p. 246-247.

<sup>48</sup> SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada requerida em Caráter Antecedente*. Dissertação de Mestrado defendida e aprovada junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP: 2016, p. 167.

<sup>49</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze Problemas e Onze Soluções quanto à chamada “Estabilização da Tutela Antecipada*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 55, jan/mar 2015; p. 90-91.

Entende, finalmente, que há de se considerar a necessidade de interpretação sistemática e extensiva do art. 304, de modo a considerar que não apenas o manejo de recurso propriamente dito (cujas modalidades são arroladas no art. 994), mas igualmente de outros meios de impugnação às decisões judiciais (em especial a suspensão de decisão contrária ao Poder Público e entes congêneres e a reclamação), impediriam a estabilização.

RAVI PEIXOTO<sup>50</sup>, após discorrer sobre a inércia do réu e as formas para impedir a estabilização, fazendo estudo detalhado sobre os institutos/recursos de Agravo de Instrumento, Embargos de Declaração, Pedido de Reconsideração, Contestação, Reclamação e Suspensão de segurança, conclui a final

Muito embora o caput do art. 304 do CPC/2015 faça menção à necessidade de interposição de recurso, não se deve entender que tão somente o agravo de instrumento previsto no art. 1.015, do CPC/2015 poderia impedir a estabilização. Outros remédios jurídicos processuais também teriam a aptidão. Bastaria que os seguintes requisitos sejam preenchidos: a) aptidão para prolongar a litispendência; b) levar à reforma ou à invalidação da decisão; e, c) utilização no prazo do agravo de instrumento. Seguindo essa lógica, dentre os mencionados, tanto a contestação, como a reclamação, impediriam a estabilização. Por outro lado, os embargos de declaração, a suspensão de segurança e o pedido de reconsideração não teriam, salvo situações excepcionais mencionadas, essa aptidão.

Em sentido diametralmente contrário, NATÁLIA CANÇADO SCARPELLI<sup>51</sup>, também reportando-se à inércia do réu, entende que não se pode dar interpretação extensiva ao *caput* do artigo 304, do Código 2015, o que geraria insegurança jurídica quanto à possibilidade de incidência ou não da estabilização; que a interpretação restritiva é justificada pelo fato de ter ocorrido a alteração do Projeto de Lei n. 166/2010, o qual previa que a “impugnação” do réu seria capaz de obstar a estabilização, passando a constar, quando aprovado o texto pela Câmara dos Deputados, a terminologia “recurso”, o que só se justificaria pelo objetivo de restringir os meios de impedir a estabilização. Assim, as demais formas de impugnação (como o pedido de reconsideração ou a contestação) não são capazes de impedir tal efeito, até porque, mesmo com a contestação, uma vez estabilizada a tutela, não pode mais o juiz que a concedeu alterar seu estado, o que só poderá ser feito pelas partes mediante utilização da via própria prevista nos §§ 2º e 6º do art. 304, no prazo decadencial de

<sup>50</sup> DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). COSTA, Eduardo José da Fonseca. PEREIRA, Mateus Costa. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Tutela Provisória – Coleção Grandes Temas do novo CPC – v. 6*. PEIXOTO, Ravi. *Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência*. Salvador, ed. JusPodivm: 2016, p. 243 a 256.

<sup>51</sup> SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada requerida em Caráter Antecedente*. *Op. cit.*, p. 132-136.

2 (dois) anos. Finalmente, não bastaria a mera interposição do recurso de agravo de instrumento, mas também seu conhecimento – sob pena do réu apresentar recurso sem os seus requisitos formais ou sem recolhimento de custas, e mesmo porque o juízo negativo de admissibilidade recursal possui natureza “declaratória”, e uma vez inadmitido o recurso, deve-se considerá-lo como sequer tendo existido. E, quanto ao Embargos de Declaração – salvo quando acolhidos com o efeito modificativo previsto no § 4º do artigo 1.024 de forma a indeferir a tutela, a estabilização não poderia ocorrer por falta de pressuposto imprescindível: a decisão concessiva da tutela.

Não tendo havido interposição de recurso pelo réu contra a decisão concessiva da tutela concedida nos termos do artigo 303, segundo o parágrafo 1º do art. 304, estabilizada a decisão, o processo será extinto. Isto, embora a estabilização continue a produzir efeitos; violando-se o padrão geral *ação* → *execução* (no que se denomina de “técnica monitória”). A técnica inverte esta lógica: parte do pressuposto de que o narrado pelo autor na inicial é verdadeiro, de forma que se o réu não concordar, deve ele tomar a iniciativa do contraditório e da cognição.

Do que se extrai que na Tutela Provisória Antecipada Antecedente: a) pressupõe que o autor com tutela antecipada a seu favor (e sem impugnação do réu), têm razão; b) nesta, *estabiliza-se* a tutela (a favor do autor e contra o réu); c) nesta, se o réu não concorda, deve tomar a iniciativa do contraditório e cognição via ação de revisão, reforma ou invalidação, no prazo de 2 (dois) anos (parágrafo 2º, do art. 304); d) esta tutela baseia-se em qualquer instrumento de prova; e) não gera coisa julgada, de forma que a ação rescisória é incabível.

De fato, como adverte ARLETE INÊS AURELLI<sup>52</sup> e já demonstrado, essa decisão não estará apta a produzir coisa julgada, não por se tratar de decisão interlocutória (eis que é possível o estabelecimento de coisa julgada sobre decisões interlocutórias de mérito), *mas por ser decisão proferida em cognição sumária, em que não houve contraditório exauriente. A provisoriedade* impede que seja a decisão acobertada pela coisa julgada, ainda que se considere que a decisão do juiz que extingue o processo com base nos arts. 485 e 487 é sentença (mesmo que por força, nesta hipótese, da falta de manejo de recurso pelo réu).

Como mencionado, da leitura do parágrafo 2º do artigo 303 do CPC, não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do parágrafo 1º de referido artigo, o processo será extinto sem resolução de mérito, ainda que já estabilizada a decisão interlocutória concessiva da tutela antecipada em caráter antecedente. Questiona a última autora mencionada, se haverá

---

<sup>52</sup> AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de Urgência no Código de Processo Civil de 2015. Op. cit.*, p. 25.

como conciliar tais dispositivos, se os prazos para cada uma das partes tomar a atitude que lhes cabe, correria ao mesmo tempo.

Parece mais lógico que, citado e intimado o réu da decisão concessiva da tutela antecipada, e facultado-lhe o exercício do recurso previsto no artigo 304, *caput*, deverá o juiz aguardar o decurso de prazo para exercício deste direito, de cuja renúncia operar-se-á o efeito da estabilização, extinguindo-se o processo sem resolução de mérito e dispensando-se o autor do aditamento da inicial. Isto porque o réu pode, em tese, até vislumbrar alguma vantagem ao ficar inerte diante da estabilização da tutela antecipada, como, p. ex., ter diminuído para si os custos do processo; haja vista que por aplicação analógica do parágrafo 1º do *caput* do art. 701, vai ter reduzido os honorários advocatícios, bem como as custas – o que lhe serviria como estímulo para não recorrer. Em palestra proferida por ANTONIO CARLOS MARCATO junto ao Grupo Arruda Alvim de Debates sobre o título: Procedimentos Especiais, no ano de 2016, em debates que englobaram este tema, foi citado exemplo no qual o sujeito “A” devesse R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ao sujeito “B”, mas precisasse de imediato de menor quantia – R\$ 100.000,00, por força de algum negócio jurídico. Demandado o sujeito “A” e pleiteada tutela provisória em caráter antecedente em relação ao valor de que se necessitasse de imediato, e concedida esta, poderia ocorrer, em tese, que o réu entendesse mais conveniente não recorrer da decisão e deixá-la estabilizar, de forma que o credor, para receber o restante, terá de ajuizar nova ação no prazo de 2 (dois) anos, nos termos do parágrafo 6º do art. 304 do CPC.

Salvo se tratar-se de *estabilização parcial objetiva* – nos limites da decisão que concede a tutela provisória e nos limites do que for eventualmente impugnado pelo requerido pela interposição de recurso; ou em se tratando de cumulação de pedidos, dos quais apenas um deles seja deferido, prosseguindo-se o feito com relação ao outro pleito.<sup>53</sup>

Nada obsta, por outro lado, que o autor prefira aditar a petição inicial e prosseguir no procedimento, ao invés de se beneficiar com a tutela antecipada estabilizada. Estará optando por formar coisa julgada material sobre o objeto de seu pedido (em cognição exauriente).

Porém, para a corrente majoritária, se ele manifestou na petição inicial pretender valer-se do procedimento previsto ao *caput* do art. 303 e da estabilização, citado o réu, não mais o poderá. Isto porque o princípio do contraditório se liga à regra da não-surpresa, de forma que às partes deve se assegurar saber as regras do jogo argumentativo. Não poderá o autor, pois, valer-se de esperteza e, valendo-se da inércia do réu, requerer algo mais. Além de

---

<sup>53</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória. Op. cit.*, p. 216.

ter havido má-fé, haverá preclusão lógica e consumativa para o autor, ferindo a previsibilidade do discurso argumentativo-processual.

Difere esta hipótese, ainda, daquela em que o autor pretendesse que a extinção do processo se desse *com* julgamento de mérito, pela ausência de recurso do réu contra a decisão antecipatória estabilizada. ARLETE INÊS AURELLI, citando Leonardo Greco<sup>54</sup>, noticia entendimento deste no sentido que o legislador disse menos do que queria no art. 304 do Código de Processo Civil. Isto porque a estabilidade adviria da **falta de recurso** e, também, da **falta de contestação**, o que justificaria o motivo de o autor ter de apresentar o aditamento à inicial no prazo de 15 dias. De forma que deve ser aberto o prazo para o réu contestar, e, com a revelia, o juiz estará apto ao **julgamento antecipado de mérito**, sem que a estabilização perca sua finalidade – entende que a estabilização depende de o autor ter feito o aditamento à inicial, e em se considerando que o procedimento deve ser linear. Assim, segue-se ao deferimento da tutela antecedente o prazo para aditamento, de forma que somente se o autor o fizer, o réu será intimado para ocorrer. Se o réu recorrer e não contestar, o processo será extinto (não será revel), sendo que para referido autor, a contestação tem o condão de impedir a estabilização.

Pode ocorrer também outra hipótese: concedida a tutela antecipada antecedente, o autor será intimado para aditar a petição inicial, e segundo o parágrafo 2º do artigo 303 se não o fizer, haverá a extinção do feito. Estabilizada a tutela, o processo será extinto, nos termos do artigo 304, *caput* e parágrafo 1º. Caso observada a premissa anteriormente mencionada, no sentido de que o juiz conceda prazo maior para o aditamento – que se sobrepujará ao prazo de manejo de recurso pelo réu (em se considerando que ambos os prazos são de 15 dias), se ambos quedarem-se inertes, ainda assim teremos a estabilização da tutela antecipada concedida ? Segundo EDUARDO DE OLIVEIRA COSTA<sup>55</sup>, a resposta é afirmativa, de forma que se terá a estabilização da tutela antecipada, mesmo com a extinção. Haverá uma sentença terminativa (sem mérito) de extinção, mas que vai declarar a estabilização. Isto porque a estabilização da tutela antecipada faz um corte, interrompendo o complemento da cognição. De forma que a sentença a que alude o parágrafo 1º do artigo 304 só terá uma função: dissolver a relação processual civil pendente, cujo objeto já foi inteiramente resolvido pela decisão antecipatória estabilizada.

<sup>54</sup> AURELLI, Arlete Inês. *Op. cit.*, p. 26. *Apud*, GRECCO, L. A Tutela de urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2014/2015. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 14, n. 1, p. 293-330, jul./dez. 2014. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_14\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_14_edicao.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

<sup>55</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 428-429.

Portanto, no que se refere especificamente aos instrumentos processuais aptos a obstar a estabilização, é de nosso entendimento que não se pode dar interpretação extensiva ao *caput* do art. 304, de forma que “recurso” será o de agravo de instrumento contra a decisão liminar concessiva da tutela antecipada antecedente pleiteada em primeiro grau de jurisdição; em se tratando de decisão proferida em segundo grau de jurisdição, há de se pensar no agravo interno contra a decisão monocrática, ou no recurso especial ou extraordinário, em se tratando de decisão colegiada. O recurso precisa ter sido conhecido, até porque se rejeitado pela existência de vícios, recurso não houve, operando-se a estabilização caso pleiteada e presentes os demais requisitos legais.

#### 1.3.4 Estabilização frente à coisa julgada.

Finalmente, voltando ao tema da coisa julgada, nem mesmo após o decurso do prazo de 2 (dois) anos do parágrafo 6º do art. 304, haveremos de falar de coisa julgada e/ou de ação rescisória. Não, porque a tutela antecipada estabilizada possui uma cognição MAIS AMPLA que na ação rescisória (onde a lei limita o que se pode alegar).

Ademais, há diferenças entre os efeitos da ESTABILIZAÇÃO e da COISA JULGADA:

A *estabilização da tutela antecipada* diz respeito aos efeitos da decisão, não geram efeito positivo (pode-se extrair uma certidão, para usar em outro processo), e só pode ser reformada, revisada ou invalidada mediante ação autônoma. A *coisa julgada* gera efeitos quanto ao conteúdo da decisão, gera efeito positivo, e desafia ação rescisória. Por tais sucessos entende-se que mesmo após o transcurso do prazo de dois (2) anos, a decisão estabilizada não fará coisa julgada. Diferente é a situação da decisão proferida em ação autônoma exercida nos termos do parágrafo 2º do art. 304, proferida em sede de cognição exauriente, posteriormente manejada no prazo decadencial previsto em lei.

Leciona EDUARDO TALAMINI<sup>56</sup>, no sentido de que a estabilização da tutela antecipada não gera coisa julgada material, tendo em vista que os efeitos da medida de urgência poderão ser extintos em posterior ação (CPC/2015, art. 304, parágrafos 2º e 6º).

---

<sup>56</sup> TALAMINI, Eduardo. Ainda a estabilização da tutela antecipada. Migalhas de peso. 01 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236877,31047-Ainda+a...>>. Consultado em 01/11/2016, 14:41.

Leciona o autor, que a exclusão da coisa julgada material na hipótese constitui um ponto positivo, já tendo sido rejeitado anterior projeto de lei (PL n. 186/2005, do Senado Federal), que pretendia também *imputar a autoridade da coisa julgada material* à decisão concessiva da medida urgente, quando estabilizada; o que seria incompatível com a cognição meramente sumária que respalda a concessão da medida de urgência. Neste sentido, aduz:

O instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo (CF, art. 5º, LIV). A imutabilidade da coisa julgada – qualidade excepcional no quadro da função pública – não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional. O que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas sobretudo a profundidade da cognição que se pôde desenvolver. A emissão de decisões amparadas em cognição sumária (superficial) não é, em si mesma, incompatível com as garantias do processo. Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere. Mas se paga um preço pelo emprego da cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquira o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente. Adota-se solução de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva.

Merece destaque o posicionamento de ARAKEN DE ASSIS, segundo o qual a decisão estabilizada só pode ser revista por meio de ação específica no prazo de dois anos previsto ao § 6º do artigo 304 do CPC, vinculando-as e vedando a outros órgãos do Poder Judiciário de emitir comandos divergentes. Findo esse prazo, não mais será cabível a rediscussão do tema, *posto que haveria a aquisição de coisa julgada*. Ademais, entende não ser incompatível a concessão de eficácia de coisa julgada a decisões baseadas tão somente em verossimilhança. Neste sentido aduz, em sentido contrário ao todo já exposto

As sentenças definitivas (art. 487) proferidas nas medidas de urgência satisfativas provisionais ou definitivas (art. 303) adquirem autoridade de coisa julgada (art. 502). Nada há de peculiar nessa situação. Porém, quanto às medidas de urgência cautelares, a opinião prevalente é no sentido que, ressalva feita à hipótese do art. 310, não se revestirá o provimento dessa eficácia.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, Parte Geral: Institutos Fundamentais*. Op. cit., p. 613.

Perceba-se que referido autor faz menção expressa às medidas de urgência concedidas nos termos do art. 303 do Código de Processo Civil, que diz respeito ao Procedimento da Tutela Antecipada requerida em caráter antecedente. Pelos fundamentos já expostos, referido posicionamento parece não se sustentar, posto que confunde os efeitos da decisão antecipada estabilizada com o mérito da demanda (a que se reporta a coisa julgada), bem como atribui efeito positivo, também, à decisão estabilizada.

De forma que, como expressamente consignado ao § 6º do artigo 304, a decisão que concede a tutela não faz coisa julgada, nem tampouco após o decurso do prazo de dois (2) anos, sem o manejo de ação para a revir, reformar ou invalidar.

### 1.3.5 Extinção do processo, diante da estabilização.

Merece também atenção, a extinção do processo *sem julgamento de mérito*, por não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º do artigo 303 do CPC (aditamento da petição inicial pelo autor no prazo de 15 dias ou em outro maior que o juiz lhe fixar, uma vez concedida a tutela antecipada), consoante disposto no parágrafo 2º, parte final, de referido dispositivo legal.

Nos termos do artigo 485 do Código de Processo Civil, o juiz não resolverá o mérito nas hipóteses mencionadas em seus incisos (p. ex., indeferimento da inicial, não promoção de atos e diligências que lhe incumbir no prazo de 30 dias, etc.), de forma que, de regra, a extinção sem julgamento de mérito decorre de nulidade, ou é punição à parte desidiosa. Acertou o legislador ao acarretar à hipótese do § 2º do art. 303, a mesma consequência ?

Para ARTUR CÉSAR DE SOUZA<sup>58</sup>, não se trata disto. Segundo o autor, a necessidade de aditamento da petição inicial justifica-se pelo fato de que o pedido de antecipação de tutela satisfativa é um pedido, a princípio, delimitado e não completo, razão pela qual não pode prevalecer por si só de forma autônoma; salvo se na petição inicial em que formula o pedido de tutela provisória já possui todos os argumentos necessários para demonstrar a causa de pedir e o pedido final. Não sendo o caso, quando formular o pedido de tutela antecipada satisfativa, deverá na mesma petição inicial informar ao juiz que pretende futuramente aditar a petição inicial no prazo legal (art. 303, § 5º), sob pena de o juiz determinar a emenda da exordial, sob pena de seu indeferimento. Desta feita, a indicação

---

<sup>58</sup> SOUZA, Artur César de. *Tutela Provisória – Tutela de urgência e Tutela de evidência*. Op. cit., p. 194.

expressa pelo autor de que pretende se valer do disposto ao § 5º do art. 303 do CPC, caracteriza pressuposto processual de validade da relação jurídica processual, sendo diametralmente opostas as consequências jurídicas em face do réu diante de uma tutela antecipada antecedente e de uma tutela antecipada incidental. Não havendo o aditamento, o juiz proferirá de imediato decisão extinguindo o processo sem resolução de mérito, e, se a medida antecipada já foi efetivada, responderá o autor por eventuais perdas e danos que porventura possa ter causado ao réu.

Não entendemos, portanto, que a extinção do feito sem julgamento de mérito do § 2º do artigo 303 do CPC decorra de nulidade, ou punição à parte desidiosa. Razão de ser do próprio instituto, permite que as partes optem por não litigar, em estando satisfeitas com a estabilização operada, notadamente no que diz respeito ao alcance dos efeitos da decisão estabilizada.

#### **1.4 Tutelas de Evidência.**

##### 1.4.1 Hipótese de inconstitucionalidade (?)

A tutela de evidência encontra-se prevista no art. 311 do CPC, definindo-a OLAVO DE OLIVEIRA NETO como *a tutela que pode ser concedida independentemente de dano ou de risco ao resultado útil do processo, bastando-lhe a possibilidade do magistrado reconhecer de plano (prima facie), mediante cognição exauriente, o direito alegado pelo autor; ou, ainda, como a tutela provisória concedida mediante cognição exauriente, com base na evidência do direito alegado pelo autor.*<sup>59</sup>

Como aduz o mesmo autor, sua ocorrência sempre foi muito comum no dia-a-dia forense, quando provimentos judiciais fundados em tutela de evidência eram concedidos sob diversas denominações, como no caso das liminares concedidas numa ação de alimentos provisionais (arts. 852 a 854, do CPC/73) ou numa ação de alimentos provisórios (Lei n. 5.478/68), fundadas na relação de filiação, tendo a primeira natureza cautelar e a segunda antecipatória, embora os alimentos não fossem irrepetíveis. Excepcionava-se, desta forma, a vedação à não concessão no caso de irreversibilidade do provimento, haja vista que o que fazia o magistrado era conceder a medida porque no caso concreto o direito alegado pela parte

---

<sup>59</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Op. cit.*, p. 657.

era evidente, não havendo dúvida plausível a respeito – independentemente da presença do requisito relativo à existência de perigo a um direito alegado (*periculum in mora*).

O art. 311 do Código de Processo Civil elenca 04 (quatro) hipóteses em que o juiz está autorizado a conceder a tutela antecipada fundado na evidência do direito, sendo que em seu parágrafo único se prevê que nas hipóteses dos incisos I (quando as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante) e II (se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa), poderá o juiz decidir liminarmente.

Nada obstante as hipóteses expressamente previstas, referido rol mostra-se apenas exemplificativo, sendo perfeitamente possível a concessão de tutela de evidência, mesmo em sede de liminar *inaudita altera parte* (ainda que nas hipóteses dos incisos I e IV do art. 311 – respectivamente: ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, o que justifica “inverter o ônus do tempo no processo”, e quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável). Embasar-se-á na gênese constitucional das tutelas de urgência, mesmo quando se tratar de liminar onde não ocorre a oitiva da parte contrária antes da concessão da medida.

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>60</sup> entende tratar-se do que na doutrina se tem chamado de *tutela de evidência sem urgência* ou *tutela de urgência pura*, que corresponde “à tutela de um direito que, de tão claro, impele a uma rápida prestação jurisdicional”. Adverte de contradição nos incisos do art. 311 – que sempre exige prova documental, tendo em vista que evidente é aquilo que, a rigor, não dependeria de prova.

Ainda, frisa que pode haver *evidência* e *urgência* na mesma hipótese (embora a última não seja decisiva para a concessão da liminar). Defende, entretanto, nada obstante a redação do art. 294 e parágrafo único (segundo o qual a tutela de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental), e embora o art. 304 do referido diploma refira-se apenas à hipótese prevista no art. 303 (antecipação dos efeitos da tutela fundada em *urgência*), que deve-se aplicar o regime ali referido – dedicado às tutelas satisfativas autônomas, também nas hipóteses do art. 311, no que couber.

---

<sup>60</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. Op. cit., p. 507 e 510.

Em caso contrário, permanecendo a distinção (ou discriminação ?), acabará o autor requerendo a tutela antecipada com base no art. 303, tão somente *alegando* haver urgência (ainda que esta exista em grau mínimo, ou seja virtualmente inexistente), apenas para viabilizar a incidência da regra prevista no art. 304, viabilizando-se, assim, a estabilização – ainda que em se tratando de hipótese em que suas alegações possam ser provadas apenas documentalmente e/ou houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em enunciado de súmula vinculante; de forma que, não havendo recurso pelo réu, a decisão concedida torna-se estável.

De todo modo, por lei, a estabilização se aplica, tão-somente, à hipótese de tutela antecipada em caráter antecedente (art. 304), não admitindo interpretação extensiva. Até porque quer parecer que, se pretende o autor demonstrar na petição ainda que em menor grau a existência de *urgência* cumulativa à *evidência*, o pedido de estabilização se mostraria incompatível com as hipóteses estritas dos incisos I a IV do art. 311, que, ainda, admitem concessão liminar tão-somente nas hipóteses dos incisos II (alegações de fato que possam ser comprovados documentalmente, e se houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante) e III (quando se trate de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada ao contrato de depósito), o que de plano afastaria, caso admitida, tal possibilidade nas demais hipóteses (incisos I e IV).

Não concordamos, portanto, com a afirmativa de que, para que possa o autor se valer dos efeitos da estabilização, basta que venha o autor a aduzir urgência concomitante com a evidência, ainda que a primeira em menor grau ou quase inexistente este. A evidência precisa ser devidamente comprovada nos exatos termos da hipótese específica do artigo 311 do CPC, e só admite concessão liminar nas hipóteses expressas em seu parágrafo único (incisos II e III), sob pena, s.m.j., de desvirtuamento do sistema. Não se duvida, também, que na prática todo e qualquer requerente estará sempre a alegar urgência, para tentar obter a tutela antecipada antecedente ou incidental, liminarmente.

LENIO LUIZ STRECK, LUCIO DELFINO e DIEGO CREVELIN DE SOUSA, em interessante artigo, questionam a constitucionalidade de algumas hipóteses de *tutela de evidência*. Referindo-se aos artigos 9º e 10º do Código de Processo Civil, onde este dispõe que o juiz não está autorizado a decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes o direito de se manifestar, ainda que se trate de matéria que deva decidir de ofício; e aquele restringe o âmbito de incidência da garantia do contraditório ao permitir decisões provisórias contra uma das partes, sem que seja ela previamente ouvida – concessão *inaudita altera parte*, em contraditório diferido; aduzem

que as hipóteses dos incisos II do artigo 9º e do parágrafo único do artigo 311 do CPC, encerram proteção deficiente da garantia do contraditório, razão porque eivados de inconstitucionalidade material.

Especialmente no que diz respeito ao inciso II do artigo 9º (que permite decisões *inaudita altera parte* nas hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311, II e III), e no que se aplica diretamente ao disposto no artigo 311, inciso II, entendem tratar-se de situação em que o legislador tentou legitimar uma relativização do contraditório, exigindo, além do lastro documental, a incidência de tese firmada em julgamentos de casos repetitivos ou súmula vinculante. Entretanto, apostou em hipótese fundada em *rasa compreensão* dos precedentes, como se portassem sentidos prontos e acabados, e, decididamente, estes não dispensam interpretação. Concluem que se chega ao extremo de conceder tutela provisória fundada em evidência sem a prévia oitiva do réu, graças a uma subversão da efetividade em eficiência.

No que tange à evidência proveniente de prova documental (CPC, artigo 311, II), descuro o legislador que mesmo aí as alegações de fato podem comportar múltiplas interpretações. Com frequência, o conteúdo documental atiza exegeses diversas, levando à instauração de litígios porque os contratantes alimentam impressões diferentes daquilo que reza o instrumento entabulado. Ademais, comumente documentos são impugnados por contraprovas que eliminam por completo sua força probante. Assim, se o direito não corre risco de lesão não se justifica a redução do contraditório, o que, *per se*, deslegitima a vulneração do contraditório prévio (...)

Decididamente, precedentes não dispensam interpretação. Eles sempre impelem o intérprete a apurar: i) a sua efetiva aplicação, dadas as semelhanças fático-jurídicas entre o caso anterior e o caso atual; e ii) se a norma a ele atribuída (*ratio decidendi*) está em conformidade com a legalidade constitucional. E não é trivial argumentar sobre distinção, superação ou inconstitucionalidade (ou ilegalidade) de precedentes, como vem relevando a prática judiciária brasileira, a reforçar a necessidade de franquear a manifestação do réu antes da decisão.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> STRECK, Lenio Luiz. DELFINO, Lúcio. SOUSA, Diego Crevelin de. *Tutela Provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade*. Revista Consultor Jurídico, 15 de maio de 2017, 6h39 <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contradito...>>

## **1.5 Requisitos à obtenção das tutelas cautelar e antecipada, segundo o CPC/2015 – Fungibilidade.**

Nos termos do art. 300, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Como afirma ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR<sup>62</sup>, aproximou-se no CPC, desta forma, os requisitos da tutela antecipada e cautelar, assim consideradas aquelas voltadas à urgência fática e jurídica para sua concessão: o *fumus boni iuris* (probabilidade do direito) e o *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo).

No mesmo sentido o Enunciado n. 143, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A redação do art. 300, *caput*, do CPC/2015, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.”

Tanto as tutelas de urgência antecipada ou cautelar podem ser requeridas e concedidas tanto em caráter antecedente como incidental no processo (art. 294, parágrafo único), podendo o magistrado exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte, por ventura, vier a sofrer, podendo ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la (art. 300, parágrafo 1º; art. 302 do CPC/2015).

### **1.5.1 Da Fungibilidade.**

O parágrafo único do art. 305 do CPC/2015 (que trata do procedimento cautelar requerido em caráter antecedente), dispõe que, caso o juiz entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

RAPHAEL ALMEIDA CORRÊA DA SILVA<sup>63</sup> aduz que o legislador do CPC perdeu uma excelente oportunidade de unificar o procedimento da tutela cautelar e da antecipada, haja vista que apesar de haver nítida aproximação procedimental entre as duas

<sup>62</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>63</sup> SILVA, Raphael Almeida Corrêa da. *A Tutela Provisória de urgência antecipada e antecedente e a estabilização como opção do requerente da medida. Op. cit.*, p. 64-66.

espécies de tutela de urgência, há dois aspectos que as diferenciam: a estabilização e o processo cautelar autônomo na hipótese de indeferimento do pedido de tutela cautelar formulado de forma antecedente. Por tais sucessos, o legislador teria mantido a fungibilidade das tutelas de urgência no dispositivo legal citado.

De todo modo, estar-se-á diante de fungibilidade de mão dupla, diante da homogeneização acerca do requisito da *probabilidade* das tutelas de urgência, de forma que deverá o magistrado adequar o pedido de urgência à tutela indicada, concedendo a que melhor se adegue ao caso em concreto. Neste sentido, cita DIDIER JR., no que ora se transcreve:

O CPC uniformiza os pressupostos necessários para concessão das tutelas de urgência e prevê um regime comum para sua concessão em caráter incidental. Institui, contudo, regimes diferenciados para a concessão das tutelas de urgência antecedentes: antecipada (satisfativa) e cautelar. (...) O legislador, ciente das dificuldades que podem surgir na diferenciação da tutela antecipada (satisfativa) e da tutela cautelar, foi cauteloso ao prever a fungibilidade dessas tutelas de urgência requeridas em caráter antecedente, exigindo a prévia e necessária adaptação procedimental. (...) Se o legislador admite essa fungibilidade progressiva (da cautelar para a satisfativa), deve-se admitir, por analogia, a *fungibilidade regressiva* da satisfativa para a cautelar (da mais para a menos agressiva e rigorosa). (...) Fica admitida, assim, uma *fungibilidade de mão dupla*, exigindo-se, contudo, que venha acompanhada da conversão do procedimento inadequado para aquele que é o adequado.<sup>64</sup>

### 1.5 Tutela Provisória e flexibilização procedimental.

Último aspecto a considerar, nesta breve análise quanto ao regime das Tutelas Provisórias no CPC/2015 – e que refletirá certamente nas demandas familiares, é o que diz respeito ao cabimento da flexibilização procedimental nesta seara.

Segundo o artigo 190 e parágrafo único do novo estatuto processual, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente em casos de nulidade ou de inserção abusiva

---

<sup>64</sup> SILVA, Raphael Almeida Corrêa da. *A Tutela Provisória de urgência antecipada e antecedente e a estabilização como opção do requerente da medida*. Op. cit., p. 65. Apud, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 616.

em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Como enuncia RICARDO VILLAS BOAS CUEVA<sup>65</sup>

No Brasil, o CPC/1973 não contemplava a flexibilização do procedimento, não obstante já existirem princípios implícitos, que decorrem do ordenamento, como o princípio da adequação e o princípio da adaptabilidade processual. Foi a partir deles e dos estudos de direito comparado, que o novo CPC, no art. 190, prevê a flexibilização do procedimento por meio de convenção entre as partes, que, em se tratando de direitos disponíveis, poderão “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. (...) A flexibilização do procedimento suscita, ainda, contudo, inúmeras perplexidades, pois rompe o paradigma do direito vigente, que atribui ao juiz o monopólio da direção do processo (art. 125 do CPC/1973), substituindo-o, em parte, por um modelo de gestão compartilhada de caráter aberto e de grande amplitude.

Segundo o mesmo autor, três são as condições específicas de validade das convenções processuais atípicas previstas no art. 190: a) o processo deve versar sobre direitos que admitam autocomposição; b) as partes devem ser plenamente capazes e; c) a convenção deve limitar-se aos ônus, aos poderes, às faculdades e aos deveres processuais das partes, podendo ser celebrada antes ou durante o processo. Lembra ainda que:

Sobre os direitos que admitem autocomposição, vale lembrar que o alcance de negócio jurídico processual atípico é maior do que aquele que pode ser objeto da convenção de arbitragem, circunscrita à solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, da Lei 9.307/1996), ao passo que os direitos autocomponíveis a que alude o *caput* do art. 190 incluem também os direitos indisponíveis que admitem transação.<sup>66</sup>

Nas demandas familiares comumente coexistem em litígio direitos indisponíveis e disponíveis, a ensejar, em tese e limitadamente, a realização de negócios jurídicos processuais.

No que diz respeito especificamente às tutelas provisórias, tem entendido a doutrina que é possível até obter-se a *estabilização* da tutela antecipada de urgência antecedente pela via do acordo, da negociação jurídica (CPC, art. 190) Pode-se inserir tanto no acordo (autor e

<sup>65</sup> DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). CABRAL, Antônio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios Processuais*. CUEVA, Ricardo Villas Boas. Artigo: Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo CPC. 2ª ed., Salvador, ed. JusPodivm: 2016, p. 500-501.

<sup>66</sup> DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). CABRAL, Antônio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios Processuais*. CUEVA, Ricardo Villas Boas. *Op. cit.*, p. 503.

réu), e mesmo em contrato; ajuizar a ação e requerer com base na cláusula do contrato. Mas nesse caso não precisará observar todos os requisitos necessários para a obtenção da estabilização, mas tão-somente os do artigo 190 do Código de Processo Civil.

### **1.6 A Tutela de Urgência na Jurisdição de Família – visão geral, à égide do atual Código de Processo Civil.**

LUIZ FUX<sup>67</sup>, em palestra proferida em reunião do Fórum Permanente sobre o Direito de Família no ano de 2000, já discorria no sentido de que a tutela de urgência está intimamente ligada à tutela dos direitos de família, na medida em que esse ramo versa sobre direitos fundamentais, direitos indisponíveis. Desta feita, já contemplava a tutela cautelar como sendo uma tutela capaz de ser manejada de ofício pelo juiz nas hipóteses relativas a direitos indisponíveis – notadamente aqueles concernentes aos menores e incapazes em geral. Reclamando como pressuposto indispensável o perigo da demora e a situação de perigo – *periculum in mora*, também se mostrou necessária a tutela cautelar diante de situações em que a parte exigisse um direito ao menos em tese verificável – *fumus boni iuris*; sem prejuízo das situações em que se vislumbra verdadeiramente um juízo de certeza ou verossimilhança, que fez surgir a tutela antecipada, nas hipóteses e requisitos inerentes. Em decorrência, os conceitos de tutela acautelatória e satisfativa (onde nesta última o que a parte quer é uma providência que resulte em algo prático que faça reverter o bem da vida), como ocorre, p. ex., na ação de alimentos provisionais (onde se quer a antecipação dos definitivos), na retirada do filho do poder dos pais - quando a sofrer castigo imoderado, na entrega de bens de uso pessoal do cônjuge. No âmbito cautelar, o juiz poderá se contentar com o *fumus boni iuris* – porque terá o processo principal para investigar a fundo se a parte tem direito ou não. Já não se pode conceder tutela antecipada (satisfativa) baseado em mero juízo de aparência, posto que antecipar uma satisfação com base em mero juízo de plausibilidade significa antecipar a execução – porque tutela antecipada significa execução antecipada.

---

<sup>67</sup> FUX, Luiz. *A Tutela de Urgência na Jurisdição de Família. Cautelares. Tutela Antecipada – Palestra proferida em 27/09/2000 na 24ª reunião do Fórum Permanente sobre o Direito de Família.* Rio de Janeiro, Rev. da EMERJ, v. 4, n. 14. 2001, p. 51-61.

## **CAPÍTULO 2: TUTELA PROVISÓRIA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - APLICABILIDADE E PECULIARIDADES NO SISTEMA DE PROTEÇÃO ÀS RELAÇÕES FAMILIARES.**

### **2.1 Das Ações de Família – Inovações procedimentais:**

Como anteriormente mencionado, uma das significativas inovações trazidas pela Lei n. 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil), foi a introdução de um capítulo específico no rol dos Procedimentos Especiais, destinados à regulamentação procedimental das denominadas “Das Ações de Família” (CPC, arts. 693 a 699), aplicáveis a todos os processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.<sup>68</sup>

Segundo a doutrina, estabelecendo o Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002) as normas de Direito pessoal e patrimonial que compõem o Direito de Família, em sentido amplo o catálogo das *ações de família* diverge do rol estrito trazido pelo artigo 693 do CPC, pois abarcaria todas as ações envolvendo as relações e situações jurídicas envolvendo matrimônio, união estável, parentesco, filiação, tutela e curatela, alimentos e bem de família. Logo, o rol do art. 693 do CPC não pode ser interpretado como exaustivo, pois poderá incidir sobre outras situações envolvendo relações familiares *lato sensu*.<sup>69</sup>

Ressalva importante constante ao parágrafo único do artigo 693 do novo Estatuto Processual Civil, é a que prevê a observância dos procedimentos específicos aplicáveis nas ações que versem sobre interesse de Criança e Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente) e nas ações de alimentos (Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968 – Lei de Alimentos de rito especial), onde a aplicação das normas previstas ao novo Código de Processo Civil será meramente subsidiária. Devem ainda ser observadas para o processamento das ações de família as normas processuais específicas, como as regras de competência de foro (CPC, art. 53, incisos I e II) – de forma que as ações deverão tramitar nos juízos especializados onde houverem, bem como exigência de segredo de justiça (CPC,

---

<sup>68</sup> **Art. 693.** As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

**Parágrafo único.** A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo. (grifos nossos).

<sup>69</sup> MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 16a. ed., São Paulo, ed. Atlas: 2016, p. 253-254.

art. 189, inc. II) e o dever de depor sobre determinados fatos (art. 388, parágrafo único). Dividiu ainda o CPC o procedimento a ser aplicado aos processos contenciosos (art. 694-699), daquele previsto como Procedimento Especial de Jurisdição Voluntária e aplicável ao Divórcio e Separação Consensuais, à Extinção Consensual da União Estável e à Alteração do Regime de Bens do Matrimônio (arts. 731 a 734).

Especial ênfase deu o novo estatuto processual, nas ações de família, para a busca de solução consensual para a resolução do litígio. Prevê assim em seu artigo 694 que nas ações de família serão empreendidos todos os esforços para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz contar com o auxílio de profissionais de outras área de conhecimento para a mediação e conciliação. Faz valer desta forma, norma fundamental prevista ao artigo 3º., parágrafos 2º. e 3º. do CPC, segundo os quais o Estado promoverá sempre que possível a solução consensual dos conflitos, sendo que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Deixa claro ser a *mediação* meio de auto-composição mais adequado para a busca da composição, pois na grande maioria dos casos das ações de família existiu “vínculo anterior entre as partes” (CPC, art. 165, parágrafos 2º. e 3º.).<sup>70</sup> Ainda segundo o CPC, pode o juiz a requerimento das partes, determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Diferentemente do que ocorre no procedimento comum, onde se ambas as partes manifestarem desinteresse na composição consensual a audiência de conciliação ou de mediação não será realizada (art. 334, parágrafo 4º., inciso I e parágrafo 5º.), nas ações de família a audiência de conciliação ou mediação é obrigatória, sempre sendo realizada. Outra novidade trazida pelo novo Estatuto Processual Civil é a possibilidade de *fracionamento* da audiência, inclusive com a designação de mais de um mediador ou conciliador (art. 168, parágrafo 3º.). Segundo ANTONIO CARLOS MARCATO<sup>71</sup>, decorrido o prazo máximo de dois meses da data da realização da primeira sessão e sendo infrutífera a tentativa de conciliação ou de mediação (art. 334, parágrafo 2º), dever-se-á adotar o procedimento comum para o trâmite do processo; o mesmo ocorrendo: a) quando o réu é citado pessoalmente e não comparece à audiência e nem constitui advogado para justificar sua ausência – pelo que deverá sofrer a multa do art. 334, parágrafo 8º., pela prática de ato atentatório à dignidade da

<sup>70</sup> DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral)/MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório*. 2a. ed., Salvador, ed. JusPodivm: 2016, p. 518-519.

<sup>71</sup> MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. Op. cit., p. 254.

justiça, e ter sua revelia decretada seguindo-se o procedimento comum (embora não seja permitido o julgamento antecipado do litígio (CPC, art. 355, inciso II), quando se tratando de direitos indisponíveis (art. 345, II); b) quando citado por edital não comparece e não possui advogado que o represente – determinando-se a intimação de defensor público para oferta de contestação e prática de atos processuais subsequentes; c) quando ingressa no processo já ofertando contestação, de forma que o procedimento converte-se imediatamente em comum; d) ou quando o réu comparece à audiência, que realizar-se-á salvo se ausente o autor, acompanhadas as partes por seus advogados ou defensores públicos (art. 695, parágrafo 4º), e como já mencionado, ainda que em audiência única, resulta infrutífera, devendo-se adotar o procedimento comum, observado o disposto no art. 335 do CPC (oferta posterior de Contestação, na forma do disposto nos arts. 335-342).

No que diz respeito à citação nas ações de família, trouxe o novo Código alteração relevante. Recebida a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação a ser realizada nos moldes e para fins do disposto ao artigo 694; que há de ser realizada com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência, onde as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos. A citação será feita na pessoa do réu (CPC, art. 695, parágrafo 3º.), sendo de regra admitido pelo novo estatuto processual que seja feita pelo correio (CPC, art. 246, I), ressalvadas as exceções previstas ao artigo 247, dentre estas, nas ações de estado e quando o citando for incapaz, ocasião em que será feita por intermédio de oficial de justiça.

O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo, a qualquer tempo (CPC, art.695, parágrafo 1º.), providência que, em tese, visa a desestimular a litigiosidade entre os envolvidos no conflito e estimular a autocomposição. Nada obstante, parte da nova doutrina têm questionado a possibilidade de ser dispensada a entrega da contrafé integral ao réu nas demandas familiares, como técnica processual e pelas justificativas mencionadas. ZULMAR DUARTE OLIVEIRA JUNIOR<sup>72</sup>, neste sentido, aduz que a publicidade inerente aos atos processuais determina que as partes tenham integral conhecimento dos mesmos, da mesma forma que o contraditório denota o dever de informação às partes sobre quais atividades processuais irão operar, da mesma forma que inviabilizam a própria atividade de mediação/conciliação, que exige o conhecimento sobre o

---

<sup>72</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. *Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. Artigo: A Contrafé nas “Ações de Família: Inconstitucionalidade do artigo 695, parágrafo 1º., do NCPC”*. 2ª ed., Salvador, ed. Juspodivm: 2016, p. 547-561.

litígio estratificado entre as partes, o que só se obtém mediante o retrato inicial deste descrito na inicial, afigurando-se inconstitucional, portanto, o retro-mencionado parágrafo 1º. do artigo 695 do CPC.

Não realizado o acordo, passarão a incidir as normas do procedimento comum, sendo intimado o réu pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, recebendo cópia da petição inicial e sendo-lhe facultado desde então ofertar contestação; ou, não tendo comparecido, sendo para tanto intimado nas formas já expostas.

Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz, e deverá ser ouvido previamente à homologação de eventual acordo.

## **2.2 Tutelas Provisórias nas Ações de Família – aplicabilidade.**

Prevê o artigo 695, *caput*, da Lei n. 13.105/2015 (CPC):

**Art. 695.** Recebida a petição inicial e, se for o caso, *tomadas as providências referentes à tutela provisória*, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

Como se pode observar, preocupou-se o legislador do CPC/2015, em prever expressamente o cabimento das medidas de Tutela Provisória na seara das ações de família, nos termos do disposto ao Livro V (Da Tutela Provisória), em seus artigos 294 a 311, do novo Estatuto Processual Civil.

O novo Código de Processo Civil trouxe em seu Livro V e dispositivos respectivos, acrescidos do disposto ao artigo 1.059 (Tutela Provisória requerida contra a Fazenda Pública), novo panorama ao que se passou a denominar de Tutela Provisória, em substituição às disposições que previam a existência do denominado “Processo Cautelar” (CPC/73, arts. 796-889) e ao instituto da “Antecipação de Tutela (CPC/73, art. 273), da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Em especial no que se refere às demandas familiares, diversas eram as medidas cautelares a estas aplicáveis, fossem decorrentes do exercício do “Poder Geral de Cautela” em sede de cautelares inominadas (CPC/73, art. 798), fosse mediante o exercício dos Procedimentos Cautelares Específicos (CPC/73, arts. 813-887; p. ex.: arrolamento, arresto e sequestro de bens, etc.). Destacava-se a aplicação nas demandas familiares, das denominadas

“De outras medidas provisionais” (CPC/73, arts. 888-889), em especial os pedidos formulados inclusive em caráter liminar, destinados a regulamentar a posse provisória de filhos nos casos de separação judicial ou anulação de casamento, a guarda e a educação dos filhos, o direito de visita e o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente pelos pais, tutores ou curadores, a assegurar a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos, a permitir o afastamento de menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais e o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

Insta saber como se dará a aplicação das novas regras atinentes à Tutela Provisória tal qual erigidas no novo CPC, do cabimento de eventual sistematização a respeito, bem como de sua (in)compatibilidade para com o sistema de proteção à criança e às relações familiares. Como leciona MARIA CECÍLIA DE ARAÚJO ASPERTI<sup>73</sup>, as tutelas de urgência (sem prejuízo das de evidência) em direito de família ganham contornos muito mais expressivos pela própria necessidade de reconstrução familiar imediata e de toda a complexidade de problemas surgidos no campo fático, a justificar a busca de uma ressignificação desta nova tendência instrumental, restando saber se a modelagem processual adotada pelo CPC/2015 será mais adequada ao tratamento judicial de conflitos de família que as demandem – dadas suas peculiaridades e repercussões, de como será sua aplicação, e se essas normas trarão maior efetividade à solução de situações emergenciais.

No mesmo sentido, segundo MÔNICA CECÍLIO RODRIGUES<sup>74</sup>, haverá uma necessidade de *adequação de tutelas*, de forma que, como poderá acontecer uma interpretação ambígua, deverão os Tribunais decidir qual das medidas previstas como de tutela provisória será a mais adequada para a solução do caso concreto, de forma a identificar qual a técnica processual mais eficaz, segura e legal para a aplicação. Lembrando ainda referida autora, as medidas de tutela provisória previstas nos artigos 294 a 311 do CPC, podem se mostrar melhores para o autor do que as previstas nos procedimentos especiais, e suas respectivas técnicas.

Ainda adverte MARIA CECÍLIA DE ARAÚJO ASPERTI<sup>75</sup>:

---

<sup>73</sup> DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). TARTUCE, Fernanda. MAZZEI, Rodrigo. CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coordenadores). *Família e Sucessões – Coleção Repercussões do Novo CPC v. 15*. ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Artigo: *Processo e Conflito: os desafios da efetivação das tutelas provisórias em conflitos de família e o Código de Processo Civil de 2015*. Salvador, ed. JusPodivm: 2016, p. 249-273.

<sup>74</sup> SANTANA, Alexandre Ávalo. ANDRADE NETO, José de. *Novo CPC – Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. RODRIGUES, Mônica Cecílio. Comentário: *VIII. Das Ações de Família (arts. 693-699) e das Tutelas Provisórias no novo Código de Processo Civil*. Campo Grande, ed. Contemplan: 2016, p. 556-561.

<sup>75</sup> DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). TARTUCE, Fernanda. MAZZEI, Rodrigo. CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coordenadores). *Família e Sucessões – Coleção Repercussões do Novo CPC v. 15*. ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Op. cit.*, p. 250.

O conflito familiar é policêntrico e multifacetado, desenvolvendo-se no seio de relacionamentos complexos, pessoais e continuados. Dificilmente esses conflitos circunscrevem-se a um relacionamento interpartes, afetando terceiros que não são necessariamente partes legítimas para figurar em um dos pólos da lide judicial, como os demais familiares que convivem com as partes em conflito. (...). Esses elementos característicos dos conflitos de família – subjetividade e relacionamentos continuados, ampla esfera de terceiros interessados (ainda que seu interesse não seja jurídico), repercussão sobre a esfera de direitos e interesses de crianças e adolescentes e influência de valores e realidades em constante mudança – fazem com que institutos de direito processual civil, pensados originariamente para conflitos cíveis interindividuais que versem tipicamente sobre direitos disponíveis, sejam necessariamente repensados. Com relação às tutelas de urgência e a sua efetivação, as peculiaridades dos conflitos de família também se fazem sentir.

### **2.3 Dos procedimentos específicos.**

Como já abordado, ressalva importante constante ao parágrafo único do artigo 693 do novo Estatuto Processual Civil, é a que prevê a observância dos procedimentos específicos aplicáveis nas ações que versem sobre interesse de Criança e Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente) e nas ações de alimentos (Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968 – Lei de Alimentos de rito especial), onde a aplicação das normas previstas ao novo Código de Processo Civil será meramente subsidiária. O mesmo se aplica, portanto, no que diz respeito às tutelas provisórias, ora baseadas em urgência ora em evidência.

Adquire especial importância, ainda, no sistema de proteção às relações familiares, a aplicação da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006), notadamente em seu Capítulo II – Das Medidas Protetivas de Urgência (arts. 18 a 22). Nestes, destaca-se a medida protetiva de “afastamento do lar” do agressor, que até então convivia com a ofendida no mesmo lar, domicílio ou local de convivência.

#### 2.3.1 Dos Alimentos pelo rito especial da Lei n. 5.478/68 e o CPC/2015.

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY lecionam, ao definir *Alimentos*

1. Alimentos. Conceito jurídico que caracteriza tudo aquilo de que alguém necessita para sobreviver, exteriorizado em prestações que o alimentante deve ao alimentado com a finalidade precípua de garantir-lhe a sobrevivência. 2. Natureza dos alimentos. Dependendo da natureza da relação jurídica que une alimentante e alimentado, os alimentos podem ser naturais ou civis. Os primeiros, também denominados *necessários*, destinam-se a prover as necessidades básicas do alimentado; os segundos, também denominados *côngruos*, visam a manter, dentro de determinados padrões, a qualidade de vida do alimentando, até igualá-lo ao patamar que se reputa desejável à recuperação e à conservação de seu *status* social.<sup>76</sup>

ARLETE INÊS AURELLI<sup>77</sup>, diferencia alimentos *provisórios* de alimentos *provisionais*:

Alimentos provisionais – podem ser pleiteados por quem não tem prova pré-constituída de sua qualidade de credor. A cautelar será concedida em virtude das provas do *periculum* e do *fumus* demonstradas pelo exequente. É acessório de outro processo. É preventivo. Não é definitivo.

Alimentos provisórios – são aqueles obtidos liminarmente na própria ação de alimentos em rito especial (LA, art. 4º). Nesse caso, deve haver prova constituída da qualidade de credor. O *fumus* é bem mais robusto, portanto.

ORLANDO GOMES, por sua vez, assim os define:

*Alimentos* são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão-somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada. Na primeira dimensão, os *alimentos* limitam-se ao *necessarium vitae*; na segunda, compreendem o *necessarium personae*. Os primeiros chamam-se alimentos *naturais*, os outros, *civis* ou *côngruos*.

A obrigação *alimentar* pode resultar: *a)* da *lei*, pelo fato de existir, entre pessoas determinadas, um vínculo de família; *b)* de *testamento*, mediante *legado*; *c)* de *sentença judicial* condenatória do pagamento de indenização para ressarcir danos provenientes de *ato ilícito*; *d)* de *contrato*.<sup>78</sup>

Chamam-se *naturais*, desta forma, os alimentos que se destinam a prover as necessidades vitais da pessoa (sustento, habitação, vestuário, etc.), enquanto *civis* ou *côngruos* são aqueles que tem por fim atender a necessidades outras como educação, lazer e trato social. Dizem-se, ainda, *provisórios*, quando fixados no início da lide até que se decida sobre o seu

<sup>76</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2013, p. 1355-1356.

<sup>77</sup> BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 318 a 538 – Parte Especial*. São Paulo, ed. Saraiva Jur: 2017, v. 2, p. 732.

<sup>78</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11ª ed., ed. Revista Forense, Rio de Janeiro: 1999, p. 427.

exato montante, e *definitivos*, quando fixados por sentença. Podem ser prestados *in natura* (pecúnia) ou mediante fornecimento de gêneros indispensáveis ao alimentando.<sup>79</sup>

No que diz respeito a Alimentos, há que se distinguir aqueles concedidos como *provisórios* (e que são objeto da Lei n. 5.478/68), daqueles denominados *provisionais* – concedidos provisoriamente ao alimentário, antes ou no curso da lide principal, no pressuposto de que são concedidos também para atender às despesas do processo, são chamados *alimenta in litem*, *provisão ad litem* ou *expensa litis*.<sup>80</sup>

Os Alimentos *Provisórios* têm por objeto a concessão dos alimentos denominados *civis* ou *côngruos*, e são concedidos mediante ação que se processa pelo rito especial da lei n. 5.478, de 15 de julho de 1968, consistindo, no entender de LUIZ FERNANDO RODRIGUES<sup>81</sup>, *na mais típica concessão de tutela antecipada no direito de família*, tendo em vista que, uma vez outorgados, se atende integralmente a causa de pedir da ação de alimentos, de caráter satisfativo e não sujeitos à repetição, caso haja modificação da liminar que os concedeu. Exige para sua obtenção a demonstração pelo autor da presença dos requisitos previstos ao obrigação alimentar do devedor, e quanto este ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe. Segundo o parágrafo único de referido dispositivo legal (art. 2º., da Lei 5.478/68), dispensar-se-á a produção inicial de documentos probatórios, quando existente em notas, registros, repartições ou estabelecimentos públicos e ocorrer impedimento ou demora em extrair certidões – sendo que os documentos públicos ficam isentos de reconhecimento de firma; ou quando estiverem em poder do obrigado ou de terceiro residente em lugar incerto e não sabido.

Presentes os requisitos legais, em ação de rito especial, que independe de prévia distribuição e de anterior concessão do benefício da gratuidade (art. 1º.), e que permite que o credor se dirija ao juiz pessoalmente ou por intermédio de advogado mediante pedido escrito com os requisitos legais (art. 3º.), o magistrado, ao despachar o pedido, *fixará desde logo alimentos provisórios* a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita. Em se tratando de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge casado pelo regime de comunhão universal de bens, o juiz determinará que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor. Os alimentos provisórios serão devidos até decisão final, inclusive o julgamento de recurso

---

<sup>79</sup> COVELLO, Sérgio Carlos. *Ação de Alimentos*. 2ª ed., São Paulo, Edição Universitária de Direito: 1992, p. 3-4.

<sup>80</sup> CAHALI, Youssef Said. *Dos Alimentos*. 1ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 1987, p. 545.

<sup>81</sup> RODRIGUES, Luiz Fernando. *Tutela de Urgência no Direito de Família*. Dissertação de Mestrado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2005, p. 170.

extraordinário (art. 13, parágrafo 3º.), retroagem à data da citação (parágrafo 2º.) e poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, em pedido processado em apartado (parágrafo 1º.). A decisão judicial final sobre alimentos *não transita em julgado*, e pode ser revista a qualquer tempo, em face da modificação da situação financeira dos interessados (art. 15), passíveis de execução em caso de descumprimento, ainda que se tratando de decisão provisória (CPC, art. 515, inciso I), nos termos do procedimento previsto ao artigo 528 a 533, do atual Estatuto Processual Civil (que trata do Cumprimento de Sentença que reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Prestar Alimentos, processando-se o cumprimento provisório da mesma forma que o definitivo – CPC, art. 520).

Fixados os alimentos provisórios, o devedor será cientificado mediante comunicação que será feita por registro postal e com aviso de recebimento, importando tal ato em citação (art. 5º., parágrafo 2º., da Lei n. 5.478/68), que conterà via da petição ou do termo, juntamente com cópia do despacho do juiz, e a comunicação do dia e hora da realização da audiência de conciliação e julgamento. Caso se furte ou crie embaraços a receber citação, ou não for encontrado, a citação poderá efetivar-se por intermédio de oficial de justiça, servindo de mandado a terceira via da petição ou do termo (art. 5º., parágrafo 3º.). Inviabilizada a citação por quaisquer dos modos anteriormente citados, será realizada a citação por edital, nos termos dos parágrafos 4º. a 5º., da Lei n. 5.478/68.

O não comparecimento do autor determina o arquivamento do pedido, e a ausência do réu importa em revelia, além de confissão quanto à matéria de fato (art. 7º. da lei n. 5.478/68).

Em se considerando a aplicação meramente subsidiária das normas previstas ao novo Código de Processo Civil em referida ação, é de se considerar algumas *similitudes* e *diferenças* para com o procedimento previsto para as Ações de Família (CPC, arts. 693-699).

Diante de sua natureza satisfativa, parece inegável afirmar-se que se trata de nítida hipótese de *antecipação de tutela* no direito de família, nada obstante a impossibilidade de exigir-se a repetição dos valores pagos, caso haja modificação ou revogação futura da liminar que os concedeu (Lei n. 5.478/68, art. 13, parágrafo 1º.; CPC, art. 296, *caput*), decisão esta que deverá ser sempre fundamentada, tais quais as decisões que as negam ou concedem (art. 298). Desta forma, entra em choque aparente com a vedação à concessão de tutela de urgência de natureza antecipada em caso de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, diante da excepcionalidade dos motivos que a autorizam e permitindo-se sua concessão sem exigência ou prestação de caução (CPC, art. 520, IV), diante de sua natureza alimentar e independentemente de sua origem (art. 521), nada obstante possa a exigência de caução ser

mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 521, I e parágrafo único).

Não sendo possível a satisfação do débito mediante desconto em folha de pagamento do devedor (Lei n. 5.478/68, arts. 16-17; CPC, arts. 529 e 912), poderá o exequente valer-se da execução da decisão judicial – ainda que provisória, se o caso mediante responsabilidade pessoal e possibilidade de prisão civil do devedor ou expropriação patrimonial do devedor (Lei n. 5.478/68, art. 18; CPC, art. 528, parágrafos 7º. e 8º.).

Confirmada a final sentença a obrigação alimentar imposta ao devedor, e da mesma interposta recurso de apelação desprovido de efeito suspensivo (CPC, art. 1012, parágrafo 1º., I; art. 14 da Lei n. 5.478/68), ou impugnado em sede deste recurso apenas capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória, na sua subsistência poderá a parte interessada promover a execução dos alimentos provisórios, que se processarão em autos apartados (CPC, art. 531, parágrafo 1º.). A concessão de efeito suspensivo à apelação não obsta a que o exequente levante mensalmente a prestação (CPC, art. 528, parágrafo 8º.), o que se coaduna com o disposto ao parágrafo 3º. do artigo 13 da Lei n. 5.478/68, segundo o qual os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário. O cumprimento definitivo dar-se-á nos mesmos autos em que proferida a sentença (CPC, art. 531, parágrafo 2º; Lei n. 5.478/68, art. 18, que se reporta parcialmente ao art. 735 do revogado CPC/73, sem correspondência no atual estatuto processual).

Interessante ponto a se considerar, é de eventual compatibilidade entre o disposto no artigo 19, *caput*, da Lei n. 5.478/68, com o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015. Sem prejuízo da possibilidade de prisão civil do devedor na execução de decisão judicial concessiva de alimentos, em caráter provisório ou definitivo, prevê o novo Estatuto Processual dispositivo que não encontrava correspondência no revogado CPC/73, qual seja, o artigo 139, inciso IV do NCPC, no que se tem denominado de “Poder Geral de Efetivação do Juiz”, permitindo-se a utilização por este de meios executivos atípicos. Com efeito, na redação do retro-mencionado artigo 19, *caput*, da Lei de Alimentos, há expressa previsão no sentido de que o juiz poderá, na execução da sentença ou do acordo, tomar todas as providências necessárias para o seu cumprimento. Na redação do artigo 139 do CPC/2015, situado no Capítulo I (Dos Poderes, dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz) do Título IV (Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça), em seu inciso IV prevê-se incumbir ao juiz na direção do processo, dentre outras medidas: “*IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-*

*rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.”.*

Afigura-se plausível, desta forma, que nas Ações de Alimentos sob o rito especial da Lei n. 5.478/68, para fins de obrigar-se o devedor ao cumprimento de decisão concessiva de obrigação alimentar, tanto em sede de tutela provisória e alimentos fixados em caráter liminar e mediante cognição sumária, como naqueles fixados a final decisão e em cognição exauriente; que para fins de efetivar-se o comando previsto na mencionada Lei de Alimentos em seu artigo 19, *caput*, dispõe agora o juiz de nova ferramenta destinada a assegurar o cumprimento da ordem judicial, mediante determinação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. É neste sentido que têm veiculado os noticiários correntes, segundo o qual alguns juízes têm determinado a apreensão de CNH – Carteira Nacional de Habilitação, Passaporte e até CPF – Cadastro de Pessoas Físicas, dentre outros exemplos, de devedores contumazes de alimentos, para forçá-los ao cumprimento da obrigação, sem prejuízo das outras medidas cabíveis e previstas em lei, dentre elas a prisão. Como têm decidido os Tribunais há, entretanto, limites a serem observados, em qualquer hipótese.<sup>82</sup>

Embora aparentemente temerárias algumas destas medidas executivas atípicas, que se têm revelado extremas, não se pode lhes afastar a aplicabilidade, também na seara das ações de família, que deve, entretanto, observar a casuística e nortear-se pela coerência. É neste sentido que alertam NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE

---

<sup>82</sup> “HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO E APREENSÃO DE PASSAPORTE E CNH. MEDIDAS ASSECUTÓRIAS DO CUMPRIMENTO DE COMANDO JUDICIAL. ART. 139, IV, NCPC. PREJUÍZO AO DIREITO DE IR E VIR DO PACIENTE. 1. Atento à efetividade que se espera do processo judicial, o legislador do Novo Código de Processo Civil, no art. 139, IV, do referido diploma, dilatou os poderes do juiz, na medida em que, na condução do processo, deverá “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. 2. Muito embora as cláusulas gerais como aquela trazida pelo art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015 sejam abstratas e genéricas, porque se utilizam propositalmente de conceitos indeterminados para lhes permitir maior alcance, sua concretude deve ser extraída do próprio litígio enfrentado pelo Juiz, que, dessa forma, não está autorizado a implementar toda e qualquer providência porventura requerida pela parte interessada no cumprimento da obrigação. 3. Não há como afastar a conclusão de que a suspensão e apreensão do passaporte e da CNH da devedora afigura-se demasiadamente gravosa, pois à sua intensidade não correspondente a relevância do bem jurídico que se pretende tutelar com a satisfação da execução. 4. A medida, ademais, importa em violação ao direito de ir e vir da paciente, retirando-lhe o direito de livremente se locomover. Igual consequência decorre da apreensão do passaporte. Não se afigura razoável sacrificar o direito constitucional de liberdade de locomoção em favor da satisfação de crédito que sequer tem natureza alimentar. Diante do constrangimento ilegal imposto à devedora, justifica-se a concessão da ordem pleiteada. 5. Na verdade, medidas dessa natureza não têm adequação ao fim a que se destina, ou seja, não são capazes de satisfazer o crédito. Representam exclusivamente coação à pessoa do devedor, incompatível com a moderna concepção da obrigação, consubstanciada na responsabilidade exclusivamente patrimonial do devedor, e divorciada da garantia constitucional da liberdade e a proibição da prisão do devedor e, conseqüentemente, de todo e qualquer meio de obter a satisfação da obrigação mediante a violação de direitos fundamentais da pessoa, que não podem ser sacrificados sem observância ao princípio da proporcionalidade. Ordem concedida.” (TJSP, HC nº 2018359-71.2017.8.26.0000/SP, 2ª Câmara Reserv. Dir. Empresarial, Relator Des. Carlos Alberto Garbi, j. 15/03/2017. v.u.)

NERY, quando afirmam que o desvio que macularia o poder de mando prescrito ao artigo 139 inciso IV, é a a arrogância, que pode tornar abusivo o mando, pois o poder da autoridade não é absoluto.

A direção do processo implica o exercício do poder e de autoridade sobre as partes, os intervenientes e os auxiliares da Justiça, no processo. O governo dessas relações dá-se durante os atos procedimentais, com a emissão de ordens e a regência e controle do que se passa no processo. Para tanto, o texto normativo no-lo diz, pode o juiz exercer o poder procedendo por raciocínio indutivo, obrigar as partes e os sujeitos da relação processual aos comandos que irradiam de sua autoridade, mesmo que esteja provisoriamente no exercício do poder, por ter assumido o lugar de outra autoridade de igual poder. O desvio que macularia o poder de mando é a arrogância, que pode tornar absoluto o mando, pois o poder da autoridade não é absoluto.<sup>83</sup>

Admitida a aplicação destas medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas em qualquer obrigação cumprimento de sentença – ou de decisão prolatada em sede de tutela provisória e em caráter liminar, mediante cognição sumária; ou em execução de título extrajudicial, não se pode descurar que estas serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas (no caso, a possibilidade de prisão civil quando a hipótese, ou expropriação patrimonial), com observância do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão devidamente fundamentada.<sup>84</sup>

Em estrita interpretação do inciso IV do artigo 139 do CPC/2015 se revela importante não confundir a natureza jurídica de *antecipação de tutela* da decisão que concede o pleito alimentar em caráter liminar nas ações sob o rito especial da Lei n. 5.478/68; com a possibilidade de concessão *ex officio* das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para *assegurar* (portanto, de natureza *cautelar*) o cumprimento da ordem judicial proferida no processo de conhecimento ou de execução, no caso, de natureza alimentar. Tanto que a parte final de referido dispositivo legal denuncia seu cabimento e aplicabilidade, inclusive, nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Desta feita, não pode o magistrado, por este dispositivo, realizar medidas de urgência satisfativas

<sup>83</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015: pgs. 583-584.

<sup>84</sup> FPPC, Enunciado 12: A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, parágrafo 1º., I e II [do CPC/2015].

(antecipação dos efeitos da tutela) – que dependem de requerimento da parte<sup>85</sup>, como regra; mas *de ofício* pode determinar as medidas cautelares descritas ao inciso IV do artigo 139 do NCPC, de cunho eminentemente assecuratório, em se tratando de exercício de *Poder Geral de Cautela*.<sup>86</sup>

No Código de Processo Civil de 1.973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1.973), as medidas de apoio à efetivação encontravam-se limitadas às técnicas processuais voltadas à tutela de obrigação de fazer e de não fazer (CPC/73, art.461, parágrafo 5º.)<sup>87</sup>, e de entrega da coisa (CPC/73, art. 461-A, parágrafo 3º.)<sup>88</sup>.

Ainda, segundo a lição de ROBERTO SAMPAIO CONTREIRAS DE ALMEIDA<sup>89</sup>, quanto aos poderes do juiz descritos no inciso IV do artigo 139 do CPC:

Como tais poderes encerram cláusula geral e diante da atipicidade de tais medidas, o juiz deve avaliar, de acordo com o caso concreto, a técnica mais adequada a ser aplicada, valendo-se do princípio da proporcionalidade, de modo que, dentre as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias, decida com base nos seguintes subprincípios apontados por Marcelo Lima Guerra ao tratar do art. 461 do CPC/1973, mas aplicáveis a técnicas processuais, em geral, de efetivação das decisões judiciais: i) da *adequação*, no sentido de que haja a real possibilidade concreta de que o uso da medida leve ao cumprimento específico; ii) da *exigibilidade*, segundo o qual a medida escolhida pelo juiz deve resultar o menor prejuízo possível ao devedor, dentro do estritamente necessário para que se atinja efetivação buscada; e iii) da *proporcionalidade* em sentido estrito, segundo o qual o magistrado, antes de eleger a medida, sopesa as vantagens e desvantagens de sua aplicação, buscando a solução que melhor atenda aos valores em conflito (Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 127).

Observadas tais premissas, de todo plausível a adoção pelo juiz também na Ação de Alimentos pelo rito da Lei n. 5.478/68, dos poderes decorrentes do *Poder Geral de Cautela* previstos no artigo 139, inciso IV, do CPC; ainda que *ex officio* e sem incorrer em qualquer espécie de desvio ou excesso, observado o princípio da proporcionalidade e as técnicas

<sup>85</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3a. ed., São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2015, p. 241.

<sup>86</sup> FPPC, Enunciado 31: O poder geral de cautela está mantido no CPC [2015].

<sup>87</sup> **CPC/73, art. 461, parágrafo 5º.** Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

<sup>88</sup> **CPC/73, art. 461-A, parágrafo 3o.** Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos parágrafos 1o. a 6o. do art. 461.

<sup>89</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. *Comentário: Dos Poderes dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz*. São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2015, pgs. 446-464.

processuais mencionadas. Ressalva o último autor citado, que apesar do caráter de urgência que as medidas de apoio à efetivação das ordens judiciais possam ter e da possibilidade de restrição de direitos que possam gerar, que não há hipótese de cabimento de recurso de agravo de instrumento (CPC, art. 1015; em rol estrito) contra estas, salvo se tais medidas versarem sobre tutelas provisórias ou sobre o mérito da causa.

Quanto à forma pela qual o devedor será cientificado do ajuizamento da ação pelo rito especial, e da liminar concessiva de alimentos contra este concedida, parece haver coerência entre os procedimentos previstos na Lei n. 5.478/68 e o CPC/2015. Regula o artigo 5º e parágrafos 2º a 5º da lei específica alimentar, que a comunicação se dará *mediante registro postal* que importa em citação, sem prejuízo de, no seu insucesso, proceder-se à citação pessoal por meio de oficial de justiça, ou por edital; observado, ainda, o disposto nos artigos 236, *caput*, parágrafos 1º e 2º, e 237, I, II e III do atual Estatuto Processual Civil (cartas precatória, de ordem, ou rogatória). O CPC/2015, em seu artigo 246 impõe como regra geral que a citação se perfaça pelo correio (inciso I), ressalva feita às limitações previstas ao artigo 247, em especial a que veda a citação pelo correio nas *ações de estado e quando o citando for incapaz* (CPC, art. 247, incisos I e II).

Por sua vez, no procedimento que regula as *ações de família*, prevê o Estatuto processual que a citação será feita na pessoa do réu e por mandado, como faz expressa menção o parágrafo 1º do art. 695, ressaltando NELSON NERY JR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, a necessidade de que seja realizada com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência de mediação e conciliação, e o mandado, que conterá apenas o estritamente necessário para a sua identificação.

Parágrafos 1º a 3º. **3. Citação.** O procedimento das ações de família tem pequeníssimas diferença em relação ao procedimento comum. O prazo de antecedência para a citação do réu, já visto, é uma delas. Outra é a estrutura do mandado de citação: por razões de resguardo da intimidade do réu – o que justifica, também, conforme o caso, o segredo de justiça -, é preferível que o mandado contenha apenas o estritamente necessário para a sua identificação.<sup>90</sup>

Na audiência de conciliação e julgamento designada, da qual já foram intimadas as partes na forma prevista na lei alimentar – o autor no ato de recebimento da petição ou da lavratura do termo, e o réu por ocasião da comunicação que lhe foi expedida, com a cópia da petição ou termo e o despacho do juiz; em que deverão *ambas* se fazer presentes

<sup>90</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 1.515.

independentemente de nova intimação e de comparecimento de seus representantes (Lei n. 5.478/68, art. 6º); como já foi mencionado, o não comparecimento do autor determina o arquivamento do pedido, e a ausência do réu importa em revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. Note-se que nas ações pelo rito da Lei n. 5.478/68, o réu/demandado continua a receber a comunicação acompanhada de cópia integral da petição inicial ou termo, e o despacho do juiz, não se aplicando à lei específica, o disposto no parágrafo 1º do artigo 695 do CPC (ausência de contrafé).

No procedimento previsto para as ações de família (CPC, arts. 695-699), cuja realização é *obrigatória* (não se admitindo desta renúncia pelas partes – NCPC, art. 5º), o não comparecimento injustificado do autor e do réu será considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (art. 334, parágrafo 8º). Em comparecendo as partes, segundo ANTONIO CARLOS MARCATO<sup>91</sup>, decorrido o prazo máximo de dois meses da data da realização da primeira sessão e sendo infrutífera a tentativa de conciliação ou de mediação (art. 334, parágrafo 2º), dever-se-á adotar o procedimento comum para o trâmite do processo (art. 697). De todo modo, a audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito (art. 696).

### 2.3.2. Dos Alimentos Provisionais.

Alimentos *provisionais*, como já mencionados, são aqueles concedidos provisoriamente ao alimentando, antes ou no curso da lide principal, no pressuposto de lhe atender à satisfação dos alimentos *naturais*, quais sejam aqueles que se destinam a prover as necessidades vitais da pessoa (alimentação, cura, habitação, vestuário, etc.), bem como às despesas do processo.<sup>92</sup>

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13/105/2015), não traz em seu contexto norma expressa que preveja a figura dos alimentos provisionais, haja vista em seu Livro V –

<sup>91</sup> MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. Op. cit., p. 256-257.

<sup>92</sup> **CPC/73. Art. 852.** É lícito pedir alimentos provisionais: I – nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges; II – nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial; III – nos demais casos expressos em lei. **Parágrafo único.** No caso previsto no n. I deste artigo, a prestação alimentícia devida ao requerente abrange, além do que necessitar para sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda.”

Da Tutela Provisória (arts. 294-311), tenha estabelecido novo regime jurídico às tutelas de urgência e de evidência, em substituição ao revogado Livro III - Do Processo Cautelar (arts. 796-889), do antigo estatuto processual civil.

Com efeito, os *alimentos provisionais* figuraram no revogado CPC/73, como medida cautelar típica - prevista em seus artigos 852-854, muito embora não necessariamente se identificasse com os demais provimentos cautelares então previstos, dada sua finalidade. Neste sentido, a doutrina:

A medida é provisional, no sentido de regulação provisória de uma situação processual vinculada ao objeto da própria demanda, de cognição sumária e incompleta, visando a preservação de um estado momentâneo de assistência. Adverte Ovídio Baptista da Silva que, nem tudo o que é provisório é cautelar, assim como nem tudo o que é cautelar é provisório; há casos em que a proteção cautelar é pedida por quem não pretende, jamais, litigar sobre a relação jurídica assegurada, nem mesmo promete postular uma futura demanda de *acerto*, de modo definitivo e exauriente, em cognição de maior profundidade (eficácia capaz de produzir coisa julgada material), o juízo de mera probabilidade (*fumus boni iuris*) que fundamentou a proteção cautelar.<sup>93</sup>

Indaga-se se referido instituto sobrevive, à luz do novo Código de Processo Civil e embora a ausência de previsão legal.

Ressalte-se, por primeiro, que embora sua natureza cautelar no revogado estatuto processual, é inegável sua feição antecipatória diante da natureza satisfativa dos alimentos que se pretende. É o que ARAKEN DE ASSIS<sup>94</sup> classifica como *medidas de urgência satisfativas provisionais*, assim consideradas as que satisfazem o direito litigioso no plano do direito material, mas surtem efeitos provisórios. E, embora satisfaça, é reversível – em não subsistindo os motivos de sua concessão.

O mesmo critério objetivo-finalístico (sobrevivência do cônjuge) sempre justificou a possibilidade deste utilizar-se tanto da Ação de Alimentos pelo rito especial da Lei n. 5.478/68 (art. 4º, parágrafo único – alimentos provisórios em favor de cônjuge casado pelo regime de comunhão universal de bens, de forma que lhe seja entregue mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns), como da hipótese específica do artigo 852, inciso I do revogado CPC/73. Mesmo em sede penal se reconhece à ex-virago o direito aos alimentos provisórios ou provisionais, em se destinando estes à sua sobrevivência.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. *Op. cit.*, p. 545.

<sup>94</sup> ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – Volume II – tomo II*. *Op. cit.*, p. 383.

<sup>95</sup> LEI MARIA DA PENHA. MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. Alimentos provisórios. Indeferimento. Embasamento em

Daí a lição de YUSSEF SAID CAHALI:

Extraem-se da doutrina as características dos alimentos provisionais: representam uma entidade cautelar autônoma, a que corresponde uma forma de prestação jurisdicional específica; a sua concessão não antecipa os efeitos da decisão definitiva da lide; a decisão provisional e a sentença definitiva não terão necessariamente o mesmo conteúdo, uma vez que se fundam em pressupostos diversos de direito material; como direito autônomo, sua finalidade não é a prevenção de um dano jurídico, sob perigo de risco pela dilação, pois consubstanciam prestação jurisdicional satisfativa de uma pretensão, e não uma simples segurança dessa mesma pretensão; bastante por si, não têm função instrumentária de outro processo, na medida em que representam o resultado final de um processo definitivo; embora resguardem a parte contra os efeitos da morosidade da lide principal, não se confundem com aquelas medidas cautelares que buscam a preservação da utilidade prática da sentença definitiva; representam, na essência, uma antecipação satisfativa e não meramente assecuratória do resultado final; de cognição sumária e incompleta, são deferidos em razão do direito material, vinculando-se a sua natureza provisória à sua acessoriedade em relação ao processo principal, em função do provimento definitivo da cognição plena.<sup>96</sup>

*O direito a alimentos – sejam provisórios, provisionais ou definitivos*, a gerar quanto aos primeiros a indistinção quase generalizada na doutrina e jurisprudência a respeito, com reflexos nos planos doutrinário e no exercício prático dos direitos como anteriormente noticiado, encontra berço constitucional e infra-constitucional, a afastar qualquer possibilidade de sua supressão, e a assegurar que, não obstante eventual omissão legislativa procedimental a respeito, venha o direito material a ser assegurado, guardadas as respectivas peculiaridades inerentes aos procedimentos específicos – quando o caso, e o procedimento comum. Lembra-se ainda que, à guisa do disposto ao artigo 327, parágrafo 2º, do CPC, será admitida a cumulação de pedidos se o autor optar pelo procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum (ex.: divórcio c.c. alimentos).<sup>97</sup> De forma que, em tese, somente

---

inadequação da via eleita. Agravo de instrumento. Presença dos pressupostos de admissibilidade. Decisão proferida com equívoco. Direito da mulher ofendida aos alimentos provisionais ou provisórios para sua sobrevivência. Inobservância da Lei nº 11.340. De 07 de agosto de 2006, art. 22, inciso V. Natureza emergencial ignorada. Irresignação motivada. Cassação admissível. Recurso provido. (TJ-BA; AI 0009950-96.2015.8.05.0000; Salvador; Quarta Câmara Cível; Relª Desª Lícia de Castro Laranjeira Carvalho; Julg. 06/09/2016; DJBA 13/09/2016; Pág. 239)

<sup>96</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. *Op. cit.*, p. 546.

<sup>97</sup> **CPC, art. 327.** É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. (...). **Parágrafo segundo.** Quando, para pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

mediante análise da casuística, seria possível concluir-se qual a técnica processual mais adequada e eficaz, a ser aplicada ao caso sob exame.

Neste sentido ARAKEN DE ASSIS<sup>98</sup>, citando Rodrigo da Cunha Pereira

Em consonância com as diretrizes constitucionais que determinam a prevalência de uma vida digna à pessoa humana, os alimentos se consubstanciam em um instituto de direito de família que visa dar suporte material a quem não tem meios de arcar com a própria subsistência. Relaciona-se não apenas ao direito à vida e integridade física da pessoa, mas principalmente, à realização da Dignidade Humana, proporcionando ao necessitado condições materiais de manter sua subsistência. Seu conteúdo está expressamente atrelado à tutela da pessoa e à satisfação de suas necessidades fundamentais. É decorrente, também, do Princípio da Solidariedade, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, consoante o art. 3º, I e III, da Constituição de 1988.

O artigo 3º da Constituição Federal de 1988, em seus incisos I e III, prevê constituir objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária; e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. O artigo 226 prevê dispõe que a família tem especial proteção do Estado tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana (parágrafo 7º), o artigo 227 dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade, e o artigo 229 dispõe que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), remete à necessária distinção entre *dever de sustento* e *obrigação alimentar*. Conforme a doutrina, referindo-se ao artigo 1.694 do Código Civil:<sup>99</sup>

O primeiro, que compreende os alimentos, decorrerá do poder familiar (art. 1.634), existindo, por isso, entre pais e filhos menores. A segunda, que decorre da lei, está fundada no parentesco e pressupõe a necessidade do alimentado. O presente dispositivo trata especificamente da *obrigação alimentar* ao referir-se aos parentes, ao casamento e à união estável. A *obrigação alimentar* tem como principais características a reciprocidade, a possibilidade de que seu surgimento não cesse nunca e, por fim, a

<sup>98</sup> ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – Volume II – tomo II*. 2ª ed., São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2016, p. 438. *Apud*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Teoria Geral dos Alimentos*, in *Alimentos no Código Civil*, Coord. PEREIRA, Rodrigo da Cunha, CAHALI, Francisco José, Saraiva: 2005, São Paulo, p. 01.

<sup>99</sup> **CC, art. 1.694.** Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender à necessidade de sua educação.

pressuposição da necessidade do alimentando. Já o *dever de sustento* não é recíproco<sup>100</sup> e prescinde da necessidade do alimentando, por ser presumida de modo absoluto. Nesta hipótese, a prova a ser produzida será apenas com relação ao *quantum* necessário.<sup>101</sup>

Do que é possível concluir que, os alimentos *provisionais* previstos nos revogados artigos 852-854 do CPC/73 – como medida cautelar, nas hipóteses previstas em seus incisos I a III, visam à satisfação de *obrigação alimentar* em favor de quem os pretende, destinada a prover-lhe os *alimentos naturais* (necessários tão-somente à satisfação das necessidades vitais e despesas do processo – esta última verba, na hipótese exclusiva do inciso I).

Por tais razões, o alerta da doutrina no sentido de que talvez a questão mais importante em tema de alimentos consista na delimitação conceitual da tutela dos alimentos ditos “provisionais”, daqueles sujeitos à tutela especial da Lei n. 5.478, de 25.7.68; em face da indistinção quase generalizada na doutrina e jurisprudência a respeito, com reflexos nos planos doutrinário e no exercício prático dos direitos, de forma que

De tudo quanto foi dito, pode-se arrematar que a ação especial de alimentos, regulada pela Lei nº 5.478/68, compreende espécie de tutela jurisdicional executiva diferenciada, com mandado liminar e possibilidade de satisfação imediata, embora em processo de conhecimento, a que proveu o legislador brasileiro em face do peculiar interesse de ordem pública que a informa, inconfundível *funcional* e *estruturalmente* com a tutela antecipatória de alimentos dispensada em razão do art. 273 do CPC.<sup>102</sup>

Isto porque, segundo os autores citados, a tutela diferenciada da Lei n. 5.478/68 exhibe feição nitidamente “executiva” na medida em que é concedida apenas a quem disponha de prova de relação de parentesco ou da obrigação de alimentar do devedor (art. 2º) – não dependendo de discricção do juiz, nem a atuação deste se exercendo em juízo de probabilidade, dispensado, assim, o exame da aparência do direito e do risco de dano; devendo o órgão judicial já no despacho inicial fixar os alimentos sem maiores questionamentos, com imediata agressão ao patrimônio do devedor para satisfação da obrigação (ou, diga-se, sua prisão civil em regular Cumprimento de sentença, com fulcro ao artigo 515, inciso I e artigos 528 a 533,

<sup>100</sup> CC, art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros. OU SEJA, na verdade, existe a reciprocidade.

<sup>101</sup> PELUSO, Cezar (Coord.). GODOY, Claudio Luiz Bueno de. LOUREIRO, Francisco Eduardo. BDINE JR, Hamid Charaf. AMORIM, José Roberto Neves. BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. ANTONINI, Mauro. CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. ROSENVALD, Nelson. DUARTE, Nestor. *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*. Barueri, ed. Manole: 2007, p. 1.652-1.653.

<sup>102</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro, ed. Forense: 1999, v. VIII – tomo II, p. 260.

todos, do NCPC). Pelo que a qualificação de *provisionais* se daria mais no sentido de provisão, conquanto se tratem de alimentos “provisórios” concedidos em antecipação de tutela, revestida de função e estrutura própria de tutela executiva *lato sensu*.

Já no caso dos alimentos “provisionais” do artigo 852 do revogado CPC/73, sua concessão dependia de um juízo de probabilidade sobre o direito alegado e o receio de lesão, adquirindo também feição de tutela antecipatória – na qual o que de fato importava era a verossimilhança da alegação, com vistas à conseqüente necessidade de prevenção do dano. Enquanto para a obtenção dos alimentos previstos na Lei n. 5.478/68, exige o seu artigo 2º prova inicial de parentesco ou de obrigação alimentar do devedor; nos alimentos provisionais deveria ser demonstrado pelo credor os requisitos do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*”, para sua obtenção, em caráter liminar.

Por *fumus boni iuris*, entenda-se a probabilidade do direito - de forma que, quanto maior a urgência, menos se exigirá quanto à probabilidade de existência do direito. Referida probabilidade é vista como requisito, no sentido de que a parte deve demonstrar, *no mínimo*, que o direito afirmado é provável (e mais se exigirá, no sentido de se demonstrar que tal direito muito provavelmente existe, quanto menor for o grau de *periculum*).<sup>103</sup> Segundo o mesmo autor, para a demonstração do sentido de *urgência*, a cognição é sumária não apenas quanto à existência do direito que se visa proteger, mas, também, quanto ao próprio perigo. É saber se o dano poderá vir a acontecer caso não concedida a medida, se sua ocorrência é iminente, se a lesão é pouco grave ou seus efeitos são irreversíveis. É verificar se o bem que o autor precisa proteger tem primazia sobre aquele defendido pelo réu. Presentes ambos os requisitos, a medida a ser concedida será a *adequada* à proteção e realização do direito, frente ao perigo.

Quanto ao *fumus boni iuris*, como dito, não se exigia para fins de concessão liminar de alimentos provisionais estivesse definitivamente provada a relação de parentesco ou da obrigação alimentar do devedor, tanto que esta obrigação, via de regra, estaria em vias de ser ainda eventualmente declarada e/ou constituída, tal qual ocorria nos alimentos *naturais* que o cônjuge pleiteava em caráter preparatório<sup>104</sup> ou incidental em ações de divórcio/separação

<sup>103</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. Op. cit., p. 486.

<sup>104</sup> APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS CONCEDIDOS EM CAUTELAR DE ALIMENTOS PROVISIONAIS. LIMINAR CONFIRMADA NA DECISÃO DEFINITIVA PROFERIDA NA AÇÃO DE DIVÓRCIO PROPOSTA PELO REQUERIDO NO TRINTÍDIO LEGAL. CPC/73, ART. 806. NÃO PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL PELA AUTORA. IRRELEVÂNCIA. NATUREZA SATISFATIVA. EFEITO SUSPENSIVO DA APELAÇÃO INTERPOSTA NA AÇÃO DE DIVÓRCIO. PROSSEGUE OS EFEITOS DA CAUTELAR. ALIMENTOS DEVIDOS ENQUANTO NÃO TRANSITADA EM JULGADO. DESCONSIDERA-SE A DATA IMPOSTA NA SENTENÇA JUSTAMENTE PORQUE A CONCESSÃO DE ALIMENTOS FOI AFASTADA. SENTENÇA A QUO ANULADA PARA DAR-SE PROSSEGUIMENTO À

judicial (CPC, arts. 693 e 731), em ação de anulação de casamento, nas ações de alimentos, ou em ações de investigação de paternidade.

No que diz respeito ao *periculum in mora*, necessário se fazia a demonstração de sua ocorrência pelo autor ao menos em tese, devendo o juiz valorar o risco de dano e sua irreparabilidade de forma concreta, valendo-se, se o caso e em caráter complementar, das regras de experiência que lhe permitissem constatar que a satisfação retardada resultaria em prejuízo irreparável. A prevenção do dano verificava-se com a antecipação do *efeito* mandamental ou executivo da futura sentença de mérito, adiantando-se a realização prática da sentença condenatória, fim último da pretensão do autor.<sup>105</sup>

Tanto para os alimentos provisórios, como para os provisionais, o critério de fixação é o mesmo, qual seja: necessidade-possibilidade. Necessidade de quem os pretende; possibilidade de quem os provê<sup>106</sup>; observados, quando o caso e também para fins de redução, a isonomia<sup>107</sup> e a razoabilidade.<sup>108</sup>

EXECUÇÃO. RECURSO PROVIDO. Descabe a necessidade de ação principal, a rigor do disposto no art. 806 do Código de Processo Civil de 1973, cabível na ocasião dos fatos, quando a cautelar pleiteada tem natureza satisfativa e a medida é confirmada no julgamento da ação de divórcio ajuizada pelo requerido no prazo legal. Enquanto não transitada em julgado a sentença na ação de divórcio, ainda que não tenha condenado o cônjuge ao pagamento de alimentos à cônjuge, considerando os efeitos com que é recebida a apelação, a decisão que fixou e determinou o pagamento dos alimentos provisionais continua surtindo efeitos. Essa é justamente a interpretação que se extrai dos incisos II e IV do artigo 520 do Código de Processo Civil, a contrario sensu, pois nesses casos é recebida somente no efeito devolutivo. (TJ-MS; APL 0802871-72.2015.8.12.0021; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Amaury da Silva Kuklinski; DJMS 30/06/2016; Pág. 132).

<sup>105</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. LACERDA, Galeno. *Op. cit.*, p. 257.

<sup>106</sup> ALIMENTOS PROVISÓRIOS. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 1.022, CPC/2015. REJEIÇÃO DO RECURSO. 1). Segundo a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, "a fixação de alimentos provisórios ou de provisionais está sujeita à observância de requisitos específicos sintetizados pelo binômio possibilidade-necessidade." (agr. nos EDCL no RESP 1230877/ma, Rel. Ministro sidnei beneti, dje 09/11/2012).

<sup>107</sup> CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. APELAÇÃO CÍVEL. NECESSIDADE DE MINORAÇÃO DO VALOR DO PENSIONAMENTO ARBITRADO PELO MAGISTRADO A QUO. ALIMENTANTE QUE POSSUI OUTRA FAMÍLIA CONSTITUÍDA, ALÉM DE OUTROS FILHOS MENORES, UM DELES COM NECESSIDADES ESPECIAIS. ALIMENTANDA QUE ATINGIU A MAIORIDADE NO CURSO DO PROCESSO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - A fixação dos alimentos deve ser pautada em observância ao binômio necessidade/possibilidade, de forma a não onerar excessivamente o alimentante, tampouco estabelecer pensionamento indigno ao alimentando. 2 - além do binômio alimentar, é recomendável que haja equivalência entre o valor destinado a cada filho menor, em atenção ao princípio da isonomia, evitando desproporção no quantum destinado a cada descendente. 3 - da análise dos elementos coligidos aos autos verificou-se que o apelante labora de forma autônoma, percebendo mensalmente pouco mais de um salário mínimo, valor este que se mostra insuficiente para o custeio do pensionamento fixado a uma única descendente maior, em prejuízo do sustento de sua outra família, constituída antes do ingresso da presente ação, bem como do restante de sua prole. 4 - recurso conhecido e parcialmente provido, unicamente para minorar o encargo alimentício, a ser fixado em 20% do salário mínimo vigente. (TJ-CE; APL 0003218-21.2011.8.06.0127; Segunda Câmara Cível; Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Tereze Neumann Duarte Chaves; DJCE 23/06/2016; Pág. 29)

<sup>108</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS E PROVISIONAIS. BINÔMIO POSSIBILIDADE E NECESSIDADE. FIXAÇÃO. VALOR RAZOÁVEL. 1. Segundo entendimento jurisprudencial, não é prudente reduzir o valor dos alimentos provisórios e provisionais, sem que haja provas contundentes, incontestáveis de que o Agravante está impossibilitado de pagá-los. 2. Fazendo uso da equação necessidade-possibilidade, e, em ordem a atender ao princípio da razoabilidade, afigura-se correta a fixação dos alimentos provisórios no importe de 100% (cem por cento) do salário-mínimo em favor

No caso dos alimentos provisionais outrora previstos no art. 852 CPC/73, diante de sua natureza antecipatória, eventual revogação ou modificação poderia se dar a qualquer tempo, em decisão fundamentada e nos termos do parágrafo 4º do art. 273 do mesmo estatuto. Para que o mesmo ocorra nos alimentos provisórios fixados nos moldes da Lei n. 5.478/68, se faz necessária a prova da modificação da condição financeira das partes, em pedido que será processado em apartado (LA, art. 13).

Daí restar demonstrada a incompatibilidade *funcional* e *estrutural* dos alimentos “provisórios” derivados da Lei n. 5.478/68, em face dos alimentos “provisionais” concedidos nos moldes do artigo 852, do revogado CPC/73.

O critério distintivo parece ser a natureza da obrigação a ser cumprida. Pelo rito especial da Lei n. 5.478/68, se objetiva obter em favor do autor, os denominados *alimentos civis* ou *côngruos*, tornando efetiva a norma prevista ao artigo 1.694, do Código Civil. O mesmo objetivo pode ser alcançado nos casos de cumulação em um único processo de vários pedidos, dentre os quais alimentos, que no caso passará a empregar o procedimento comum, desde que observado integralmente o disposto no parágrafo 2º do art. 327, do novo Código de Processo Civil. De fato, desde a vigência do revogado estatuto processual, nada obstava a obtenção dos alimentos provisionais pela via cautelar (alimentos naturais), como medida preparatória ou incidental de Ação principal formulada com pedidos diversos, dentre os quais Alimentos (no caso, civis), como o permitia o artigo 852, inciso II do revogado CPC/73.<sup>109</sup>

Outro elemento diferenciador reside nos efeitos dos alimentos fixados como *provisórios* sob a égide da Lei n. 5.478/68, e aqueles outrora denominados *provisionais*

---

dos dois filhos menores dos litigantes e, alimentos provisionais no importe de 50% (cinquenta por cento) do salário-mínimo, em favor da ex-cônjuge, ora agravada, até a partilha dos bens. 3. AGRADO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA. (TJ-GO; AI 0094371-71.2016.8.09.0000; Jussara; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Gerson Santana Cintra; DJGO 15/09/2016; Pág. 212)

<sup>109</sup> PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO EM AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO, PARTILHA DE BENS, REGULAÇÃO DE GUARDA DE MENOR E PEDIDO DE ALIMENTOS C/C LIMINAR DE ALIMENTOS PROVISIONAIS. FIXAÇÃO CONDIZENTE COM A REALIDADE FÁTICA/PROBATÓRIA DOS AUTOS. IMPUGNAÇÃO AO VALOR ARBITRADO. MANUTENÇÃO. REITERAÇÃO DO CONSIGNADO NO ATO DECISÓRIO. Não merece ser provido o presente agravo interno, porquanto não logrou êxito o agravante em demonstrar de forma cabal a impossibilidade de arcar com os alimentos provisórios impostos. Também não há, nos autos, sinais de incapacidade por parte do agravante. - Na verdade, as razões recursais trazem agitações genéricas, despidas de impugnação específica aos fundamentos sobre os quais edificou esta relatoria seu convencimento ao proferir a decisão impugnada mantenedora dos alimentos fixados em sede a quo. Medida outra não há senão negar provimento ao presente recurso para que o valor da prestação alimentícia permaneça tal como decidido pelo juízo monocrático. - Destarte, tendo o alimentante deixado de comprovar sua inaptidão de arcar com o compromisso alimentício, fica o tribunal impossibilitado de modificar o status quo ante, exatamente para não agravar a situação do beneficiário. - AGRADO INTERNO CONHECIDO, MAS NÃO PROVIDO. DECISÃO:. (TJ-AM; AgRg 0007014-28.2015.8.04.0000; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Ari Jorge Moutinho da Costa; DJAM 23/09/2016; Pág. 9).

(CPC/73 revogado, art. 852). Como mencionado, os alimentos provisórios fixados com base na Lei de Alimentos, serão devidos até decisão final, inclusive o julgamento de recurso extraordinário (Lei n. 5.478/68, art. 11, parágrafo 3º). Já aqueles arbitrados como *provisionais*, podiam ser revogados ou modificados a qualquer tempo, conservando sua eficácia, salvo decisão judicial em contrário, durante o período de suspensão do processo (CPC/73, art. 807 e parágrafo único), cessando sua eficácia nas hipóteses do artigo 808, do revogado estatuto processual.

De se concluir, portanto, que não obstante o CPC/2015 não preveja a medida cautelar nominada de *Alimentos Provisionais*, como o fazia seu antecessor (CPC/73, arts. 852-854), que a tutela jurisdicional pretendida pelo autor nos mesmos moldes continua viável na vigência do atual Estatuto Processual, posto que de hipótese e objeto distintos daqueles previstos no procedimento específico da Lei n. 5.478/68 (Lei de Alimentos), e em face do denominado “*Poder Geral de Cautela*”, em sua atual concepção nos termos dos artigos 297 e 301 do NCPC.

Com efeito, como afirmou JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>110</sup>, consolidou-se o entendimento de que é possível não apenas a concessão de cautelar não tipificada pelo legislador (a que corresponde a uma concepção tradicional do poder geral de cautela), como, também, a concessão de cautelar nominada, em hipóteses não previstas pelo legislador, sempre que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. E, ainda que a lei preveja medidas cautelares nominadas ou típicas, com procedimentos específicos, o “poder geral de cautela” compreende a possibilidade de se conceder tutela cautelar desde que presentes ambos os requisitos, e mesmo que tais pressupostos sejam demonstrados por meios distintos daqueles determinados pelas leis extravagantes.

É neste sentido que, aparentemente, têm decidido os Tribunais ao admitir a figura dos *alimentos provisionais* aos processos em curso, ainda que transcorrido mais de um (1) ano após a entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil).<sup>111</sup> Além do que, aqueles processos já em trâmite quando da entrada em vigor do NCPC, tiveram os atos

---

<sup>110</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno. Op. cit.*, p. 481-482.

<sup>111</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. ALIMENTOS PROVISIONAIS FIXADOS EM 3 (TRÊS) SALÁRIOS MÍNIMOS. CARÁTER LIMINAR. RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. ALIMENTADA CAPAZ E APTA PARA O TRABALHO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. Mantém-se a decisão que fixou alimentos provisórios para a ex-cônjuge do alimentante se o valor estabelecido mostra-se razoável e condizente com a sua (dele) elevada capacidade econômica, eis que a fixação dos alimentos provisionais deve observar o binômio necessidade do alimentado/possibilidade do alimentante. (TJ-MS; AI 1401390-54.2016.8.12.0000; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins; DJMS 14/10/2016; Pág. 51).

processuais respeitados e situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada, nos termos do artigo 14 do novel estatuto processual.

De se salientar finalmente, que diante da natureza eminentemente satisfativa dos *alimentos provisionais* - liminarmente concedidos em sede de medida cautelar, ainda que tivesse o autor incorrido na violação do disposto ao artigo 808 do revogado CPC/73<sup>112</sup> - com correspondência no artigo 309 do CPC, têm entendido os Tribunais pela manutenção dos efeitos da liminar concedida.<sup>113</sup>

<sup>112</sup> **CPC/73. Art. 808.** Cessa a eficácia da medida cautelar: I – se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; II – se não for executada dentro de 30 (trinta) dias; III – se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento de mérito. **Parágrafo único.** Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.

<sup>113</sup> APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS CONCEDIDOS EM CAUTELAR DE ALIMENTOS PROVISIONAIS. LIMINAR CONFIRMADA NA DECISÃO DEFINITIVA PROFERIDA NA AÇÃO DE DIVÓRCIO PROPOSTA PELO REQUERIDO NO TRINTÍDIO LEGAL. CPC/73, ART. 806. NÃO PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL PELA AUTORA. IRRELEVÂNCIA. NATUREZA SATISFATIVA. EFEITO SUSPENSIVO DA APELAÇÃO INTERPOSTA NA AÇÃO DE DIVÓRCIO. PROSSEGUE OS EFEITOS DA CAUTELAR. ALIMENTOS DEVIDOS ENQUANTO NÃO TRANSITADA EM JULGADO. DESCONSIDERA-SE A DATA IMPOSTA NA SENTENÇA JUSTAMENTE PORQUE A CONCESSÃO DE ALIMENTOS FOI AFASTADA. SENTENÇA A QUO ANULADA PARA DAR-SE PROSSEGUIMENTO À EXECUÇÃO. RECURSO PROVIDO. Descabe a necessidade de ação principal, a rigor do disposto no art. 806 do Código de Processo Civil de 1973, cabível na ocasião dos fatos, quando a cautelar pleiteada tem natureza satisfativa e a medida é confirmada no julgamento da ação de divórcio ajuizada pelo requerido no prazo legal. Enquanto não transitada em julgado a sentença na ação de divórcio, ainda que não tenha condenado o cônjuge ao pagamento de alimentos à cônjuge, considerando os efeitos com que é recebida a apelação, a decisão que fixou e determinou o pagamento dos alimentos provisionais continua surtindo efeitos. Essa é justamente a interpretação que se extrai dos incisos II e IV do artigo 520 do Código de Processo Civil, a contrario sensu, pois nesses casos é recebida somente no efeito devolutivo. (TJ-MS; APL 0802871-72.2015.8.12.0021; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Amaury da Silva Kuklinski; DJMS 30/06/2016; Pág. 132).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CAUTELAR. ALIMENTOS PROVISIONAIS. CPC, ART. 806. Não propositura da ação principal do prazo legal. Irrelevância. Natureza satisfativa. Liminar revogada. Medida não efetivada descabe o pedido de extinção do processo por não atendimento ao disposto no art. 806 do código de processo civil quando a cautelar pleiteada tem natureza satisfativa e a medida acautelatória não chega a ser, de fato, efetivada em razão da revogação da liminar pelo tribunal. (...)” Convenção arbitral. Direito indisponível. Descabimento em conformidade com o disposto no art. 1º da Lei n. 9.307/96, a arbitragem pode ser utilizada exclusivamente para resolver litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, de forma que resta afastada, regra geral, sua aplicação sem relação às lides envolvendo direito de família. Sentença extra petita. Inocorrência não é extra petita a sentença que concede a cautelar com base nos fatos narrados na inicial, independentemente do nomen juris dado ao instituto que possibilitou o deferimento da medida. Alimentos provisionais. Relacionamento duradouro. Homem casado e não separado de fato. Ciência da autora. Art. 1.727 do CC. União estável não comprovada. Longa dependência econômica. Hipótese excepcional. Princípios da dignidade da pessoa humana e da boa-fé. Acordo extrajudicial firmado. Vultuosas quantias conferidas à autora. Dever de solidariedade adimplido pelo réu. Fumus boni iuris não demonstrado 1 não é possível o deferimento de medida cautelar em que não foi demonstrada a contento a presença de um dos requisitos indispensáveis a sua concessão, quais sejam, o fumus boni iuris e o periculum in mora. 2 "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que não é possível o reconhecimento de uniões simultâneas, de modo que a caracterização da união estável pressupõe a ausência de impedimento para o casamento ou, pelo menos, a necessidade de haver separação de fato ou judicial entre os casados" (AGRG nos EDCL no aresp n. 514.772/SP, Min. <sup>a</sup> Maria Isabel Gallotti). Em hipóteses excepcionais, é possível mitigar a regra e reconhecer direitos inerentes à existência de casamento ou união estável ao concubino, de modo a ensejar a preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade em relação à interpretação literal da norma escrita. Contudo, como a exceção serve para evitar o comportamento desleal e garantir a sobrevivência digna, deve ser afastada a mitigação quando comprovado que já foram conferidos à requerente vultuosos recursos para, de forma confortável, prover a sua subsistência. Embargos de declaração. Reiteração indevida. Multa. Cabimento a

Crê-se que por força de referidas observações e diferenciações, se constata pela manutenção dos alimentos *provisionais* no sistema (que se regulam nos termos do CPC/2015), distinguindo-se-os dos *provisórios* – que possui procedimento e efeitos específicos. Da mesma forma, a importância de não se recair na indistinção generalizada de referidos institutos na praxe forense, notadamente, diante do fato de que, embora a natureza cautelar dos *alimentos provisionais* – e conferido com base no poder geral de cautela do art. 300 do CPC, possui natureza eminentemente satisfativa.

2.3.3 Medidas de proteção nas ações que versam sobre interesse de Criança e Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990).

Prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 98, em sede de disposições gerais, que as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos naquela lei reconhecidos, forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; e em razão de sua conduta. Os artigos 99 a 101 do mesmo diploma legal, por sua vez, prevêm medidas específicas de proteção, que deverão ser observadas e poderão ser aplicadas à criança ou adolescente, de forma isolada ou cumulativamente - bem como substituídas a qualquer tempo, levando-se em conta, dentre outros princípios: a condição deste como sujeitos de direitos, a proteção integral e prioritária, o interesse superior da criança e do adolescente. Entre as medidas aplicáveis (ECA, art. 101), se incluem a orientação, apoio e acompanhamento temporários; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; acolhimento institucional e colocação em família substituta, dentre outras.

Quanto aos procedimentos regulados em referida lei, nos termos do artigo 152 da Lei n. 8.069/90, aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

---

reiterada oposição de embargos de declaração com o intuito de rediscutir a matéria autoriza a aplicação da penalidade prevista no art. 538, parágrafo único, do código e processo civil. (TJ-SC; AC 2015.068323-3; Balneário Camboriú; Quinta Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Luiz César Medeiros; Julg. 22/03/2016; DJSC 08/04/2016; Pág. 233)

Como ressalta KAZUO WATANABE<sup>114</sup> em seus comentários aos artigos 152 e 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, o dispositivo está mencionando as normas gerais contidas, em linha de princípio, no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal, embora não exclua outras normas gerais constantes de legislações especiais (cita a Lei n. 7.347, de 24.7.85 – Lei da Ação Civil Pública; e a lei 8.078, de 11.9.90 – Código de Defesa do Consumidor); em considerando que o ECA (em especial em seu artigo 224) não exclui a “ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos” (Lei n. 8.078/90, arts. 91-102, que foi acolhida pelo art. 21 da Lei n. 7.347/85).

É de se considerar, portanto, que na omissão legislativa do ECA sobre regra procedimental, se aplicam as regras gerais da legislação processual comum; dentre estas, aqueles que regulam a denominada “Tutela Provisória” no CPC/2015 – arts. 294-311.

De se ressaltar, contudo, o disposto no artigo 153 do ECA, segundo o qual “*se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra Lei, a autoridade judicial poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.*”

Referindo-se tal dispositivo legal ao mesmo tempo sobre procedimento e sobre os poderes do juiz, estabelece que na hipótese e diante da inexistência de procedimento específico, a regra não será a da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Poderá ser adotado pelo juiz, desta forma, o procedimento que lhe parecer mais adequado – não estando ele sujeito ao princípio dispositivo na instrução da causa e nem se aplicando de forma estrita, no regime do ECA, o princípio da iniciativa das partes em matéria de prova. Desta forma, poderá o magistrado adotar iniciativa para investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público (Lei n. 8.069/90, art. 153, parte final), conferindo ao juiz papel mais ativo no processo<sup>115</sup> e atenuando, por consequência, o

---

<sup>114</sup> CURY, Munir. SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Comentário: WATANABE, Kazuo. Arts. 152-153. 2ª ed., São Paulo, ed. Malheiros: 1992, p. 454-455.

<sup>115</sup> CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil – Fundamentos, Interpretação e Dinâmica*. São Paulo, ed. Saraiva: 2013, p. 66-67. Segundo o autor, “... Essa feição mais ativa, exteriorizada mediante a atuação do Estado-juiz, transcende o interesse particular das partes na obtenção do resultado do processo, para assim realizar-se a correta aplicação da lei com justiça. A pacificação que se realiza pela observância da lei reclama uma série de atos, em verdade poderes do juiz destinados a amealhar elementos necessários à entrega da justa tutela jurisdicional. Assim, caberá ao magistrado, mediante utilização dos poderes que lhe são conferidos pelo Estado, coordenar a realização dos atos processuais, notadamente o campo da produção probatória necessária à formação de seu livre convencimento para, ao final, proferir sentença fundamentada em argumentos e elementos probatórios carreados ao bojo dos autos. (...) Em contrapartida, deve-se ter em mente que o ativismo judicial não significa poderes ilimitados e absolutos conferidos ao Estado-juiz. Não se devem coroar decisões arbitrárias e teratológicas sob o manto de uma hipertrofia dos poderes do juiz.”

formalismo processual.<sup>116</sup> O artigo 370, *caput* e parágrafo único do NCPC, conduz ao mesmo raciocínio.<sup>117</sup>

Segundo VÁLTER KENJI ISHIDA<sup>118</sup>,

O ECA segue as regras do Código de Processo Civil no caso de procedimento de adoção, tutela e guarda (colocação em família substituta) e nos procedimentos de destituição do pátrio poder e de suspensão, de aplicação de penalidade contra entidades e se houver desrespeito às normas de proteção à criança e ao adolescente e no caso de ação civil pública. As mudanças advindas na legislação adjetiva são aplicáveis aos procedimentos da Vara da Infância e da Juventude, como a recente modificação do procedimento do recurso de agravo.

Verifica-se que existem no ECA procedimentos vinculados a processo propriamente dito (existência de relação jurídica com exercício da jurisdição), que são o da perda e da suspensão do pátrio poder, o da destituição da tutela e da apuração do ato infracional. O procedimento de colocação em família substituta teria um caráter misto: se houve oposição do interessado, como no caso da guarda, ter-se-á um verdadeiro processo, com existência de lide. Todavia, existindo anuência, p. ex., com adoção com concordância dos pais, o procedimento seria semelhante ao de jurisdição voluntária. Finalmente, existem os procedimentos meramente administrativos, sem o efetivo exercício da jurisdição, que seriam os da apuração de irregularidades em entidade de atendimento e o de apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e o adolescente.

Desta forma, em que pese a aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil na omissão legislativa da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1.990, em se considerando a natureza dos interesses nesta última lei tutelados, tanto em um como em outro caso verifica-se a atenuação do formalismo processual, exercendo o juiz papel mais ativo no processo, com vistas à adoção de procedimento(s) que entender mais adequado(s) ao caso sob exame; aí se incluindo, as hipóteses de cabimento de *tutelas provisórias* de urgência ou evidência.

#### 2.3.4 Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) e mecanismos de proteção ..

Prevê a Lei Maria da Penha, medidas protetivas de urgência, em especial em favor da ofendida (Seção III, art. 23), das quais se destacam, para fins do presente trabalho, a medida

<sup>116</sup> CURY, Munir. SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Comentário: WATANABE, Kazuo. *Op. Cit.*, p. 455.

<sup>117</sup> **Art. 370.** Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. **Parágrafo único.** O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

<sup>118</sup> ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência*. 13ª ed., São Paulo, ed. Atlas: 2011, p. 346-347.

protetiva de urgência de afastamento do ofensor, do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (art. 22, inciso II), bem como da possibilidade de que possa o juiz, sem prejuízo de outras medidas, determinar a *separação de corpos* (art. 23, inciso IV).

Referidas medidas, que estabelecem a possibilidade de o juiz determinar a separação de corpos entre a vítima e o agressor – e que, originariamente abrangia a mulher na condição de ofendida e vítima de Violência doméstica e familiar, hodiernamente abrange também as relações homoafetivas, não exige que os envolvidos sejam casados, e deve ser proposta a medida perante a vara cível indicada pelas normas de organização judiciária (evidentemente, onde haja, nas Varas de Família).

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça da seguinte maneira: “Em face do novo sistema constitucional, que, além dos princípios de igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos, prestigia a ‘união estável’ como entidade familiar, protegendo-a expressamente (Constituição Federal, art. 226, § 3º), não pode o Judiciário negar, aos que a constituem, os instrumentos processuais que o ordenamento legal contempla. A cautelar inominada (CPC, art. 798), apresenta-se hábil para determinar o afastamento do concubino do imóvel da sua companheira quando ocorrentes os seus pressupostos.” (STJ, 4ª T., REsp 10.113-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.06.1991, DJ 09.09.1991, p. 12.210).<sup>119</sup>

Como leciona MARIA BERENICE DIAS <sup>120</sup>, sendo esta a providência mais requisitada, abrange tanto a imposição de medidas que obrigam o agressor (art. 22, II), como medidas que asseguram proteção à vítima (art. 23, II, III e IV). Determinado o afastamento do ofensor do domicílio ou do local de convivência com a ofendida (art. 22, II), ela e seus dependentes podem ser reconduzidas ao lar (art. 23, II). Também pode ser autorizada a saída da mulher da casa (art. 23, III), tratando-se na realidade de decreto de separação de corpos decorrente de prática de crime. Possui eficácia material (e não meramente jurídica – cujo intuito é desconstituir o vínculo conjugal), representando uma *separação de fato*, com vistas a coibir atos de violência.

Comporta outras providências, como impedir o contato entre agressor e ofendida, seus familiares e testemunhas, fixando limite mínimo de distância de aproximação (art. 22, III, *a*) sem que se configure constrangimento ilegal; o direito de convivência do agressor com os filhos poderá ser feita de forma supervisionada – que, se possível, se realizarão em

<sup>119</sup> CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2007, p. 98.

<sup>120</sup> DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 3ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2014, p. 152-156.

ambiente terapêutico, para que o juiz possa contar com a colaboração de técnico que as acompanhe para subsidiá-lo na hora de decidir o regime de visitas.

Equipara-se, portanto, ao regime de separação de corpos previsto na Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio, art. 7º, § 2º), bem como à medida provisional prescrita no artigo 888, inciso VI, do revogado CPC/73. Apenas que de natureza penal, de caráter temporário, e decorrente da prática de crime pelo ofensor.

Não tomada qualquer providência pela autoridade policial diante da ocorrência de fato/agressão caracterizador de violência doméstica, nada obsta a que possa a parte, com base no Poder Geral de Cautela do art. 300 do CPC/2015, requerer pela separação de corpos, presentes os requisitos legais que a autorizam.

#### **2.4 Das Cautelares nas ações de família.**

Como anteriormente mencionado, o novo Código de Processo Civil trouxe em seu Livro V e dispositivos respectivos, novo panorama ao que se passou a denominar de Tutela Provisória, em substituição às disposições que previam a existência do denominado “Processo Cautelar” (CPC/73, arts. 796-889) e ao instituto da “Antecipação de Tutela (CPC/73, art. 273), da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Em especial no que se refere às demandas familiares, diversas eram as medidas cautelares a estas aplicáveis, fossem decorrentes do exercício do “Poder Geral de Cautela” em sede de cautelares inominadas (CPC/73, art. 798), fosse mediante o exercício dos Procedimentos Cautelares Específicos (CPC/73, arts. 813-887; p. ex.: arrolamento, arresto e sequestro de bens, etc.). Destacava-se a aplicação nas demandas familiares, das denominadas “De outras medidas provisionais” (CPC/73, arts. 888-889), em especial os pedidos formulados inclusive em caráter liminar, destinados a regulamentar a posse provisória de filhos nos casos de separação judicial ou anulação de casamento, a guarda e a educação dos filhos, o direito de visita e o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente pelos pais, tutores ou curadores, a assegurar a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos, a permitir o afastamento de menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais e o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

Resta saber, portanto, se a revogação das medidas cautelares (inominadas e nominadas) e provisionais, geram prejuízo(s) ao(s) conflito(s) de família, haja vista que dentre

as medidas cautelares específicas revogadas, várias tinham aplicabilidade em direito de família.

No aspecto geral, o *poder geral de cautela* do revogado art. 798 do CPC/73, subsiste agora nos termos dos artigos 297 e 300 do NCPC. Segundo CASSIO SCARPINELLA BUENO<sup>121</sup>, quanto ao artigo 297 do CPC, o juiz deve tomar todas as medidas que entender adequadas para efetivação da tutela provisória, ou seja, deve criar condições efetivas para *assegurar* direito ou *satisfazê-los* de imediato.

Por outro lado, não obstante o CPC não tenha reproduzido em seu texto as medidas cautelares típicas do CPC/73, o artigo 301 do novel estatuto processual faz remissão expressa a algumas medidas previstas no código revogado (em rol meramente exemplificativo), quando neste se faz constar que “*a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito.*”

No que diz respeito ao denominado *Poder Geral de Cautela*, de se enfatizar a lição de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>122</sup>, quando contrapõe a antiga concepção desta como sendo o poder que tem o juiz de conceder medidas em casos não previstos, expressamente pelo legislador (nas chamadas cautelares *inominadas* ou *atípicas*); à evolução recente do conceito, de forma que passou-se a referir ao “*poder geral*” de cautela ao lado do “*poder geral*” de *antecipação de tutela*; pelo que a doutrina e a jurisprudência, que já admitiam as (mal) denominadas “medidas cautelares satisfativas”, passaram a dar a tais figuras tratamento mais minucioso, chamando-as de tutelas satisfativas autônomas.

No que tange às *Medidas cautelares nominadas*, começara-se a entender que não apenas as medidas cautelares eram previstas em rol meramente exemplificativo na lei processual; mas que também os pressupostos específicos dessas medidas eram, também, meramente exemplificativos, podendo a parte demonstrar a presença de *periculum* e de *fumus* por outro modo, além daqueles previstos em lei.

O que levou o citado autor à conclusão de que subsistem no atual sistema processual, diante da moderna concepção de *poder geral de cautela*, procedimentos cautelares específicos que subsistem em leis especiais. Mas já se admitindo na jurisprudência a possibilidade de dispensar-se os requisitos específicos de cautelares nominadas, de forma que, presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, deverá ser concedida a medida de

<sup>121</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed., São Paulo, ed. Saraiva: 2016, p. 252.

<sup>122</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed., São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2015, p. 480-481.

urgência adequada ao caso, ainda que ausentes requisitos especificamente eleitos pelo legislador.

Consolidou-se, desse modo, o entendimento de que é possível não apenas a concessão de cautelar não tipificada pelo legislador (a que corresponde a uma concepção tradicional do poder geral de cautela), como, também, a concessão de cautelar nominada, em hipóteses não previstas pelo legislador, sempre que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Orientação diversa, a nosso ver, contrariaria os princípios constitucionais, a que antes nos referimos (cf. comentário ao art. 294 do CPC/2015). Embora inexistam cautelares específicas (ou requisitos específicos para cautelares) no texto no CPC/2015, subsistem, em leis especiais, algumas medidas assecuratórias (por exemplo, Lei 8.397/1992, que disciplina medida cautelar fiscal, semelhante ao arresto outrora previsto nos arts. 813 ss. do CPC/1973 (sem correspondentes, no CPC/2015); sob certo ponto de vista, pode-se considerar cautelar a medida de apreensão prevista no parágrafo 2º do art. 209 da Lei 9.279/1996; arts. 7º e 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992). Segundo pensamos, nos casos em que a lei especial prevê medidas cautelares nominadas (ou típicas), com procedimentos ou pressupostos específicos, deve aplicar-se a construção a que nos referimos no início do presente comentário: o “poder geral” de cautela compreende a possibilidade de se conceder tutela cautelar havendo *periculum* e *fumus*, mesmo que tais pressupostos sejam demonstrados por meios distintos daqueles discriminados expressamente em leis extravagantes.<sup>123</sup>

Desta feita, embora revogadas as medidas nominadas do CPC/73 tais quais várias com aplicabilidade no direito de família, como o arresto (CPC/73, arts. 813-821), o sequestro (CPC/73, arts. 822-825), a busca e apreensão (CPC/73, arts. 839-843) e o arrolamento de bens (CPC/73, arts. 855-860), além das demais outras medidas típicas *assecuratórias* de direito previstas no anterior estatuto processual; em se tratando de rol meramente exemplificativo, e diante da atual concepção de *poder geral de cautela*, havendo *periculum* e *fumus*, e ainda que diante de sua demonstração por meios distintos daqueles previstos em leis extravagantes – quando o caso, poderá o juiz conceder a tutela cautelar liminarmente.

De tão exemplificativo o rol das medidas nominadas, que o artigo 301 do CPC refere-se a estas, e a *qualquer outra medida idônea para assecuração do direito*.<sup>124</sup> Logo, a princípio, a revogação das medidas cautelares (inominadas e nominadas) e provisionais parecem não gerar prejuízo(s) ao(s) conflito(s) de família.

<sup>123</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed., São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2015, p. 481-482.

<sup>124</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 860. Art. 301:2. **Medidas para assecuração do direito**. São possíveis todas as medidas que visem ao resguardo do direito pretendido, motivo pelo qual o rol indicado neste dispositivo é enumerativo.

#### 2.4.1 Da Medida Cautelar de Alimentos Provisionais.

Quanto a esta, reportamo-nos ao exposto ao item 2.3.2.

De todo modo, embora a ausência de previsão legal, admite-se o pleito e cabimento com base no Poder Geral de Cautela – CPC, art. 300, vez que necessário, como já demonstrado, diferenciar os denominados alimentos “provisórios” dos “alimentos provisionais”, tanto no aspecto material como procedimental, para sua exigibilidade.

#### 2.4.2 Da Medida Cautelar de Separação de Corpos e o CPC/2015.

Como mencionado anteriormente, entre as várias medidas constantes à Seção XV do revogado CPC/73 (“De outras medidas provisionais”), encontrava-se a usual figura da *medida cautelar de separação de corpos*, autorizada pelo artigo 888, inciso VI, daquele estatuto.<sup>125</sup> Tal qual se o fez com os alimentos provisionais no tópico anterior, indaga saber se a medida cautelar de separação de corpos pode ser reanimada, à luz do CPC (que não a reproduziu em seu texto).

De início, a questão não pareceria hodiernamente ter maior relevância, notadamente com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, que alterou a redação do artigo 226 da Constituição Federal de 1.988, que dispunha em seu parágrafo 6º, que o casamento civil pode ser dissolvido pelo Divórcio, após prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano, e separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Após a EC, o texto passou a ser o seguinte: “Parágrafo 6º. O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.” Referida alteração constitucional teria feito desaparecer as várias espécies dissolutórias do vínculo conjugal – e respectivos efeitos, independentemente de culpa e observância de prazos.<sup>126</sup>

<sup>125</sup> **CPC/73. Art. 888.** O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: (...) VI – o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

<sup>126</sup> APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO LITIGIOSA DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO APÓS EC Nº 66/10. MUDANÇA DE PARADIGMA. ART. 226, § 6º, CR/88. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE DIRETA, IMEDIATA E INTEGRAL FIM DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NA VIDA PRIVADA. AUTONOMIA DA VONTADE DO CASAL. INEXISTÊNCIA DE REQUISITO TEMPORAL OU CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES AJUSTADAS EM PROCESSO DE SEPARAÇÃO PARA DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO. DIREITO POTESTATIVO. Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, foi alterada a redação do § 6º do artigo 226 da cf/88, suprimindo o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos, diante do que o divórcio passou a independer de restrição temporal ou causal, tornando-se simples exercício de um direito potestativo das partes. Assim, a decretação do divórcio não se condiciona ao cumprimento de decurso de prazo e de obrigações ajustadas em acordo homologado em separação consensual quanto à partilha de bens e alimentos à cônjuge virago. Apelação conhecida e improvida. (TJ-GO;

Esta questão de direito material suscitou inúmeras controvérsias, que, embora não sendo o foco do presente trabalho, redundam em reflexos estritamente processuais. Por primeiro, pelo fato de que o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015, em vigor desde 18/03/2016), ainda que posteriormente à Emenda Constitucional n. 66/2010 faz expressa referência ao instituto da *separação judicial*, em seus artigos 693<sup>127</sup> e 731<sup>128</sup>. De outro lado, alguns julgados mantêm ainda hoje entendimento expresso pela prevalência do instituto da separação judicial, ora entendendo pela não-revogação tácita do instituto pela EC 66/2010, ora admitindo-a para fins de conversão em divórcio daquelas decretadas anteriormente à sua edição.<sup>129</sup>

Maior relevância adquire a questão posta quando, em julgamento firmado pela Quarta Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) em data de 22/03/2017, de Relatoria da Eminente Ministra ISABEL GALLOTTI<sup>130</sup>, se firma entendimento no sentido de que a única alteração ocorrida com a EC 66 foi a supressão do requisito temporal e do sistema bifásico para que o casamento possa ser dissolvido pelo divórcio. E, relembra o mesmo entendimento, diferenciando ambos os institutos, a separação é uma modalidade de extinção da sociedade conjugal que põe fim aos deveres de coabitação, fidelidade e *regime de bens*; enquanto o divórcio extingue o casamento e reflete diretamente sobre o estado civil da pessoa.

---

AC 0024233-73.2015.8.09.0175; Goiânia; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Orloff Neves Rocha; DJGO 07/07/2016; Pág. 213).

<sup>127</sup> **Art. 693.** As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. (...)”

<sup>128</sup> **Art. 731.** A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão: (...)”

<sup>129</sup> RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO. SENTENÇA ULTRA PETITA. REDUÇÃO AOS LIMITES DO ACORDO. RECURSO PROVIDO. A sentença que ao homologar acordo o faz de maneira diversa daquela firmada pelas partes caracteriza-se como ultra petita, competindo ao tribunal, nessa circunstância adequá-la aos termos do acordo. A EC nº 66/2010 possibilitou a dissolução do casamento pelo divórcio independentemente da prévia separação judicial ou do lapso temporal para separação de fato, sem que tenha ocorrido a revogação tácita do instituto da separação judicial. Assim, se as partes pugnaram pela homologação da separação judicial de forma consensual, há que ser homologado o pedido dentro dos limites pleiteados pelas partes. (TJ-MT; APL 7358/2016; Tangará da Serra; Relª Desª Marilsen Andrade Addário; Julg. 04/05/2016; DJMT 10/05/2016; Pág. 85)

APELAÇÃO. AÇÃO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. SEPARAÇÃO JUDICIAL DECRETADA ANTERIORMENTE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. CONVERSÃO. POSSIBILIDADE. 1- A EC nº 66/2010 não banuiu o instituto da separação judicial, sendo que os já separados judicialmente ou separados de corpos por decisão judicial anteriormente a edição da referida emenda, podem pedir a conversão da separação em divórcio, conf. Artigo 35 da Lei nº 6.515/77. Assim, permaneceu o sistema da citada conversão, para o caso de pessoas já separadas juridicamente. 2- cassada a sentença, para determinar o prosseguimento do feito no juízo origem. Apelação conhecida e provida. Sentença cassada. (TJ-GO; AC 0393258-89.2015.8.09.0017; Bela Vista de Goiás; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Wilson Safatle Faiad; DJGO 02/08/2016; Pág. 214).

<sup>130</sup> [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicação/noticia...](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticia...) em 30/03/2017 10:20 (número do processo não divulgado até esta data, sem razão de segredo judicial).

Daí que, em se considerando que o Estado não pode intervir na liberdade de escolha de cônjuges que queiram formalizar a separação a fim de resguardar legalmente seus direitos patrimoniais e da personalidade, preservando a possibilidade de futuro entendimento do casal; e tendo o CPC em seus artigos 693 e 731, na opinião da insigne Relatora, demonstrado a intenção de preservar a figura da separação no ordenamento jurídico nacional, é de se concluir que “... *A separação é uma medida temporária e de escolha pessoal dos envolvidos, que podem optar, a qualquer tempo, por restabelecer a sociedade conjugal ou pela sua conversão definitiva em divórcio para dissolução do casamento.*” (VERBIS).

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY já de há muito se posicionaram neste sentido em seus comentários ao artigo 693 do NCPC, em que pese referida opinião não ser compartilhada pela maioria dos civilistas/familiaristas:

**4. Permanência da separação judicial no ordenamento brasileiro.** Com a menção expressa à possibilidade jurídica do pedido de separação, o CPC corrobora aquilo que já sustentávamos em nosso *CC Comentado*: a EC 66/10, que alterou o CF 226 parágrafo 6º para fazer constar a possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio sem prévia separação, independentemente do prazo para tanto, não extinguiu o instituto da separação. V. Nery-Nery, *CC Comentado*, coments., CC 1571. O RSCD<sup>131</sup> expõe, em alguns pontos, que entende ter sido a separação extinta no ordenamento nacional; mas é interessante notar que ela prevalece aqui. Sobre possibilidade jurídica do pedido no novo CPC, v. coments. CPC 337 e 485.<sup>132</sup>

De todo modo, nos interessa saber se referida medida cautelar (CPC. art. 888, VI) foi reanimada à luz do CPC/2015, haja vista que não possui dispositivo correspondente no atual Estatuto processual.

Interessa-nos os efeitos puramente processuais de referida medida cautelar.

Anteriormente à EC 66/2010, assim se procedia: conforme estabelece o artigo 1.562 do Código Civil, antes de mover a ação de nulidade ou anulação do casamento, a de separação judicial, divórcio direto ou dissolução da união estável, poderia requerer a parte, comprovando sua necessidade, a *separação de corpos*, que seria concedida pelo juiz com a possível brevidade. Requerida e determinada como medida cautelar e em caráter liminar (Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 7º, parágrafo 1º; CPC/73, art. 888, III), de forma

<sup>131</sup> Parecer do Relator, na Câmara dos Deputados, do PL 6025/05, do PL 8046/10 e outros apensos, que tratam do Código de Processo Civil, revogando a L. 5869/73. Apresentado à Comissão Especial da Câmara em 2.7.2013 pelo relator, Dep. Paulo Teixeira. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1086929&filename=Tramitacao-PL+6025/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1086929&filename=Tramitacao-PL+6025/2005)>.

<sup>132</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 1513.

antecedente ou incidental à separação judicial, a sentença que decretasse esta última produziria seus efeitos à data de seu trânsito em julgado, ou à decisão que tiver concedido a separação cautelar (LDiv, art. 8º). A sentença de separação judicial importaria na separação de corpos e na partilha de bens (CC, art. 1.575; LDiv., art. 7º, *caput*), admissível fosse decretada (a separação de corpos) por força de medida de cautelar e em caráter liminar; podendo o divórcio ser concedido sem que haja prévia partilha de bens (CC, art. 1.581). Decorrido 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderia requerer sua conversão em divórcio (CC, art. 1.580).

Pois bem. No entendimento da Ministra ISABEL GALLOTTI (retro-mencionada), do Colêndo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, a separação é uma modalidade de extinção da sociedade conjugal que põe fim aos deveres de coabitação, fidelidade e *regime de bens*; enquanto o divórcio extingue o casamento e reflete diretamente sobre o estado civil da pessoa. Em se admitindo sua manutenção no atual ordenamento jurídico – ainda que após a EC 66/2010, parece ser necessário admitir a subsistência do instituto da *separação de corpos*, e tal qual já sumulou o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.<sup>133</sup> Até porque quem pode o mais, pode o menos.

Nos termos do revogado artigo 888, inciso VI, do revogado CPC/73, a medida cautelar de separação de corpos se destinava a que o juiz ordenasse o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal; ou, se o caso, autorizasse o afastamento de um dos cônjuges da moradia comum, fazendo cessar o dever de coabitação, e não importando este em grave violação dos deveres do casamento (CC, art. 1.566). Poderia ser ordenada, inclusive, na já existência de separação de fato com o intuito de legalizá-la, prevenir atritos e acautelar interesses recíprocos; além de gerar efeitos colaterais, como a ausência da presunção de paternidade de filho concebido durante a separação (além da cessação do dever de coabitação na sua vigência).

O que se verifica na vigência do atual CPC – que prevê expressamente a figura da *separação judicial* nos artigos 693 e 731, é que poderão as partes, querendo, pleitear também pela concessão liminar da separação de corpos para os fins a que se destina – no que

---

<sup>133</sup> Súmula nº 39. A Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não banuiu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, dispensados, porém, os requisitos de um ano de separação de fato (quando litigioso o pedido) ou de um ano de casamento (quando consensual) - (DJ 27.4.2012).

Referência: Incidente de Prevenção ou Composição de Divergência em Apelação Cível nº 70045892452, julgado em 05.04.2012. Sessão do 4º Grupo Cível. Disponibilização DJ nº 4820, de 27.04.2012, Capital, 2º Grau, p. 210.

produzirá em consequência seus efeitos colaterais, caso não desejem pelo Divórcio e consequente dissolução do casamento por razões próprias contra as quais não compete o Estado intervir. Com efeito, se de um lado, a figura de referida cautelar não se presta mais a estabelecer o termo inaugural para a contagem do prazo de 01 (um) ano para a conversão em Divórcio (por força da EC 66/2010, segundo o qual a concessão deste, agora independente de observância de lapso temporal ou prova de culpa), finalidades outras decorrem da *separação de corpos*, como estabelecer a data do término da “sociedade conjugal” e o *termo a quo* para a cessação dos deveres de coabitação, fidelidade e *regime de bens* (de forma a que gerar *incomunicabilidade* posterior, conforme o regime adotado); assim como para fazer cessar a presunção de paternidade de filhos concebidos após esta data.

É neste mesmo sentido que a jurisprudência já vinha se posicionando ainda sob a égide do CPC/73, quanto a se estabelecer premissa pelo não-indeferimento judicial da separação prévia de corpos, liminarmente e *inaudita altera pars* – salvo no caso em que se pretenda o afastamento temporário do cônjuge do lar conjugal, ocasião em que deveria ser previamente ouvido, diante da violência gerada pela medida contra aquele.

De forma que basta que a parte requerente ao solicitar a medida liminarmente, faça prova do casamento e demonstre para fins de cognição sumária a existência de um conflito grave entre o casal, não se debatendo neste processo matéria pertinente à futura ação de separação/divórcio (ou seja, as causas da desavença, tema da ação principal). *Basta a existência do casamento e a vontade de separar-se*, posto que não se poderia obrigar alguém a coabitar com outrem.

YUSSEF SAID CAHALI<sup>134</sup> leciona, neste sentido:

Daí afirmar-se que, ante os fundamentos que a justificam, “a separação de corpos, como medida preparatória do desquite, é de ser antes concedida que negada.

De forma despercebida, na redação do art. 1.562, o Código Civil teria modificado o direito anterior, ao referir que a parte poderá requerer separação de corpos, *comprovando sua necessidade*.

Pois, conforme melhor doutrina e reiterada jurisprudência, na separação provisória de corpos, como processo cautelar, a única prova a ser examinada é a da existência do casamento, revelando-se inoportuna e impertinente qualquer discussão sobre os fatos que devam ser apreciados e julgados na ação de separação judicial; a gravidade do fato que a legitima resulta, por presunção legal, do enunciado da própria ação de dissolução da sociedade conjugal que vai ser proposta (ou já foi proposta, se a medida cautelar for incidente); devidamente instruído com a prova do casamento, solicitada a

---

<sup>134</sup> CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio – atualizada com a EC 66/2010 (Emenda do Divórcio)*. 12ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2011, p. 416-417.

separação de corpos como preliminar da ação de separação definitiva ante o natural constrangimento que daí resulta, não é dado ao juiz negá-lo, pois este não pode substituir as partes na avaliação da existência ou não do constrangimento nem julgar se é, ou não, insuportável o convívio dos futuros litigantes: a existência do conflito entre os cônjuges está na própria natureza da medida cautelar com vistas à separação judicial, impondo, assim, preservar reciprocamente os cônjuges de agressões morais e físicas nessa fase preparatória da disputa judicial futura. (...)

Portanto, sem embargo de antigas e isoladas decisões em sentido contrário, “o processo cautelar preparatório não é, necessariamente, uma antevisão perfeita ou fiel do que seja a ação de desquite; demonstrada a divergência, o juiz concederá a separação de corpos.”

Neste particular, se mostraria suficiente a prova do casamento para a obtenção da liminar em cautelar de separação de corpos, e em não se podendo obrigar alguém a coabitar com outrem, estando-se, em tese, diante de hipótese de *tutela de evidência* - à luz do disposto ao artigo 311, inciso II, primeira parte, do CPC/2015; nada obstante se possa conferir cumulativamente ao pedido o caráter de urgência (tutelas de evidência e de urgência, na mesma hipótese), quando aduz a lei no sentido de que o autor “comprove a necessidade” da medida.

Aspecto importante a ser considerado, ainda, é no sentido de que, como já vinha se posicionando a doutrina e a jurisprudência, a anterior existência de *separação de fato* não era fator impeditivo à outorga de alvará de separação de corpos com o objetivo de legalizar a situação dos cônjuges – notadamente por desta decorrerem efeitos relevantes, como, por exemplo, estabelecer o marco final ao matrimônio<sup>135</sup>, bem como a possibilidade ou não do interessado em contestar paternidade de filho concebido após a separação de fato, mas ainda na constância do vínculo e da sociedade conjugais.<sup>136</sup>

<sup>135</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Medida cautelar de separação de corpos. Síntese fática. Determinação de afastamento do varão. Insurgência do mesmo. Retorno ao lar. Impossibilidade. Marco ao fim do matrimônio. Princípio da autonomia da vontade. Evidência de intolerância e animosidade entre o casal. Amparo ao bem estar familiar. Questões patrimoniais que comportam ação autônoma. Recurso conhecido e não provido. (TJ-PR; Ag Instr 1509106-4; Astorga; Décima Primeira Câmara Cível; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Lenice Bodstein; Julg. 14/09/2016; DJPR 26/10/2016; Pág. 431)

<sup>136</sup> DIREITO DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO DE CORPOS. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INOCORRÊNCIA. Legitimação da situação fática a separação de fato do casal não é óbice para a propositura de medida cautelar de separação de corpos, visto que permanece o propósito de fazer cessar o regime de bens e os demais deveres conjugais, com a legitimação da situação fática, em especial se o ex-consorte continua frequentando regularmente a antiga residência, causando-lhe constrangimento e embaraço. (TJ-SC; AC 0670422-64.2007.8.24.0000; Blumenau; Quinta Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Luiz César Medeiros; DJSC 20/10/2016; Pág. 175)

DIREITO DE FAMÍLIA. CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS. SENTENÇA TERMINATIVA POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. CASAL JÁ SEPARADO DE FATO. SITUAÇÃO, CONTUDO, PERMEADA POR INCERTEZA. UTILIDADE NA REGULARIZAÇÃO JURÍDICA DA REALIDADE FÁTICA. DIREITO À OBTENÇÃO DA MEDIDA. INTERESSE PROCESSUAL CONFIGURADO. DOUTRINA E PRECEDENTES DESTA CORTE. SENTENÇA ANULADA. RECURSO PROVIDO. A saída voluntária do cônjuge da residência do casal não afasta o interesse processual da cautelar de separação de corpos,

Distribuída a cautelar de separação de corpos, esta previne a competência para a ação principal, salvo em se tratando de *separação consensual*, na qual não se insere qualquer lide.<sup>137</sup>

Conforme YUSSEF SAID CAHALI<sup>138</sup>, releva ainda considerar se subsiste a prevenção de competência do juízo da medida cautelar, se o pedido foi denegado, ou se caduca a medida cautelar antes deferida. Com efeito, segundo os artigos 308, *caput* (CPC/73, art. 806) e 309 (CPC/73, art. 808, I) do CPC/2015, efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de cessação de sua eficácia.

Segundo o citado autor, no que diz respeito à prevenção de competência do juízo cautelar, se o pedido foi denegado ou se caducou a medida, tecnicamente o mais correto seria a desvinculação do juízo da medida cautelar extinta, fazendo desaparecer a prevenção, vez que o CPC não adota a chamada “conexão por sucessividade”, no que menciona julgado do TJSP neste sentido<sup>139</sup>. Mas, como cita, a jurisprudência preponderante considera sem relevância, para a modificação de competência antes firmada, ter sido negado o pedido de separação de corpos ou caducado referida medida cautelar.

Citando a Súmula n. 10 do TJRS, que ensaiou jurisprudência no sentido de que a medida cautelar de separação de corpos não perde a sua eficácia pelo transcurso do prazo de 30 dias, de forma a ser inaplicável a regra dos artigos 806 e 808 I do CPC/73 (atuais artigos 308, *caput*; e 309, do CPC/2015)<sup>140</sup>, embora se tenha consolidado a jurisprudência em sentido contrário – pela caducidade. Caducando a medida cautelar por não proposta a ação principal tempestivamente, tornaria-se ineficaz de pleno direito a medida expulsória, de forma que o cônjuge repellido teria readquirido o direito de regresso ao lar.

---

pois persiste o objetivo de legalizar a separação de fato, com a cessação dos deveres conjugais. " (TJSC, Apelação Cível n. 2009.014705-1, de São José, Rel. Des. Monteiro Rocha, j. 20-09-2012). (TJ-SC; APL 0301146-88.2015.8.24.004; Balneário Piçarras; Terceira Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato; DJSC 16/09/2016; Pag. 141).

<sup>137</sup> TJSP, AI 106.076-1, 5ª Câmara, 10.11.1988.

<sup>138</sup> CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio – atualizada com a EC 66/2010 (Emenda do Divórcio)*. *Op. cit.*, p. 421.

<sup>139</sup> 4ª Câmara do TJSP: Se a medida cautelar caduca, não há mais a *vis attractiva*, que justifica a distribuição da ação principal por dependência, uma vez que não se pode falar em conexão ou continência, nem mesmo em acessoriedade, que implica idéia de conexão e esta, por seu turno, induz possibilidade de decisões contraditórias, que o preceito do art. 108 do CPC procura evitar que aconteça (16.02.1978, *RJTJSP* 50/288).

<sup>140</sup> TJRS - Súmula nº 10. O deferimento do pedido de separação de corpos não tem sua eficácia submetida ao prazo do art. 806 do CPC. (DJE 30.12.1987 e 8.1.1988)

Referência: Uniformização de Jurisprudência nº 587028978, julgada em 11.12.1987. Sessão das Câmaras Cíveis Reunidas. Publicação DJE 30.12.1987, p.2. Republicação DJE 08.01.1988.

Referida discussão, entretanto, teria perdido interesse prático diante da célere evolução do direito de família, no sentido de que a simples *separação de fato* acaba produzindo efeitos similares à medida cautelar de separação de corpos, eventualmente caducada.

É por esta razão que, em que pesem críticas à decisão do Colêndo Superior Tribunal de Justiça que entendeu pela prevalência no ordenamento jurídico brasileiro da *separação judicial*, que é possível se considerar que, não obstante desde a edição da EC 66/2010 diversos tenham sido os entendimentos judiciais em sentido contrário – em primeiro e segundo grau, que, de todo modo, a praxe forense têm se direcionado pelo ajuizamento do pedido de Divórcio, como direito potestativo das partes. De forma que, caso pretendam as partes por razões particulares pela cessação apenas da *sociedade conjugal* – com os efeitos decorrentes da separação judicial (delimitar o marco final da sociedade; por fim aos deveres de coabitação, fidelidade e ao regime de bens; ilidir a presunção de paternidade decorrente do casamento, para o caso de concepção posterior), poderão fazê-lo por meio do instituto da *separação de corpos* – tal qual ocorreria mediante simples *separação de fato*, que produzisse efeitos similares a esta. Lógico, com o condão de formalizar e regularizar a última, para a produção de todos os seus efeitos legais. E, se e quando melhor lhes aprouver, futuramente, pôr fim ao casamento com o divórcio.

É forçoso reconhecer, portanto, que a referida medida cautelar de *separação de corpos* (CPC. art. 888, VI) aparentemente foi reanimada à luz do novo CPC<sup>141</sup>, incluindo-se no contexto do que o artigo 301, parte final, nomina como “... *qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito*”, ora fundada em tutela de evidência (CPC, art. 311, II, primeira parte e parágrafo único) e ou urgência (CPC, arts. 297 – *poder geral de cautela*, e 300), ou ambas concomitantemente. A existência de anterior *separação de fato* não inibe seu

---

<sup>141</sup> APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. PARTILHA. SALDO EXISTENTE EM CONTA BANCÁRIA NA DATA DA SEPARAÇÃO DE CORPOS. DIREITO À MEAÇÃO. VALOR DA VENDA DE IMÓVEIS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO SOB COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. PAGAMENTO DE DÍVIDA EM PROVEITO DO CASAL. AUSÊNCIA DE PROVA. PARTILHA DO VALOR DOS IMÓVEIS DEVIDA. SIMULAÇÃO DE DÍVIDA. ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA. NEGOU-SE PROVIMENTO AO APELO DO RÉU. 1. O saldo existente na conta bancária do cônjuge na data da separação de corpos deve ser partilhado, se não há prova de que se trata de valor excluído da comunhão parcial pactuada pelo casal (CC 1.658). 2. É ônus da parte que alega provar a existência e o valor da dívida para a qual teria revertido o produto da venda de imóveis do casal, sem o que o montante deve ser partilhado, uma vez proveniente de bens adquiridos na constância do casamento sob regime de comunhão parcial de bens. 3. Litiga de má-fé o cônjuge que altera a verdade dos fatos, ao trazer aos autos confissão de dívida inexistente, a fim de subtrair valor da partilha de bens. 4. Negou-se provimento ao apelo do réu. (TJ-DF; APC 2009.07.1.032343-5; Ac. 970.514; Quarta Turma Cível; Rel. Des. Sérgio Rocha; Julg. 21/09/2016; DJDFTE 19/10/2016).

cabimento e pleito; e na sua ausência, a separação de fato – devidamente comprovada, estará, em tese, apta a produzir os efeitos que de referida cautelar se esperava.<sup>142</sup>

Diante dos bens jurídicos que tutela, poderá ser antecedente ou incidental (o que comumente ocorre quando integra pedido cumulativo<sup>143</sup>). Em sendo antecedente (CPC, art. 305, *caput*), e sem prejuízo de que o juiz possa entender que o pedido tem natureza antecipada (aplicando-se a fungibilidade, nos termos do parágrafo único do artigo 305, cc. art. 303), efetivada a tutela cautelar deverá o autor formular o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias (CPC, art. 308 e parágrafos). Em não o fazendo – ou se não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias, nos termos do artigo 309 do CPC, cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, sendo vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento. Remanesce neste particular e em tempos de CPC, o posicionamento majoritário da jurisprudência vigente à época do CPC/73, no sentido de que a medida expulsória perderia eficácia e o cônjuge readquiriria o direito de regresso ao lar – refutando-se a aplicação da Súmula n. 10, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em se penalizando o autor pela própria inércia quanto ao seu dever de promover a ação principal no prazo legal.<sup>144</sup> Têm sido este, aliás, o entendimento da atual jurisprudência em decisões prolatadas após o início da

---

<sup>142</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEPARAÇÃO CONSENSUAL. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ACORDO CELEBRADO AO TEMPO DA SEPARAÇÃO DO CASAL MANTENDO O EX-CÔNJUGE NA QUALIDADE DE DEPENDENTE DO PLANSERV. AJUSTE QUE NÃO OPERA EFEITOS EM RELAÇÃO AO TERCEIRO NÃO SIGNATÁRIO POR OFENSA AO ART. 10, i, DA LEI ESTADUAL Nº. 7.249/98. PERDA DA QUALIDADE DE DEPENDENTE. Em regra a separação judicial ou de fato e o divórcio são causas de perda da qualidade de dependente, salvo quando o segurado prestar alimentos ao dependente, que não é o caso dos autos. O art. 10 da Lei Estadual 7.249/98, atinente ao Sistema de Seguridade Social dos Servidores Públicos Estaduais prescreve que em caso de separação de fato ou judicial, bem assim, divórcio, entre o segurado e a pessoa com quem contraiu núpcias, esta última perderá a qualidade de dependente, em decorrência do vínculo administrativo mantido entre a servidora e o Estado da Bahia. AGRAVO IMPROVIDO. (TJ-BA; AI 0008295-55.2016.8.05.0000; Salvador; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Maurício Kertzman Szporer; Julg. 04/10/2016; DJBA 10/10/2016; Pág. 184)

<sup>143</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL E DISSOLUÇÃO CUMULADA COM SEPARAÇÃO DE CORPOS, ALIMENTOS E PARTILHA DE BENS, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. NOVEL DIGESTO PROCESSUAL CIVIL. DEFINIÇÃO EXPRESSA QUANTO A POSSIBILIDADE DE FORMULAÇÃO DO PLEITO DE GRATUIDADE A QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO. INSUFICIÊNCIA MOMENTÂNEA DE RECURSOS COMPROVADA. Consoante uníssono posicionamento deste egrégio Tribunal de Justiça, somente gozará dos benefícios da assistência judiciária a parte que efetivamente comprovar sua hipossuficiência financeira, mesmo que momentânea. Assim, para viabilizar o acesso ao Poder Judiciário, concedo o diferimento de custas ao final, fato que não implicará prejuízos para os cofres públicos, porquanto não ocorre a exoneração do pagamento, mas sim a sua realização no término da ação, com as devidas correções. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-GO; AI 0059297-53.2016.8.09.0000; Goiânia; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Marcus da Costa Ferreira; DJGO 05/10/2016; Pág. 146)

<sup>144</sup> TJRS - Súmula nº 10. O deferimento do pedido de separação de corpos não tem sua eficácia submetida ao prazo do art. 806 do CPC. (DJs 30.12.1987 e 8.1.1988)

Referência: Uniformização de Jurisprudência nº 587028978, julgada em 11.12.1987. Sessão das Câmaras Cíveis Reunidas. Publicação DJE 30.12.1987, p.2. Republicação DJE 08.01.1988.

vigência do CPC, ainda que referentes a feitos que se originaram ainda sob a égide do CPC/73.<sup>145</sup>

De todo modo, caso o juiz julgue improcedente ou extinga a medida cautelar de separação de corpos sem resolução de mérito, na lição de YUSSEF SAID CAHALI<sup>146</sup>, o juízo terá restado preventivo. Interessante julgado, entretanto, foi prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre<sup>147</sup>, quando julgou procedente Conflito Negativo de Competência suscitado sob o argumento de que Ação de Divórcio deveria tramitar perante Juízo no qual, anteriormente, teria tramitado Medida Cautelar de Separação de Corpos e Ação de Separação Judicial Litigiosa extintas sem resolução de Mérito antes da EC 66/2010. Por não terem a mesma identidade de pedido ou causa de pedir com a ação de divórcio - já que as referidas ações não objetivavam a dissolução do matrimônio, mas apenas e tão somente a extinção de alguns dos efeitos do casamento; entendeu-se pela inocorrência da prevenção. Diga-se, consequência direta da alteração promovida pela EC 66/2010, e que corrobora o reavivamento, ainda que na vigência do CPC/2015, da medida cautelar de *separação de corpos*.

---

<sup>145</sup> APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA CAUTELAR SEPARAÇÃO DE CORPOS EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. NÃO PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL NO PRAZO LEGAL. PEDIDO DE MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM FAVOR DO ADVOGADO DO RÉU. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MINORADOS. OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. APRECIÇÃO EQUITATIVA. ARTIGO 20, §4º CPC. RECURSO PROVIDO. Os processos desta espécie. Cautelar. Têm natureza de processo de ação, sendo, portanto, autônomos e contenciosos, submetendo-se aos princípios da sucumbência e da causalidade, de modo que a parte sucumbente deve arcar com os honorários advocatícios. Nas causas em que não houver condenação, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, inteligência do § 4º do art. 20 do CPC. A fixação da verba advocatícia deve atender aos princípios da razoabilidade e da equidade, bem como remunerar o trabalho desenvolvido pelo causídico, principalmente por ter efetivado a defesa da parte, no entanto, sem caracterizar manifesta excessividade, o que acarreta a plausibilidade de sua redução. (TJ-MT; APL 75879/2015; Capital; Relª Desª Nilza Maria Pôssas de Carvalho; Julg. 13/09/2016; DJMT 16/09/2016; Pág. 57) NCPC, art. 20

<sup>146</sup> CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio – atualizada com a EC 66/2010 (Emenda do Divórcio)*. Op. cit., p. 421.

<sup>147</sup> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO DISTRIBUÍDA INICIALMENTE AO JUÍZO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE RIO BRANCO. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA COM BASE NO ART. 286, II, DO NCPC, PARA O JUÍZO DA 2ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE RIO BRANCO, ONDE TERIAM TRAMITADO A CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS Nº 0014541-90.2007.8.01.0001 E A AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA Nº 0017657-07.2007.8.01.0001, QUE FORAM EXTINTAS SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66, DE 13 DE JULHO DE 2010. CONFLITO SUSCITADO PELA 2ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE RIO BRANCO INOCORRÊNCIA DE REITERAÇÃO DE PEDIDO FORMULADO EM PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. NÃO CONFIGURAÇÃO DA SITUAÇÃO PREVISTA NO ART. 286, II, DO NCPC A AUTORIZAR A DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. 1. Se a ação de separação litigiosa e a cautelar de separação de corpos, apontadas como motivação para a declinação da competência para julgamento da ação de divórcio, foram extintas sem resolução do mérito antes da Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, forçoso concluir que não possuem mesma identidade de pedido ou causa de pedir com a ação de divórcio, já que as referidas ações não objetivavam a dissolução do matrimônio, mas apenas e tão somente a extinção de alguns dos efeitos do casamento, pelo que se deve afastar a declinação de competência com fundamento no art. 286, II, do ncpc. 2. Conflito julgado procedente. (TJ-AC; CC 0100399-77.2016.8.01.0000; Ac. 3.233; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Júnior Alberto; DJAC 23/06/2016; Pág. 25).

Resta indagar, se a *fungibilidade* entre medida cautelar e antecipada prevista no parágrafo único do artigo 305 do CPC<sup>148</sup> (possibilidade do juiz converter o pedido cautelar em tutela antecipada) é via de mão dupla, haja vista a inexistência de previsão legal neste sentido.

#### 2.4.3 De Outras Medidas Provisionais (CPC/73, art. 888) e o CPC/2015.

Como já mencionado, no que se refere às demandas familiares, diversas eram as medidas cautelares a estas aplicáveis, fossem decorrentes do exercício do “Poder Geral de Cautela” em sede de cautelares inominadas (CPC/73, art. 798), fosse mediante o exercício dos Procedimentos Cautelares Específicos (CPC/73, arts. 813-887; p. ex.: arrolamento, arresto e sequestro de bens, etc.). Destacava-se a aplicação nas demandas familiares, das denominadas “De outras medidas provisionais” (CPC/73, arts. 888-889), em especial os pedidos formulados inclusive em caráter liminar, destinados a regulamentar a posse provisória de filhos nos casos de separação judicial ou anulação de casamento, a guarda e a educação dos filhos, o direito de visita e o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente pelos pais, tutores ou curadores, a assegurar a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos, a permitir o afastamento de menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais e o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

No que diz respeito às demais hipóteses do revogado art. 888 do CPC/73, aplicáveis em direito de família (incisos II, III, IV, V e VII), as *tutelas provisórias* se regulam/realizam, sob as normas e em consonância com aquelas previstas nos procedimentos específicos, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Neste último aspecto, o *poder geral de cautela* do revogado art. 798 do CPC/73 subsiste agora nos termos dos artigos 297 e 301 do NCPC, de forma que o juiz deve tomar todas as medidas que entender adequadas para efetivação da tutela provisória, ou seja, deve criar condições efetivas para *assegurar* direito ou *satisfazê-los* de imediato (direito que se busca assegurar x direito que se busca satisfazer).

Como já abordado, não obstante o CPC não tenha reproduzido em seu texto as medidas cautelares típicas do CPC/73 (dentre eles as medidas provisionais dos artigos 888-889), o artigo 301 do novel estatuto processual faz remissão expressa a algumas medidas

---

<sup>148</sup> **Art. 305.** A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. **Parágrafo único.** Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

previstas no código revogado (em rol meramente exemplificativo), quando neste se faz constar que “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.”

Como afirmou JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>149</sup>, consolidou-se, desse modo, o entendimento de que é possível não apenas a concessão de cautelar não tipificada pelo legislador (a que corresponde a uma concepção tradicional do poder geral de cautela), como, também, a concessão de cautelar nominada, em hipóteses não previstas pelo legislador, sempre que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Nos casos em que a lei especial prevê medidas cautelares nominadas (ou típicas), com procedimentos ou pressupostos específicos, o “poder geral” de cautela compreende a possibilidade de se conceder tutela cautelar havendo *periculum* e *fumus*, mesmo que tais pressupostos sejam demonstrados por meios distintos daqueles discriminados expressamente em leis extravagantes.

Logo, a princípio, a revogação das disposições referentes às medidas cautelares (inominadas e nominadas) - em especial as previstas no revogado artigo 888 do CPC/73, parecem não gerar prejuízo(s) ao(s) conflito(s) de família.

## **2.5 Tutelas Antecipadas nas ações de família.**

### 2.5.1 Aspectos gerais.

Conforme anteriormente mencionado, o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) trouxe novo regramento às denominadas *Tutelas de Urgência*, com a supressão das disposições que previam a existência do denominado “Processo Cautelar” (CPC/73, arts. 796-889), e do instituto da “Antecipação de Tutela (CPC/73, art. 273), da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Nominando seu Livro V de “Tutela Provisória”, trouxe um Título referente a “Disposições Gerais” (CPC, arts. 294-299), bem como dividiu-a em Tutelas de Urgência (arts. 300 a 310) e de Evidência (art. 311). Quanto às tutelas de urgência, dividiu-as em Tutela Cautelar e Tutela Antecipada, que, por sua vez, podem ser antecipadas e incidentais. Criou,

---

<sup>149</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno. Op. cit.*, p. 481-482.

na figura da Tutela Antecipada em caráter antecedente (arts. 303-304), a figura da *estabilização* (art. 304, *caput*, cc. art. 303, parágrafo 5º), com vistas à maior obtenção de efetividade no processo.

A seara do direito de família abrange a tutela de direitos pessoais e/ou patrimoniais, notadamente decorrentes da diferenciação de outrora entre vínculo conjugal e sociedade conjugal. Neste particular, as disposições de direito de natureza pessoal dos artigos 1.511 a 1.638 do Código Civil (casamento, proteção à pessoa dos filhos, relações de parentesco, adoção e poder familiar), e de direito patrimonial dos artigos 1.639 a 1.693 e 1.711 do mesmo diploma legal (regimes de bens, bem de família, alimentos e usufruto e administração de bens de filhos menores), dentre outras decorrentes de legislação geral e específica, voltadas às relações familiares.

A grande parte dos direitos sob tutela nas relações familiares são de natureza indisponível, muitos destes exercidos em relações jurídicas continuativas (p. ex., guarda, direito de visita, alimentos, etc.), o que impacta diretamente na sua submissão ao regime de tutelas provisórias e seus efeitos. Por outro lado, aborda direitos de natureza patrimonial, essencialmente disponíveis – embora nem sempre negociáveis (é o caso, p. ex., de bens imóveis doados pelos cônjuges em favor dos filhos, embora sob usufruto vitalício daquele cônjuge que manterá consigo a guarda dos menores. Enquanto aquele cônjuge usufrutuário viver, persiste o usufruto e seus efeitos). Ambos, podem ser pleiteados em pedidos isolados ou cumulativos, observadas as regras procedimentais.

É voz corrente afirmar que as decisões prolatadas em demandas que versam sobre referidos direitos indisponíveis, como regra não produzem efeitos coisa julgada material (p. ex., alimentos provisionais e provisórios; respectivamente, CC art. 1.699 e Lei n. 5.478/68, art. 13, parágrafo 1º).

Referido entendimento, certamente derivado da interpretação literal do disposto ao artigo 1.699 do Código Civil e do artigo 13, § 1º, da Lei n. 5.478/68), reside equivocada. Na realidade, diante da natureza jurídica continuada da obrigação alimentar, prevêem referidos dispositivos da possibilidade de revisão, a qualquer tempo, dos valores fixados em favor do(a) alimentando(a), se houver modificação na situação financeira das partes, que pode dar-se sob as formas de exoneração, redução ou majoração do encargo, conforme as circunstâncias. Portanto, desde que expressamente previstos em lei – notadamente em relações jurídicas continuativas, o “não-fazer coisa julgada material” decorre da natureza continuada da relação, e não da natureza jurídica, em si, do direito.

Como afirma JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, a respeito, é possível haver nova decisão sobre questão relativa à “mesma lide”, quando tratar-se de “relação jurídica de trato continuado”, e sobrevier “modificação no estado de fato e de direito” (art. 505, I, do CPC/2015). Nesse caso, será possível pedir a revisão do que fora decidido.

Poder-se-ia dizer que, no caso, se estaria diante de hipótese em que a sentença não faz coisa julgada. Não é o que ocorre, contudo. Na verdade, nessa caso opera-se a coisa julgada, mas *em correspondência ao pedido e à causa de pedir* realizados. Em se tratando de relação de trato continuado, o que pode suceder é que se alterem as circunstâncias que informaram a causa de pedir levada a juízo, na primeira ação. Assim, tendo-se alterado a causa de pedir, será possível a prolação de nova sentença, mas, tendo em vista que *a causa petendi é outra, outra também será a ação.*<sup>150</sup>

Questiona-se se o instituto da estabilização, agora admitido pelo CPC/2015 em seu artigo 304, *caput*, se aplica também nas demandas familiares, evidentemente, em se tratando de pedido formulado em sede de *Tutela Antecipada em caráter antecedente*.

Já alertava MARIA BERENICE DIAS, ainda que sob a égide do CPC/73, que demandas envolvendo vínculos afetivos que se romperam têm peculiaridades que exigem respostas imediatas e soluções rápidas, pelo que o CPC previa as medidas provisionais específicas do art. 888, II a VII e as medidas cautelares típicas aplicáveis ao direito de família (como o arresto, sequestro, busca e apreensão e arrolamento de bens) – além das cautelares inominadas. Também a possibilidade de antecipação de tutela, nos termos do artigo 273, do Estatuto processual revogado. Entretanto, o uso indiscriminado pelas partes, tanto de medidas cautelares como de pedidos de antecipação de tutela no bojo da ação de conhecimento, gerava inúmeros questionamentos sobre a possibilidade de o juiz adotar uma medida distinta da pleiteada pela parte.

Apesar das divergências doutrinárias, o fato é que a fungibilidade entre as medidas de urgência está expressamente prevista na lei (CPC 273, parágrafo 7º). Ou seja, o juiz pode – ou melhor, deve – adotar medida que garante efetividade à pretensão veiculada pela parte. Afinal, tem ele o dever de acautelar direitos e prevenir a ocorrência de danos (CPC 798). O que descabe é indeferir a inicial ou extinguir o procedimento por impossibilidade jurídica do pedido. É o que se chama de fungibilidade em duplo sentido: conceder tutela antecipada em lugar da cautelar ou esta em vez daquela. Nada mais do que a instrumentalidade das formas a serviço da efetividade. Como diz Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a urgência está no cerne mesmo do direito de família. A urgência que envolve as demandas de

<sup>150</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno. Op. cit.*, p. 750.

família e as peculiaridades individuais de cada processo exigem tutela diferenciada.<sup>151</sup>

Como anteriormente mencionado, nos termos do parágrafo único do artigo 305 do NCPC, caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* (procedimento da Tutela Cautelar requerida em caráter antecedente) tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no artigo 303 (procedimento da Tutela Antecipada requerida em caráter antecedente). Embora a ausência de previsão legal no CPC, a respeito do cabimento da hipótese inversa (conversão de tutela antecipada em cautelar), a própria jurisprudência já se posicionou favoravelmente a respeito, a se entender que o legislador permite ampla fungibilidade entre as tutelas provisórias. Considerada esta como uma manifestação da necessidade de aproveitamento dos atos processuais já praticados – com observância dos princípios da economia processual e da duração razoável do processo, é de se considerar possível conhecer o pedido de tutela satisfativa (antecipada) como se pedido de tutela cautelar fosse (e vice-versa), seja formulado de forma incidental, seja de maneira antecedente. Até porque, se o legislador, prescindindo o exame de urgência, permite o deferimento de tutela provisória de evidência, porque negar a fungibilidade se o pleito formulado cogitou a existência do periculum in mora, de fato ausente? Se há evidência de um direito não urgente, não haveria porque sonegar a agilidade para seu exercício, se o sistema concebe técnica apta para o seu acolhimento. A fungibilidade, mais que útil, é necessária à efetivação do direito evidentemente violado.<sup>152</sup>

<sup>151</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9ª ed., São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2013, p. 93-94.

<sup>152</sup> “SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL INATIVA. GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE INSTITUÍDA PELA LEI N. 13.763/20061) CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO ART. 1º DA LEI N. 9.494/1997 QUE NÃO ATINGE CAUSA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. ENUNCIADO N. 729 DA SÚMULA DO STF. 2) PROFESSORA CEDIDA À FUNDAÇÃO CATARINENSE DE EDUCAÇÃO ESPECIAL E EM EXERCÍCIO NA APAE NA DATA DA APOSENTADORIA. CABIMENTO DA GRATIFICAÇÃO. PRECEDENTES. 3) TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA DE URGÊNCIA (ART. 300, CAPUT, DO CPC/2015). PROBABILIDADE DO DIREITO COMPROVADA. PROVA DO PERIGO DE DANO INSUFICIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA MEDIDA NESSA MODALIDADE. 4) TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA DE EVIDÊNCIA (ART. 311, IV, DO CPC/2015). FUNGIBILIDADE ENTRE OS INSTITUTOS. PETIÇÃO INICIAL INSTRUÍDA COM MEMÓRIA DOCUMENTAL SUFICIENTE DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DA AUTORA. AUSÊNCIA DE PROVA, JUNTADA PELO RÉU, CAPAZ DE GERAR DÚVIDA RAZOÁVEL. DEFERIMENTO DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA, COM AS GARANTIAS DO ARTIGO 10 DO CPC DE 2015.” (TJ-SC; AI 0032813-81.2016.8.24.0000; Florianópolis; Primeira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva; deram provimento; DJSC 17/10/2016; Pag. 215).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO PAULIANA. FUNGIBILIDADE ENTRE TUTELA ANTECIPADA E CAUTELAR. ART. 273, § 7.º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA ENTRE A AÇÃO PAULIANA E OS EMBARGOS DE TERCEIRO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANUTENIDA. I. O magistrado de origem, acertadamente, ante a natureza cautelar do pedido de tutela antecipada formulado pelo autor, converteu-o em cautelar, conforme preconiza o art. 273, § 7.º, do CPC. A aplicação da fungibilidade entre as tutelas antecipadas e as cautelares constitui uma imposição ao órgão julgador. Precedentes do STJ. II. Haverá litispendência somente quando

Importante ressalva é feita por JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, a respeito da fungibilidade, ao comentar o parágrafo único do artigo 305 do NCPC: “... *embora comumente se afirme que, no caso, haveria fungibilidade entre tutelas cautelar e antecipada, pensamos que, a rigor, não é disso que se trata; deve o magistrado interpretar o pedido apresentado pela parte, precisando seu real sentido, pouco importando a denominação empregada na petição inicial. A recíproca é verdadeira (cf. comentário ao art. 294 CPC/2015).*”<sup>153</sup>

É, portanto, a natureza e alcance do(s) direito(s) pleiteado(s), que vai demonstrar qual o mecanismo de tutela de direito, cuja aplicação se afigura mais adequada. O processo deve servir ao direito material, e não o contrário.

2.5.2 Da Tutela Antecipada em Caráter Antecedente – e eventual Estabilização, e Incidental nas ações de família.

2.5.2.1 Requisitos gerais comuns à tutela cautelar e antecipada, e “graus de probabilidade”.

Como mencionado, o novo Código de Processo Civil ao introduzir em seu contexto o Livro V - “Da Tutela Provisória”, trouxe um Título referente a “Disposições Gerais” (CPC, arts. 294-299), bem como dividiu-a em Tutelas de Urgência (arts. 300 a 310) e de Evidência (art. 311). Quanto às tutelas de urgência, dividiu-as em Tutela Cautelar e Tutela Antecipada, que, por sua vez, podem ser antecipadas e incidentais. Criou, na figura da Tutela Antecipada em caráter antecedente (arts. 303-304), o instituto da *estabilização* (art. 304, *caput*, cc. art. 303, parágrafo 5º), com vistas à maior obtenção de efetividade no processo.

A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, que poderá ser concedida liminarmente ou após justificção prévia, e não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Pode o juiz, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte venha a sofrer, podendo dispensá-la diante de parte economicamente hipossuficiente (CPC, art. 300).

---

presente no caso concreto a tríplice identidade. Mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido. Interpretação oriunda do art. 301, V e parágrafos, do CPC. III. Agravo de instrumento improvido. (TJ-AM; AI 4002262-42.2015.8.04.0000; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. João de Jesus Abdala Simões; DJAM 06/08/2015; Pág. 33).

<sup>153</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed., São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2016, p. 520.

ARLETE INÊS AURELLI<sup>154</sup>, a respeito, leciona que no texto definitivo do CPC houve uma reorganização, uma sistematização, ao diferenciar as tutelas provisórias em urgência e evidência, e depois em antecipadas e cautelares. Não se adotou, portanto, um regime único para as tutelas de urgência, mantida a diferenciação entre tutelas de urgência antecipadas e cautelares, que possuem requisitos comuns e específicos para sua efetivação.

São requisitos comuns e indispensáveis, tanto para a obtenção de tutela antecipada como para a cautelar: a) Presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito – *fumus boni iuris*; b) *periculum in mora*. Como requisito eventual ter-se-á a *caução* (CPC, art. 300, parágrafo 1º); sendo requisito indispensável exclusivo para tutelas cautelar e antecipada antecedentes a *necessidade de indicar a lide e seu fundamento*, e requisito negativo exclusivo para tutelas antecipadas, *o perigo da irreversibilidade*.

Dentre os requisitos comuns para obtenção de tutela antecipada ou cautelar, temos o *fumus boni iuris* (probabilidade do direito) e o *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo).

Quanto ao primeiro requisito (*fumus boni iuris*), deve haver a demonstração pelo autor de que há probabilidade de o direito que postula existir, o que ARAKEN DE ASSIS<sup>155</sup> diz reportar-se ao *prognóstico favorável ao autor*, como o sendo o ônus que incumbe a este quanto à alegação e demonstração da verossimilhança do direito alegado perante o réu, ou mais que isso, evidente. Referida demonstração dependerá da prova documental produzida com a inicial e eventual prova testemunhal produzida em audiência de justificação, de forma a permitir que o juiz avalie se o autor deduz em juízo direito possível, comportando prognóstico menor (verossimilhança) ou maior (evidência) de êxito na referida postulação. Pelo que o juiz por primeiro realiza o que citado autor denominou de “cálculo de probabilidade da existência do direito”, passando, em seguida, a considerar este hipotético direito apto ou não a receber a tutela reclamada, impedindo seu desaparecimento ou lesão. O juízo de verossimilhança, portanto, reporta-se à análise de questões de fato e de direito, de forma que ao juiz não interessa necessariamente saber o que há ou houve, mas pressupor uma série de opções de cunho valorativo, em diálogo com o sistema normativo, com vistas à atribuição de consequências práticas e jurídicas (pode haver prova pré-constituída do alegado direito, mas não amparada pelas decisões dos tribunais – sem *razões* de direito).

---

<sup>154</sup> AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015*. In: Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio (Org.). PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2. Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2016, p. 9-38 (Sistema de Educação Continuada a Distância, v. 1).

<sup>155</sup> ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 416.

Em geral, prova inequívoca é prova pré-constituída – a prova documental. Essa espécie de prova traduz alta probabilidade de êxito na pretensão. Entende-se por probabilidade, nesse contexto, a preponderância dos motivos convergentes à aceitação de certa proposição em detrimento dos motivos divergentes. Perante a prova pré-constituída, cujo sentido é único, torna-se provável que o juiz resolva o mérito a favor do autor. Daí por que o juízo emitido pelo juiz, nesse tópico, representará autêntico prognóstico da vitória do autor – é a probabilidade do direito reclamada no art. 300, *caput*. Em tais termos, a função da prova inequívoca era (e ainda é) de fácil compreensão. Ela situará o convencimento do juiz num grau intermediário entre a dúvida e a certeza. A prova inequívoca aproxima, na cognição sumária, o juízo de verossimilhança do juízo de certeza.<sup>156</sup>

No mesmo sentido se manifesta ARLETE INÊS AURELLI<sup>157</sup>, quanto a que em ambas as tutelas de urgência, deve haver a demonstração de que há *probabilidade* de o direito existir. Mas introduz relevante e importante advertência, quanto à antiga controvérsia doutrinária acerca da existência de “graus de probabilidade” a serem consideradas para fins de obtenção de medida liminar, em sede ora de cautelar (CPC/73, art. 798; *fumus boni iuris*) e em sede de antecipação de tutela (CPC/73, art. 273, *caput*; *prova inequívoca* e *verossimilhança da alegação*)

Não há mais que se falar em variação, entre as diferentes tutelas de urgência, com relação à fumaça do bom direito. Isso porque, no novo regramento, sempre deverá ser demonstrado que há probabilidade da **existência do direito**.

Note-se que probabilidade é diferente de possibilidade – quando se diz que é provável a chance de o direito existir é bem mais crível do que quando se diz que é possível. No sistema do CPC de 1973, os juízes se contentavam com a mera **possibilidade**, mas, no novo diploma processual, a exigência será de demonstração da **probabilidade**.

Não bastam, assim, meras alegações sem qualquer comprovação. É preciso ter provas robustas do quanto alegado. Se o requerente da medida não tiver prova documental que demonstre a probabilidade de o direito existir, poderá requerer **audiência de justificação** para produzir provas orais.

Assim, parece que a **teoria da gangorra** perde a razão de ser. Isso porque o *fumus boni iuris*, caracterizado pela probabilidade do direito, deve estar sempre presente.

LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO, em sua tese de doutoramento, defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), leciona neste sentido

Para que fique bem entendido nosso raciocínio, faz-se analogia com uma gangorra. Numa das pontas, o *fumus boni iuris*; noutra, o *periculum in mora*. Quanto maior for o *periculum*, menos importância se dará ao *fumus* para a

<sup>156</sup> ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 418.

<sup>157</sup> AURELLI, Arlete Inês. *Op. cit.*, p. 12-13.

decisão acerca da concessão da tutela de urgência. É claro que precisa haver algum *fumus*, ou seja, algum grau de convencimento do juiz da possibilidade de, ao final, reconhecer o direito invocado. Ambos os requisitos devem estar presentes, mas são os dois variáveis ao sabor das particularidades do caso concreto. A conjugação desses dois fatores, caso a caso, é que convencerá o juiz a deferir, ou não, a tutela de urgência.<sup>158</sup>

Tal qual já havia se posicionado referido autor à mesma obra:

Dito isso, aproveitamos a oportunidade para registrar que o requisito do *fumus boni iuris* está para a cautelar, assim como o requisito da prova inequívoca da verossimilhança da alegação está para a antecipação de tutela. Ambos tratam de um juízo de plausibilidade-probabilidade-verossimilhança relacionado ao direito substancial que varia, em maior ou menor grau, em razão do caso concreto e não em função do tipo de tutela considerada (se cautelar ou antecipatória).

Não concordamos, pois, com a posição da doutrina majoritária, amparada numa interpretação literal do art. 273, *caput*, do CPC, de que a *prova inequívoca da verossimilhança da alegação* que se exige para a tutela antecipada é um *plus* em relação ao “*fumus boni iuris*” exigido para a tutela cautelar. (...) <sup>159</sup>

Perceba-se, pois, que a cognição do juiz, longe de ser predeterminada por critérios de classificação, deve guardar relação com a realidade, considerando-se não só o grau de convencimento com o direito alegado, mas também e principalmente o risco de causar à parte grave ou irreparável dano. Nesses casos, o juiz, ciente das limitações inerentes a uma cognição sumária e desprezadas as diferenças quantitativas e qualitativas que se podem levantar a respeito dos graus de convicção, deve entendê-la como uma *cognição adequada ao caso*.

Nesse contexto, perde sentido insistir na diferenciação entre “*fumus*” e “*prova inequívoca da verossimilhança*”, que, embora possa ser sustentada na teoria, é (ou deveria ser) indiferente na prática, permitindo-se ao juiz plena liberdade de avaliação dos requisitos à luz do caso concreto, sem ficar preso a distinções, limites e exageros que possam inviabilizar a tutela jurisdicional de urgência.<sup>160</sup>

Quanto ao segundo pressuposto (*periculum in mora*), o risco de dano deve estar presente em ambas as tutelas provisórias de urgência, com a diferença de que na tutela provisória antecipada, deve apresentar perigo de dano ao próprio direito; enquanto na tutela provisória cautelar deve apresentar risco quanto ao resultado útil do processo ou risco ao

<sup>158</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Jurisdicional de urgência: regime jurídico único das tutelas cautelar e antecipada*. Tese de Doutorado em Direito, defendida à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP): 2010, p. 255-256.

<sup>159</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Jurisdicional de urgência: regime jurídico único das tutelas cautelar e antecipada*. *Op. cit.*, p. 184.

<sup>160</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Jurisdicional de urgência: regime jurídico único das tutelas cautelar e antecipada*. *Op. cit.*, p. 256-257.

processo. Conforme AURELLI<sup>161</sup>, na antecipação de tutela o que se antecipa é o **pedido** (efeitos que a sentença poderá produzir no plano empírico; o risco é de fruição do próprio direito, de forma que a esta realiza o direito) e não a certificação do direito. Na cautelar, há risco de que o processo, ao final, não tenha o resultado útil.

Com efeito, à luz do CPC/73, o *periculum in mora* significava o risco iminente de que, ocorrendo certos fatos, impedida estaria a efetividade da prestação jurisdicional. Traduzia-se portanto, em sede de cautelares, na probabilidade da ocorrência de dano a uma das partes em atual ou futura ação principal, como resultado da morosidade no seu processamento ou julgamento.<sup>162</sup> Como já mencionado, a *verossimilhança da alegação*, ligada à tutela antecipatória e outrora referida ao artigo 273, *caput*, do revogado CPC/73, que se consubstanciaria na relativa certeza quanto à verdade dos fatos, consistente, se não em prova de certeza absoluta (até porque seria sempre relativa, ainda que concluída a instrução), em prova robusta que, embora o âmbito de cognição sumária, aproximasse, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.<sup>163</sup> Conforme já mencionado, referida distinção não mais encontra lastro no CPC/2015.

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>164</sup>, ao lembrar que há muitas semelhanças entre as liminares fundadas em urgência fundadas em urgência, que antecipem efeitos da tutela ou que acautelem – de modo que nem sempre é fácil distinguir se o que o autor pretende é tutela antecipada ou medida cautelar, embora em se tratando de duas categorias pertencentes a um mesmo gênero (o das medidas urgentes), parte da doutrina na vigência do CPC/73 afirmava ser irrelevante a distinção, devendo uma ou outra formas de tutela de urgência receberem idêntico tratamento jurídico. Mas, como adverte o jurista/autor, ainda que diante da *fungibilidade*, parece mais adequado entender que, no caso, deve-se interpretar o pedido de modo a extrair-lhe o seu sentido, ainda que utilizada terminologia que se afigure menos precisa. E que, conforme o caso, poderá se tornar necessária uma adequação procedimental quando o pedido de tutela de urgência corresponder a modalidade distinta da que indicada pelo autor.

Desta feita, será considerada *adequada* a medida que propugnar maior proteção e realização do direito frente ao perigo. Pelo que, à luz do CPC/73 seria possível pensar que, para se conceder a tutela antecipada de urgência, se exigiria maior certeza quanto à

---

<sup>161</sup> AURELLI, Arlete Inês. *Op. cit.*, p. 13

<sup>162</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. *As Tutelas Cautelar e Antecipada – Coleção Estudos de Direito de Processo ENRICO TULLIO LIEBMAN – vol. 52*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2002, p. 305.

<sup>163</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 4ª ed., São Paulo, ed. Saraiva: 2005, p. 77-78.

<sup>164</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno. Op. cit.*, p. 482, 486-487.

probabilidade da existência do direito do que para a concessão de tutela cautelar. Como afirma, no que diz respeito ao novel Estatuto processual civil

Não se pode extrair tal distinção do texto do CPC/2015. Um direito evidente poderá ser protegido por tutela cautelar, e poderá haver antecipação dos efeitos da tutela frente a um direito apenas provável. A medida de urgência deverá ser determinada em atenção a uma série de elementos, habitualmente sintetizados na fórmula *fumus + periculum*, mas que são bastante abrangentes. A medida a ser concedida será a *adequada* à proteção e realização do direito frente ao perigo. Para se deliberar entre uma medida conservativa “leve” ou “menos agressiva” à esfera jurídica do réu e uma medida antecipatória (ou, no extremo, antecipatória e irreversível) deve-se levar em consideração a importância do bem jurídico a ser protegido (em favor do autor) frente ao bem defendido pelo réu. Esse item é considerado tanto ao início da operação tendente a averiguar se os pressupostos encontram-se ou não presentes como ao final, ao se “fechar” tal justificação, a fim de se conceder a medida. Mas, embora o *texto* do CPC/2015 não nos permita extrair que a maior probabilidade conduz à tutela de urgência antecipada, e o menor grau de certeza à mera conservação, a isso se acaba se conduzindo logicamente. Há, ainda, outro elemento a considerar: o CPC/2015 disciplina tutelas de evidência que dispensam a urgência e têm índole antecipatória. Assim, embora uma correlação, em termos absolutos, entre “maior evidência = antecipação” e “menor evidência = cautelar” não nos pareça adequada, tudo conduz a que se conclua que o maior grau de certeza quanto à existência do direito *tende* a favorecer a concessão de antecipação de tutela.<sup>165</sup>

Ressalva ARLETE INÊS AURELLI<sup>166</sup>, que a teoria do sistema móvel, citada por Eduardo José da Fonseca Costa para diferenciar tutelas de urgência das tutelas de evidência, parece ainda remanescer no sistema com importância prática. Referida teoria, desenvolvida pelo privatista austríaco Walter Wilburg (1905-1991), denotaria que não existe uma hierarquia rígida entre “elementos” ou “forças” (no caso específico, os quatro elementos ou forças móveis que referido autor entende necessárias para a caracterização da responsabilidade civil), estabelecendo-se uma igualdade fundamental de categoria, e que eles não devem surgir sempre todos, mas antes se possam substituir uns aos outros, num sistema de permutabilidade livre.

Segundo EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA<sup>167</sup>, referido sistema encaixa-se como uma luva na explicação de “leis” que regem a concessão de liminares na experiência jurídica brasileira:

---

<sup>165</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno. Op. cit.*, p. 486-487.

<sup>166</sup> AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de Urgência no Código de Processo Civil de 2015. Op. cit.*, p. 13.

<sup>167</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O Direito Vivo das Liminares. Op. cit.*, p. 18.

Ora, abstraindo-se as análises promovidas por Wilburg a respeito da responsabilidade extracontratual, seu “sistema móvel” encaixa-se como uma luva na explicação das “leis” que regem a concessão de tutelas liminares na experiência jurídica brasileira. O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* também são “elementos” ou “forças” que se articulam de forma variável, sem absolutismo e rigidez dimensional, nos processos concretos de concessão de provimentos jurisdicionais *initio litis*. Logo, para que o juiz defira o pedido de liminar, não se pressupõe a convergência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*: é possível que eles se substituam mutuamente, desde que o único pressuposto presente tenha um “peso especial” (especialidade essa que pode ser presumida por lei ou aquilatada pelo juiz, a partir dos dados fornecidos pelo caso e dentro de uma “margem de discricionariedade controlada”).

Por tais sucessos, conclui citado autor no sentido de que, “... a despeito da “*ampla margem de discricionariedade*” que cabe ao juiz, não lhe cabe proferir uma decisão equitativa incontrolável, mas, sim, orientar a sua decisão pelos princípios por ele indicados e fundamentá-la no caso particular, devendo, ainda, refletir sobre quais os “elementos” que fundamentarão a responsabilidade, em que grau eles se apresentam em cada caso e como serão valorados.(...) Decerto, essa “*conformação móvel*” aumentaria a responsabilidade do juiz quando da aplicação do direito processual civil; contudo, permitir-lhe-ia ser mais justo, sem que nas suas decisões tivesse de apelar apenas para equidade, sentimentalismo ou conceitos similares desprovidos de conteúdo.”

2.5.2.2 Requisitos gerais comuns à tutela cautelar e antecipada, e as “máximas de experiência” como requisito eventual e complementar, nas ações de família.

No início deste trabalho se fez menção às *máximas de experiência*, a serem utilizadas pelo julgador e previstas no artigo 375, do CPC/2015.<sup>168</sup>

Em tese, em que pese a ausência de previsão legal específica que preveja sua aplicabilidade neste âmbito – em acréscimo aos requisitos gerais à concessão de tutela cautelar ou antecipada, entendemos pela aplicabilidade limitada de referida premissa na concessão de *tutelas provisórias* na seara do direito de família.

Bem adverte neste sentido ARAKEN DE ASSIS<sup>169</sup>, ao analisar o requisito comum do *prognóstico favorável ao autor* (que o artigo 300, *caput* do CPC chama de “probabilidade

<sup>168</sup> Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

<sup>169</sup> ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, Parte Geral: Institutos Fundamentais*. Op. cit., p. 421.

do direito”), notadamente no que diz respeito ao juízo de verossimilhança do direito alegado para fins de cognição sumária e eventual concessão de liminar, que

Porém, há situações e, que o autor não dispõe de prova inequívoca, embora postule medida de urgência satisfativa. É o caso do afastamento do cônjuge do lar conjugal, a mulher alegando a iminência de atos de violência física do marido. Para suprir a deficiência probatória, não raro o juiz designa audiência de justificação, ouvindo testemunhas impedidas ou não (v.g., a mãe da mulher, a empregada doméstica, os vizinhos, e assim por diante). E, infelizmente, às vezes a prova testemunhal ou não existe ou não é esclarecedora. Os litígios de família são propícios a essas situações. O tradicional binômio – necessidade (do autor) e possibilidade (do réu) – não logrará, igualmente, demonstração *a priori* nas ações de alimentos. O juiz decidirá num sentido ou noutro, aquilatando as alegações, pois isto é o que, afinal, a fórmula do “juízo de verossimilhança” quer expressar.<sup>170</sup>

Desde o início da vigência do CPC/2015, a pragmática têm demonstrado decisões interlocutórias na qual se fixa liminarmente obrigação alimentar (notadamente nas demandas alimentares sob o procedimento especial da Lei n. 5.478/68), onde os juízes incluem, dentre os fundamentos da decisão concessiva, as regras/máximas de experiência, quanto às despesas geradas por filhos, p.ex., em tenra idade, que oneram excessivamente ao genitor guardião, a legitimar a pretensão posta.<sup>171</sup>

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY<sup>172</sup>, ao referirem-se ao artigo em comento (CPC, art. 375; *regras/máximas de experiência*) informam que este trouxe um *plus* em relação ao artigo 140<sup>173</sup>, distinguindo-se dos *costumes* e dos *fatos notórios*. Os *costumes* são fontes do direito e representam juízos de valores, tanto na aplicação

<sup>170</sup> ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, Parte Geral: Institutos Fundamentais*. Op. cit., p. 419.

<sup>171</sup> “DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. ALIMENTANDOS. MENORES IMPÚBERES. ALIMENTANTE. GENITOR. RENDIMENTOS MENSASIS. AUTÔNOMO. AFERIÇÃO PRECISA. INVIABILIDADE. PENSÃO MENSURADA DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS. CONFIRMAÇÃO. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO. MAJORAÇÃO E MINORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA. MANUTENÇÃO. 1. A mensuração dos alimentos deve guardar conformação com as necessidades do alimentando e com as possibilidades do alimentante (CC, art. 1.694, § 1º), e, como corolário dessa equação, sua fixação deve ser governada pela apuração viabilizada pelos elementos de prova coligidos e pela apreensão empírica das necessidades do beneficiário como forma de serem coadunados com a capacidade do obrigado e com que é possível de fomentar ao destinatário da verba para o custeio de suas necessidades e fruição do padrão de vida compatível com sua condição social. 2. As necessidades de criança em idade escolar são incontroversas, e, conquanto impassíveis de serem precisadas, são passíveis de serem estimadas de forma empírica, mormente porque, em consonância com as regras de experiência comum, variam de acordo com a disponibilidade financeira e com o status social dos pais, ensejando que os gastos com a manutenção dos filhos sejam dosados precipuamente pela capacidade econômica que ostentam. (...)” (TJ-DF; APC 2015.02.1.004029-9; Ac. 968.465; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Teófilo Caetano; v.u; negaram provimento; Julg. 14/09/2016; DJDFTE 06/10/2016).

<sup>172</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. Op. cit., p. 1006.

<sup>173</sup> **Art. 140.** O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico. **Parágrafo único.** O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

da lei, como na aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, juízos de valores estes individuais, mas que trazem consigo a imagem do consenso geral – notabilizam certos fatos e evidências que fazem parte da cultura de uma determinada esfera social. Os *atos notórios* confundem-se com as máximas de experiência, por não dependerem de prova e possuírem característica de generalidade, pois são conhecidos no tempo e no lugar em que ocorrem; mas diferenciam-se na posição que ocupam no silogismo do juiz: a regra de experiência constitui premissa maior, o fato notório premissa menor.

WILLIAM SANTOS FERREIRA<sup>174</sup>, ao comentar o artigo 375 do novo Código de Processo Civil, leciona que decorrem as *regras de experiência* da constatação de uma série de casos, suas condições, suas consequências. Surgem pela observação do que comumente acontece, fazendo parte de uma cultura geral normal do juiz, e serão aplicadas independentemente de prova das mesmas, mas é imprescindível que sejam resultado de uma série de casos.<sup>175</sup> Se há necessidade de conhecimento técnico específico para análise do caso concreto, deve ser determinada a perícia.<sup>176</sup>

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA estabelece a diferenciação entre regras/máximas de experiência comum e técnica, além de fazer referência ao que se denomina de “*junk science*”. A regra de experiência *comum* implica uma dedução que se extrai do fato provado – extrai-se de um fato secundário, que o fato principal deve ter ocorrido, tratando-se de presunções *hominis*, que só podem ser utilizadas perante o caso concreto em que é

<sup>174</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. FERREIRA, William Santos. *Comentário: “Das Provas”*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2015, p. 1017-1018.

<sup>175</sup> Citando Stein: “São definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados do caso concreto que se julga no processo, decorrentes da experiência, porém, independentes de casos particulares, de cuja observação se deduzem e que tem valor para os casos novos” (F. Stein, *El conocimiento privado del juez*, trad. Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 22).

<sup>176</sup> RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. APLICAÇÃO EM FUNDOS DE INVESTIMENTO ATRELADOS AO DÓLAR. MAXIDESVALORIZAÇÃO DA MOEDA BRASILEIRA EM JANEIRO/1999. PERDAS DOS INVESTIDORES. ALEGAÇÃO DE MÁ GESTÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. COMPLEXIDADE TÉCNICA DA CAUSA. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. 1. Afasta-se a alegação de negativa de entrega da plena prestação jurisdicional quando a corte de origem examinou e decidiu, de forma motivada e suficiente, as questões que delimitaram a controvérsia. 2. Quando a matéria de fato demandar conhecimento técnico e específico para sua adequada compreensão, escapando às regras de experiência comum, deve o juiz deferir a produção de prova pericial, a teor do art. 145, caput, e, a contrario sensu, do inciso I do parágrafo único do art. 420, ambos do CPC, sob pena de configuração de cerceamento de defesa. 3. Nessas circunstâncias, não é dado ao julgador, ainda que detenha cultura técnica em outras áreas além da jurídica, valer-se de seus conhecimentos em detrimento da prova pericial, produzida nos termos da Lei, com inteira submissão ao princípio do contraditório. 4. Não se aplica o óbice da Súmula n. 7 do STJ quando o reconhecimento da necessidade de realização de prova pericial prescinde de revolvimento fático, bastando a valoração das provas mencionadas expressamente no acórdão recorrido. 5. Recursos especiais conhecidos e providos. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 1.549.510; Proc. 2011/0150592-9; RJ; Terceira Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJE 04/03/2016).

suscitada e depende da existência e comprovação do substrato fático que a torna cogitável no processo; enquanto a *máxima* deve ser testada e justificada, não podendo ser meras ilações ou suposições. A regra de experiência técnica passa a ser assim considerada quando reproduz-se a ponto de se vulgarizar, de tornar-se conhecimento comum; devem ser conhecidas, validadas e não refutadas – não se confundindo com meras hipóteses. Como afirma o jurista/autor, ao referir-se à expressão *junk science*, se estará diante de teorias não comprovadas, embora muito repetidas – pelo que seria empregada muito frequentemente em relação à prova pericial; devendo-se evitar que se traga ao processo algo, que sob o pretexto de consubstanciar-se como máxima de experiência, na verdade se trataria de *junk science*.<sup>177</sup>

Discorrendo sobre os riscos da utilização das *máximas de experiência* (*a autorização de estereótipos no julgamento*), LEONARD ZIESEMER SCHMITZ<sup>178</sup> adverte da necessidade de controle da utilização das regras de experiência, que, enquanto categoria de julgamento com base em provas, não passa, de estereótipos que variam de acordo com a subjetividade do intérprete.

Toda a construção do conceito de regras de experiência possibilita discricionariedades, e a estruturação de uma norma concreta, quando levar em conta uma generalização deste espécie, impõe ao julgador um ônus argumentativo muito maior, a fim de explicar minuciosamente por que a decisão será dada com base nestas observações mais ou menos empíricas.

Isto porque, em considerando que o artigo 375 do CPC faculta que o juiz, na valoração dos fatos trazidos pelas partes, utilize-se de “regras de experiência”, que seriam dadas pela “observação do que geralmente acontece”, na verdade não passam de uma generalização que pode, ou não, ser verdadeira para um determinado caso concreto, consistindo referido artigo em verdadeira autorização para que o juiz se valha de observações alheias à letra da lei, constituindo-se numa válvula de escape epistemológica para quando a resposta parece não ser encontrada no próprio ordenamento jurídico.

A valoração e interpretação das versões dos fatos trazidos pelas partes deve levar em consideração aspectos da vida real, de forma que as regras de experiência, ao contrário, não são uma somatória de experiências concretas, mas uma reunião daquilo que há de universal nas experiências concretas. De forma que, como aduz o jurista/autor, uma máxima de experiência é um enunciado que contém em si uma pretensão de ser uma transposição da

---

<sup>177</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit., p. 672-673.

<sup>178</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. TALAMINI, Eduardo (Coords.). SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais – A crise na construção de respostas no processo civil* (Coleção Liebman). São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2015, p. 266-275.

“realidade” para o mundo jurídico, de maneira propositalmente genérica e universalizante; decorrente de observação empírica, mas na prática dissociada de situações concretas. São generalizações que buscam auxiliar o julgador a compreender certos acontecimentos da vida.

Citando classificação para as máximas de experiência proposta por JOSÉ AUGUSTO DELGADO

“As máximas de experiência que podem servir para a solução dos conflitos são as seguintes: 1) regras de experiência e cultura gerais quanto às normas de uma perícia ou erudição especiais na arte, na ciência, em ofício, profissão, comércio ou tráfico; 2) o resultado da investigação científica ou de uma atividade profissional ou artística; 3) noções extrajudiciais decorrentes dos conhecimentos artísticos, sociais ou práticos possuídos pelo juiz e aplicados no momento em que avalia a prova. [...] A falta de normas jurídicas particulares, isto é, normas jurídicas que regulam a espécie, é condição de aplicação das máximas de experiência.”<sup>179</sup>

Assim, o juiz não pode julgar sem se atentar à realidade – de forma que esta nem sempre pode ser capturada, transformada em texto e generalizada em máximas de experiência; pois o que é facticidade se transmite em instrumento de discricionariedade. De forma que, comumente, uma regra de experiência ingressa no discurso jurídico como elemento autorizador de preconceitos e visões estereotipadas da realidade. Risco que se agrava diante da impossibilidade de se estabelecer qualquer critério de controle sobre as regras de experiência, e, como não há (e nem pode haver) uma sistematização do que sejam estas máximas, o julgador pode invocar uma regra que siga o esquema *premissa-conclusão*, sem sequer justificar onde encontra respaldo empírico nas observações “do que ordinariamente acontece.” Até mesmo se colocando “no lugar das partes”, imaginando o que faria, pensaria ou reagiria caso os fatos do processo lhe ocorressem, numa hipóteses equivocadíssima e deturpada visão da realidade. Ainda segundo o mesmo autor há, portanto, uma linha muito tênue que separa as opiniões subjetivas do intérprete e a facticidade do caso a ser julgado, de forma que as partes do processo ficam completamente reféns da experiência pessoal do julgador a que foram submetidas. Interpretar nesses termos, seria abrir mão de compreender o caso concreto<sup>180</sup> e relacioná-lo, sem contextualização, a situações meramente análogas.

<sup>179</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. TALAMINI, Eduardo (Coords.). SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais – A crise na construção de respostas no processo civil (Coleção Liebman)*. Apud, DELGADO, José Augusto. *Alguns aspectos controvertidos no processo de conhecimento. Revista dos Tribunais*. vol. 80. p. 29. São Paulo: Ed. RT, fev. 1991.

<sup>180</sup> PROCESSUAL CIVIL. Recurso especial. Enunciado administrativo 3/STJ. Intervenção do estado no domínio econômico. Infração à ordem econômica. Formação de cartel. Falta de comprovação. Rejeição da configuração

No direito de família, tome-se, a título de exemplo, o disposto na Lei n. 11.804/08 (Lei de Alimentos Gravídicos). Como aduz MARIA BERENICE DIAS, embora de alimentos verdadeiramente não se trate, mas de subsídios gestacionais em favor da gestante, que promove a ação em nome próprio (para os fins do artigo 2º de referida lei – em rol não exaustivo: alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis a critério do médico), e cujo termo inicial diverge a doutrina – ora pela concepção, ora pela data do ajuizamento da ação, ora do despacho que deferiu os alimentos, basta ao juiz reconhecer a existência de *indícios de paternidade* para deferí-los liminarmente, em ação cujo rito é o da Ação de Alimentos (Lei n. 5.478/68). Segundo a mesma autora

Basta o juiz reconhecer a existência de **indícios de paternidade** para a concessão dos alimentos, não sendo suficiente a mera imputação da paternidade pela autora. Conforme Yussef Cahali, seria leviandade pretender que o juiz deva se satisfazer com uma cognição superficial. De qualquer modo, não é necessária a prova da necessidade da gestante. O encargo não guarda proporcionalidade com os ganhos do alimentante, tal ocorre com os alimentos devidos ao filho. Existe um limite: as despesas decorrentes da gravidez. Além do pagamento de prestações mensais, possível impor o atendimento de encargos determinados, como, por exemplo, os exames médicos.<sup>181</sup>

Imagine-se, por outro lado, a hipótese em que, diante da ausência de prova inicial da gestante quanto aos *indícios de paternidade*<sup>182</sup>, determine o juízo a citação do requerido antes do deferimento do pedido formulado em caráter liminar, e, após a oferta de contestação, caso este não tenha negado expressamente a paternidade que lhe é atribuída, ou ao menos ter negado ter mantido relações sexuais para com a autora – ao invés de se limitar a afirmar que ela se relacionara com este e com outros homens à época da concepção, venham a ser

---

de prática infracional. Trânsito em julgado de ação judicial. Novas provas. Uso de regras de experiência. Impossibilidade. Anulação de processo administrativo e de multa. Violação a normativos federais. Prestação jurisdicional incompleta. Descaracterização. Julgamento contrário aos interesses da parte. Jurisprudência do STJ. Súmula nº 568/STJ. Carência de prequestionamento. Súmula nº 211/STJ. Fundamentação inatcada. Súmula nº 283/STF. Impossibilidade de revisão do acervo probatório. Súmula 07/STJ. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 1.610.319; Proc. 2016/0169644-6; RS; Segunda Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; DJE 18/10/2016)

<sup>181</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Op. cit., p. 560-561.

<sup>182</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. A Lei n. 11.804/2008 regulamenta o direito de alimentos à gestante. Contudo, embora possível o deferimento liminar de alimentos provisórios, em se tratando de ação de alimentos gravídicos, imperioso que a demanda esteja instruída com elementos de prova que conduzam à reclamada paternidade. Na ausência de qualquer prova acerca da paternidade, inviável a fixação de alimentos provisórios. Agravo de instrumento desprovido. (TJ-RS; AI 0265972-64.2016.8.21.7000; Canoas; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol; Julg. 26/10/2016; DJERS 31/10/2016)

concedidos liminarmente os *alimentos gravídicos*, partindo-se da *regra de experiência* de que se o réu com esta manteve relação carnal, a paternidade não pode ser de plano descartada.

Neste sentido, interessante julgado, segundo o qual, para fins de demonstração do requisito “indícios de paternidade” – com vistas à concessão de alimentos gravídicos nos termos do art. 6º da Lei nº 11.804/08, prescindindo o julgador/Relator de rigorismo exacerbado e compulsando os autos, denotou que restara incontroversa a consumação da relação sexual entre a agravante e o agravado no período citado à inicial, além do que, a agravada teria juntado, nos autos de primeiro grau, conversas estabelecidas com o agravado via aplicativo de smartphone denominado whatsapp, nas quais discutiam sobre a possível gravidez. Somado ao método matemático, apurou-se ainda que o período de gravidez coincidira com o período da relação sexual, a despeito de não ser, evidentemente, preciso. Pelo que o recurso foi conhecido e provido.<sup>183</sup>

À guisa de outros elementos, se estará diante de um perigoso precedente decorrente da utilização deste mecanismo, o que deve ser evitado; até em razão da irrepetibilidade da verba alimentar – caso se lhe reconheça esta natureza. Como reafirma LEONARD ZIESEMER SCHMITZ, a fundamentação de uma decisão judicial não pode, a pretexto de utilização de uma observação sobre “o que ordinariamente acontece”, fazer valer a vontade do intérprete em detrimento da autonomia do fenômeno jurídico; “... *uma decisão judicial deve ter condições de prescindir da utilização de regras de experiência genéricas. Se uma decisão é dada exclusivamente com base em uma máxima de experiência, seu conteúdo normativo é duvidoso, afinal não se pode dizer ser contundente a argumentação que meramente reproduz aquilo que ‘ordinariamente acontece’.* É preciso que haja motivos suficientes para, juntamente com a regra de experiência utilizada, embasar o que está sendo decidido para um caso concreto.”<sup>184</sup>

<sup>183</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. INDÍCIOS SUFICIENTES DA PATERNIDADE. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA.” (TJ-AL; AI 0802994-15.2015.8.02.0000; Terceira Câmara Cível; Rel. Juiz Conv. Maurício César Brêda Filho; DJAL 13/01/2016; Pág. 52)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. ALIMENTO GRAVÍDICO. EXISTÊNCIA DE INDÍCIO DA PATERNIDADE. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE URGÊNCIA. 1- nos termos do artigo 6º da Lei nº 11.804/2008, são devidos os alimentos gravídicos quando há indícios da paternidade. 2- no caso concreto, há prova inequívoca da verossimilhança das alegações, o indício da paternidade, demonstrado pela existência anterior de relação amorosa entre as partes e, ao que tudo indica, sem o uso de método anticonceptivo, bem como do perigo da demora, tendo em vista que a agravante já estava no 5º mês de gestação na data da interposição do agravo de instrumento. Recurso provido. (TJ-MS; AI 1409337-96.2015.8.12.0000; Campo Grande; Segunda Câmara Cível; Rel. Juiz Geraldo de Almeida Santiago; DJMS 15/10/2015; Pág. 10)

<sup>184</sup> SANTANA, Alexandre Ávalo. ANDRADE NETO, José de. *Novo CPC – Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. SCHMITZ, Leonard. Ziesemer. Comentário: II. *Quem não chorar no enterro da*

E, como afirma ANDRÉ BRUNI VIEIRA ALVES<sup>185</sup>

*As máximas de experiência são regras gerais e abstratas induzidas da experiência; sob o aspecto lógico podem se revestir em definições ou teses hipotéticas; não se confundem com os acontecimentos individuais; com estes se relacionam para a formação do juízo de fato no raciocínio do juiz; possuem como característica a sua relatividade; e, por serem uma conclusão alcançada por um raciocínio lógico-indutivo, as máximas de experiência – tal como ocorre com qualquer proposição decorrente de uma indução – podem perder a sua validade caso novas observações demonstrem serem tais regras não tão evidentes.*

### 2.5.2.3 Graus de Satisfatividade e de Estabilização.

Como já se verificou, as *tutelas provisórias* se dividem em tutelas de urgência cautelares - que visam evitar a perda do direito em decorrência da demora do processo (direito que se busca assegurar – art. 305) e tutelas de urgência antecipadas – voltadas a permitir a antecipação da tutela pretendida pela parte (direito que se busca realizar – art. 303).

Desta forma, na vigência do novo Código de Processo Civil, encontra-se superada a discussão doutrinária e jurisprudencial de outrora, quanto à admissibilidade de *cautelares satisfativas*. Neste sentido, conforme BERNARDO PIMENTEL SOUZA, as cautelares podem ser antecedentes ou incidentais (NCPC, artigo 294 e parágrafo único), podiam ser típicas ou atípicas (no CPC/73 revogado – em regras não reproduzidas no CPC/2015), podem ser constrictivas ou não; mas “... não podem ser classificadas em satisfativas ou preventivas, porquanto não há cautelar satisfativa; toda cautelar é preventiva, protetiva, assecuratória, já que sempre visa à proteção do processo principal.”<sup>186</sup>

Previo o revogado CPC/73, medidas que embora concedidas como de natureza cautelar, a estas não deveriam ser aplicadas as disposições próprias da tutela cautelar, dado sua feição eminentemente antecipatória e natureza satisfativa – o que as tornava incompatíveis com a apresentação de um “pedido principal”. Nestas afigurava-se a ausência de *instrumentalidade* (característica da cautelar), ou ao menos esta restava atenuada.

---

*própria mãe corre o risco de ser condenado à morte. O (AB)uso de Máximas de Experiência na Valoração e Interpretação Probatória.* Campo Grande, ed. Contemplar: 2016, p. 215-234.

<sup>185</sup> ALVES, André Bruni Vieira. *As Máximas de Experiência: Extensão, Função e Controle no Processo Civil.* Dissertação de Mestrado defendida à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP): 2014, p. 154.

<sup>186</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. *Execuções, Cautelares e Embargos no Processo Civil.* São Paulo, ed. Saraiva: 2013, p. 16-17.

No que diz respeito à tutela provisória de natureza antecipada, seja antecedente ou incidental, sua natureza é eminentemente satisfativa.

Segundo JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, a expressão “satisfatividade” pode ter vários sentidos, podendo-se falar em tutela satisfativa em *razão da irreversibilidade de seus efeitos* (ex.: liminar que autoriza a transfusão de sangue); *porque suficiente em si mesma*, tornando irrelevante a apresentação de pedido principal (ex.: liminar em ação de busca e apreensão de filho menor, não restituído pelo outro ao término do período fixado para a visita); e, quando há coincidência entre aquilo que se concede liminarmente e aquilo que se pede em caráter principal (ex.: liminar de reintegração de posse). As duas primeiras, vocacionadas a se tornarem *satisfativas autônomas*; a última, embora a *satisfatividade interinal* (provisional), podendo ser disciplinada pela lei processual de modo a ser estimulada sua autonomização.<sup>187</sup>

Por fim, se entenda como *graus de estabilização*, a possibilidade de ser esta concedida total ou parcialmente. Segundo HEITOR VITOR MENDONÇA SICA<sup>188</sup>, o artigo 304 do CPC foi redigido tendo-se em conta a hipótese em que a antecipação de tutela estabilizável seja total; ante a inércia do réu em interpor recurso, o juiz extingue o processo como um todo e a decisão se estabiliza.

Como menciona referido autor, as situações podem se mostrar mais complexas, como quando o juiz defere apenas uma parcela do pedido do autor – em tutela antecipada parcial (ex.: pedido pecuniário a menor), ou no caso do autor formular dois pedidos em cumulação simples, e o juiz antecipar apenas um deles (ex.: pede custeio de tratamentos médicos urgentes e uma pensão mensal, e o juiz defere liminarmente o último pedido). Como afirma, em se considerando que o CPC prevê hipótese de desmembramento do objeto litigioso – em especial acolhendo a figura do julgamento parcial de mérito (art. 356), não há razões para se recusar a estabilização parcial, com a redução do objeto litigioso que será submetido a julgamento fundado em cognição exauriente; nada obstante o risco de que a decisão final seja desfavorável ao autor, produzindo contradição lógica (e não jurídica) – como sempre ocorre nas hipóteses de processos simultâneos, ou na hipótese análoga em que o recurso for parcial, o que provocará a estabilização nos limites da matéria não atacada pelo recurso.

---

<sup>187</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit., p. 496-497.

<sup>188</sup> DIDIER JR, Fredie (Coord. Geral). COSTA, Eduardo José da Fonseca. PEREIRA, Mateus Costa. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (Coords.). *Tutela Provisória – coleção Grandes Temas do Novo CPC*, v. 6. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Artigo: *Doze Problemas e Onze soluções quanto à chamada “Estabilização da Tutela Antecipada*. Salvador, ed. JusPodivm: 2016, p. 355.

Diferenciam-se, portanto, *graus de satisfatividade* e *graus de estabilização*. Estas, que também não se confundem com *graus de probabilidade*, como anteriormente exposto.

2.5.2.4 Tutela antecipada e estabilização – deferimento de ofício nas demandas familiares.

Como já se viu, a estabilização das tutelas de urgência é regulada pelo artigo 304 do CPC (desde que assim o pretenda e *requiera* a parte, nos termos do parágrafo 5º, do artigo 303), de forma que somente as tutelas de urgência antecipadas requeridas em caráter antecedente podem se tornar estáveis, casos as decisões concessivas não sejam impugnadas pelo respectivo recurso. A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida em ação destinada a esse fim, cujo direito extingue-se após dois (2) anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do parágrafo 1º do referido artigo 304 (extinção do feito, após a estabilização).

Conforme ARAKEN DE ASSIS<sup>189</sup>, o caráter peremptório do artigo 300, *caput* do CPC/2015 (“A tutela de urgência *será* concedida”) refere-se aos pressupostos materiais, e, não, à iniciativa oficial. Os artigos 303, *caput*; 305, parágrafo único; e 299, *caput*; referem-se, respectivamente, a “requerimento de tutela antecipada”, “pedido” (do autor) e “será requerida”.

Em que pese o fato de que aquele que postula em juízo alegando “probabilidade do direito e perigo de dano” (CPC, art. 300, *caput*) obviamente pretenda pela obtenção de sua pretensão em caráter liminar, em que pese as hipóteses em que circunscreve-se o *princípio dispositivo* (iniciativa da parte em formar o processo + iniciativa de delimitar a pretensão processual e, conseqüentemente, o objeto máximo do juízo de mérito – CPC, arts. 141 e 490), nas demais hipóteses impõe-se ao órgão judiciário dirigir o processo formal e materialmente.

Como aduz o autor, é legítimo à lei, de regra submetido o processo ao impulso oficial, adotar linha oposta, retirando, *expressi verbis*, o poder de iniciativa formal ou material. Foi o que teria feito o art. 273, *caput*, do CPC/73, inclusive nos casos em que o objeto litigioso se afigura indisponível, seguindo tal orientação, também o artigo 303 do CPC/2015. Ressalva entretanto, a necessidade de adoção de um critério unitário, não sendo

---

<sup>189</sup> ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, Parte Geral: Institutos Fundamentais*. Op. cit., p. 410-413.

conveniente subordinar a decretação das medidas de urgência satisfativas à iniciativa da parte, e permitir a decretação, *ex officio*, de medidas cautelares.

A concessão de medidas cautelares *ex officio* não viola o princípio dispositivo – concebendo-se a iniciativa oficial, e nem tampouco o contraditório – diante do disposto ao artigo 9º, parágrafo único, inciso I do CPC/2015.

Por outro lado, a iniciativa do autor sempre se revela indispensável para a decretação de medidas de urgência satisfativas (art. 303, *caput*).

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, no mesmo sentido, quando se refere ao “poder geral” de cautela e concessão de medidas assecuratórias *ex officio*, afirma que “... *Pode o órgão jurisdicional conceder medidas cautelares ex officio, a fim de assegurar que os efeitos do ato que realizou ou está se realizando se produzam. Isso é menos que instaurar ação em que se realize, em caráter antecedente, uma medida cautelar. Referimo-nos, aqui, à possibilidade de concessão de medidas cautelares de ofício em caráter incidental, apenas. Esse “poder geral”, no caso relaciona-se à direção material do processo (cf. art. 139 do CPC/2015, em cujo inc. IV está escrito que ao juiz incumbe tomar medidas necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial.)*”<sup>190</sup>

Quanto ao contraditório, a concessão de medida cautelar *ex officio*, sem a ouvida das partes, é providência que só deve ser tomada pelo juiz em situações excepcionais. De todo modo, o inciso I do parágrafo único do artigo 9º do CPC – que estabelece a vedação contra a decisão surpresa (não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida), aduz que não se aplica o disposto no *caput*, à tutela provisória de urgência.

Conforme PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO<sup>191</sup>, ao comentar referido dispositivo legal, o contraditório não é o único vetor que informa o acesso à justiça, havendo outros princípios e valores igualmente relevantes, como o da utilidade. Desta forma, entende admissível a mitigação (não a eliminação) de determinados princípios em caráter excepcional, tal qual ocorre nas *tutelas provisórias*, de forma que possa ser concedida *ex officio* e *inaudita altera pars*, quando houver elementos que demonstrem a possibilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, parágrafo 2º). Terá havido tão-somente a postergação do contraditório, pois a parte poderá exercê-lo em seguida, seja através do pedido de reconsideração, ou de recurso próprio contra eventual decisão desfavorável, incidindo, na hipótese, o princípio da proporcionalidade.

<sup>190</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit., p. 468.

<sup>191</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentário: “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2015, p. 79.

Em se tratando de demandas familiares – que versa em grande parte sobre direitos indisponíveis, é possível que disposição legal expressa autorize a medida de urgência satisfativa decretada *ex officio*.

Às vezes, disposição especial autoriza a medida de urgência satisfativa decretada *ex officio*, a exemplo do art. 7º da Lei nº 8.560/1992, prevendo a concessão de alimentos provisionais ou definitivos na sentença de procedência da ação de investigação de paternidade. A despeito de opinião em contrário, o STJ estima admissível a antecipação *ex officio*<sup>192</sup>. Esses alimentos, consoante o art. 13, parágrafo 2º, da Lei 5.478/68, retroagem à data da decisão.<sup>193</sup>

Nada obsta, entretanto, diante do disposto ao parágrafo único do artigo 305 do CPC/2015 (em duplo sentido), que o juiz decrete medidas de urgência, ainda que não sendo as requeridas pelas partes. Não se confunde necessidade de pedido da parte, com adstrição do juiz ao pedido. Uma ou outra, poderá ou não admitir a concessão *ex officio*, nos termos mencionados.

Relevante aspecto ainda a se considerar, diante da necessidade de pedido formulado pelo autor para a obtenção de tutela provisória, qual(is) será(ão) as consequências jurídicas decorrentes da reversão das medidas.

Como leciona EDUARDO ARRUDA ALVIM<sup>194</sup>, aquele que requer e obtém a tutela provisória e obtém a medida, poderá ser responsabilizado objetivamente, no caso de reversão desta. Prevê o artigo 302, incisos I a IV do Código de Processo Civil, as hipóteses em que poderá ocorrer, quais sejam: (i) se a sentença lhe for desfavorável; (ii) obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; (iii) ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; (iv) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Aplica-se ao requerente a mesma responsabilidade prevista no artigo 520 do CPC, que trata do cumprimento provisório de sentença, correndo por sua conta e risco a responsabilidade decorrente de eventual reversão da execução/medida, devendo indenizar à parte contrária e liquidando-se eventuais prejuízos, na forma da lei (§ único, art. 302), em responsabilidade objetiva (sem necessidade de demonstração de culpa). Para tanto, bastará ao

---

<sup>192</sup> STJ, REsp. 257.885/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 21.09.2000, DJ 06.11.2000, p. 208; REsp. 819.729-CE, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 09.12.2008, DJU 02.02.2009.

<sup>193</sup> ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, Parte Geral: Institutos Fundamentais*. Op. cit., p. 413.

<sup>194</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. Op. cit., p. 358-361.

réu a prova de que sofreu danos decorrentes da efetivação da tutela provisória liminarmente concedida, apurando-se-os mediante liquidação pelo procedimento comum ou por arbitramento, na forma da lei.

#### 2.5.2.5 Limites à estabilização nas ações de família.

Para fins de obtenção dos efeitos da estabilização, deverá o autor, formulando o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente nos moldes do artigo 303 e parágrafos do CPC, manifestar expressamente que pretende se valer do benefício previsto ao *caput* do artigo 304. Consoante o parágrafo 1º do artigo 303, concedida a tutela antecipada deverá o autor aditar a petição inicial no prazo de 15 (quinze) dias (parágrafo 1º e inciso I) – ou em cinco (5) dias caso o juiz entenda que não há elementos para a concessão da tutela antecipada (parágrafo 6º), que dar-se-á nos mesmos autos sem incidência de novas custas (parágrafo 3º) sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito (parágrafo 2º); pelo que o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação e mediação na forma do artigo 334 (parágrafo 1º, inciso II).

Caso o réu não interponha o respectivo recurso no prazo legal, a decisão que concedeu a tutela antecipada se torna estável (art. 304, *caput*), conservando seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada a tutela estabilizada (parágrafos 2º e 3º), direito este que se extingue após dois (2) anos, contados da ciência pelo réu da decisão que extinguiu o processo. Referida decisão não faz coisa julgada, mas a estabilidade de seus efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por qualquer das partes, nos termos do referido parágrafo 2º.

Os artigos 693-699 do CPC, aplicáveis aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, visitação e filiação (remetendo a ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente ao procedimento previsto em legislação específica, com aplicação meramente subsidiária do CPC), em que pese admitir a tomada das providências referentes à tutela provisória (arts. 294-310) – dentre elas a concessão de medidas de natureza cautelar ou antecipada, antecedente ou incidental, dispõe que o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, sendo que o mandado de citação conterà apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial (ausência de contrafé), assegurado ao réu o direito de examinar o seu conteúdo a qualquer tempo (art. 695, parágrafo 1º).

Referida citação será feita na pessoa do réu, e com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência, que poderá se dividir em quantas sessões forem necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

Aspecto interessante a se considerar, é o disposto no parágrafo 1º do artigo 695 (citação pessoal sem contrafé), em contraposição ao artigo 304, *caput* do CPC/2015, que compele a parte contra a qual foi proferida a decisão interlocutória em pedido de tutela antecipada em caráter antecedente formulado pelo autor, à interposição de recurso (CPC/2015, art. 1015, inciso I), sob pena da medida se tornar estável. Não se aplica nas ações de família, a regra da citação por via postal do artigo 247, *caput*, notadamente nas ações de estado (CPC/2015, art. 247, I, observado o disposto no art. 695, parágrafo 3º), e quando o citando for incapaz (art. 247, II); até porque o parágrafo 1º do artigo 695, refere-se expressamente a “mandado de citação”. Desta feita, concedida a tutela antecipada, será o réu citado e intimada por meio de mandado, a fim de que possa, se o caso, evitar a estabilização (caso pleiteada pelo autor à inicial), por meio de recurso interposto no prazo legal.

Conforme dispõe o parágrafo 6º do artigo 304 do CPC/2015, a decisão que concede a tutela antecipada estabilizada não fará coisa julgada, estabilidade esta que só será afastada por sentença proferida em ação que a reveja, reforme ou invalide, ajuizada até o prazo de dois (2) anos por qualquer das partes, nos termos do parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal.

Da mesma forma, o artigo 505 do CPC prevê que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo se, em tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença (inciso I), ou nos demais casos prescritos em lei (inciso II). Exemplo dos “demais casos” é o artigo 15 da Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68), segundo o qual “a decisão judicial sobre alimentos *não transita em julgado.*” Como enunciam NELSON N. JR. e ROSA M. A. NERY<sup>195</sup>, a redação de referido dispositivo da Lei de Alimentos padece de impropriedade, embora o conteúdo da norma seja jurídico e se encontre de acordo com o sistema jurídico brasileiro. “... A sentença de mérito proferida na ação de alimentos faz, sim, coisa julgada material, e se encontra protegida pelas cláusulas da imutabilidade e intangibilidade, próprias de toda e qualquer sentença de mérito transitada em julgado. O que ocorre, na verdade, é que essa sentença é dada *rebus sic*

---

<sup>195</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. Op. cit., p. 1235, nota 7.

*stantibus*, razão pela qual, modificada a situação sobre a qual foi proferida, pode ser “proposta nova ação”, tendo em vista a relação continuativa.

Dentre os “demais casos previstos em lei” (CPC 505, II), quando se trate de matéria de ordem pública ou direito indisponível, não se opera a preclusão (CPC 485, parágrafo 3º), sendo possível às partes reiterar a questão caso não seja ela impugnada por agravo de instrumento ou preliminar de apelação/contrarrazões. A parte prejudicada pode optar por apresentar simples petição, contendo pedido de reconsideração ao juiz prolator da decisão.<sup>196</sup>

Estas últimas disposições se aplicam diretamente nas demandas familiares, pelo que, nas relações jurídicas continuativas (fixação de guarda, regulamentação de direito de visita, alimentos), é permitida a revisão do que foi estatuído na sentença, desde que diante da ocorrência de fato novo, que permite o ensejo de ação revisional ou modificativa.

Do exposto, permite-se algumas indagações, sobre o tema sob comento: a) como se posiciona a Coisa julgada material, diante da natureza jurídica da preclusão ocorrida após o decurso do prazo de dois anos para impugnação da tutela estabilizada, no direito de família? É cabível a revisão mesmo após os dois anos estabelecidos pelo art. 304, parágrafo 5º. (efetividade mitigada), ante a ocorrência de fato novo que enseje a readequação da tutela jurisdicional, em se tratando de relações jurídicas continuativas, como a guarda, alimentos e regulamentação de visitas?; b) Pode se falar em estabilização das tutelas antecipatórias e extinção do processo, em demandas em que menor seja demandado? Permite-se a ultratividade de seus efeitos?; c) Qual a extensão da coisa julgada na hipótese? Há que se falar em relativização?

Nos termos do artigo 502 do CPC, entende-se por *coisa julgada material* a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, analisada extraprocessualmente. A *coisa julgada formal*, por sua vez, entende-se a decisão não mais sujeita a qualquer espécie de impugnação quando analisada na perspectiva endoprocessual.<sup>197</sup>

Em caráter excepcionalíssimo têm os Tribunais admitido a *relativização da coisa julgada*, correspondente, na prática, à ampliação do leque das hipóteses de ação rescisória além dos limites permitidos na lei processual.<sup>198</sup> Não é o caso, evidentemente, nem de

---

<sup>196</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. Op. cit., p. 1236, nota II:10.

<sup>197</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed., São Paulo, ed. Saraiva: 2016, p. 401.

<sup>198</sup> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. PATERNIDADE DECLARADA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. DESCABIMENTO. OS FUNDAMENTOS

situações específicas como a do artigo 15 da Lei de Alimentos (embora sua impropriedade), nem tampouco das hipóteses previstas ao artigo 505 e parágrafos, do CPC.

Desta forma, não se pode entender que o parágrafo 6º do artigo 304 do CPC/2015 se refira a hipóteses de extensão e/ou relativização de coisa julgada, até porque, por disposição expressa ali contida, a decisão estabilizada não faz coisa julgada –(“inexistência de coisa julgada”), só podendo ser afastada por decisão que a revir, reformar ou revalidar, mediante ação própria prevista no parágrafo 2º e exercida no prazo de dois (2) anos do parágrafo 5º, do mesmo dispositivo legal.

RAPHAEL ALMEIDA CORRÊA DA SILVA<sup>199</sup>, desde já rechaçando a impressão de que referido prazo tem natureza decadencial e que, assim, daria ensejo à perda do direito de ação; afirma que “... *O que quis o legislador se referir, a bem da verdade, foi à perda do momento para o debate quanto aos efeitos e às possibilidades de modificação no transcurso do processo de conhecimento.*” No que diz respeito ao artigo 304 e parágrafo 6º, afirma pelo risco da improcedência liminar da ação nestes termos a ser proposta por autor ou réu, caso alcançada a pretensão de direito material pela prescrição.

Por outro lado, embora a provisoriedade e estabilidade dos efeitos da decisão estabilizada, há que se distingui-la da *coisa julgada material*. A decisão que concede a tutela antecipada e se torna estável, é pronunciamento de caráter *provisório* (porque qualquer das

---

UTILIZADOS PELO STF, NO RE N. 363.889/DF, COM CARACTERÍSTICA DE REPERCUSSÃO GERAL, SÃO TODOS NO INTERESSE DAQUELE QUE PERSEGUIE A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE, REFERINDO-SE O PRECEDENTE À IMPRESCRITIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE FILIAÇÃO E À PATERNIDADE RESPONSÁVEL. PROTEÇÃO À COISA JULGADA. IMPRESCINDIBILIDADE QUE DECORRE DO PRÓPRIO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 1. Há precedente deste Colegiado. Proferido antes mesmo do leading case do STF. Reconhecendo a possibilidade de repositura de ação de investigação de paternidade; caso, na primeira demanda, diante da precariedade da prova e inexistência de exame de DNA, tenha havido julgamento de improcedência. (REsp 226.436/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2001, DJ 04/02/2002, p. 370) 2. Ademais, por um lado, a leitura do RE 363.889/DF, relator Ministro Dias Toffoli, permite concluir que, dentre outros fundamentos, o Supremo Tribunal Federal admitiu, em caráter excepcionalíssimo, a relativização da coisa julgada, com base no artigo 27 do ECA. Que estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é imprescritível., assim também com arrimo no direito fundamental à filiação e no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, que impõe a paternidade responsável. Por outro lado, ficou consignado no voto condutor que, no que tange ao investigante, trata-se de "corolário lógico de seu direito de personalidade, em discussão quando do ajuizamento de um tal tipo de demanda, de ver reconhecida a verdade sobre sua origem genética, emanção natural do estado da pessoa". (REsp 1188280/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 16/09/2013) 3. No caso, a ação de investigação de paternidade foi julgada procedente, inclusive com a realização de exame de DNA. Nesse contexto, evidente que a situação retratada não se enquadra àquelas que deram origem à orientação jurisprudencial desta Casa e do Supremo Tribunal Federal. (AgInt no REsp 1526936/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 10/06/2016) 4. Agravo interno não provido. (Superior Tribunal de Justiça STJ; AgInt-REsp 1.406.384; Proc. 2011/0260814-1; RS; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJE 18/10/2016).

<sup>199</sup> SILVA, Raphael Almeida Corrêa da. *A tutela provisória de urgência antecipada e antecedente e a estabilização como opção do requerente da medida*. Tese de Doutorado defendida à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP: 2016, p. 132-133.

partes pode ajuizar ação com o intuito de obter um pronunciamento judicial fundado em cognição exauriente que a reveja, reforme ou revalide), e *estável*, porque produz efeitos sem limite temporal – sendo que esta estabilidade diz respeito apenas aos *efeitos* antecipados, e não à questão principal, que sequer chegou a ser julgada.

Não se confunde, portanto, com a coisa julgada material, face à sumariedade da cognição realizada, e por não precisar ser confirmada por decisão fundada em cognição exauriente.

O que permite responder às indagações postas.

Em não se tratando o parágrafo 6º do artigo 304 do CPC/2015 de hipótese de coisa julgada material (não havendo de falar-se, portanto, em “efetividade mitigada” decorrente do parágrafo 5º do art. 304), nos termos do inciso I do artigo 505, em se tratando de relação jurídica de trato continuado (guarda, alimentos, regulamentação de visitas) da qual sobreveio posterior modificação no estado de fato ou de direito, será possível a todo tempo pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.

Ainda, quando diga respeito a matéria de ordem pública ou a direitos *indisponíveis*, sequer há de se falar em preclusão, por força do disposto ao artigo 485, parágrafo 3º, do CPC.

Como já se afirmou, o direito de família notabiliza-se pela por abarcar em seu contexto, coexistindo, normas de ordem pública e de direito privado; ou, conseqüentemente, direitos indisponíveis e disponíveis.

A idéia de *ordem pública* expressada na Constituição Federal de 1988 e a proteção concedida pela carta constitucional à Família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso (CF, arts. 226 a 230), coadunam-se com o disposto à norma infra-constitucional (notadamente, CC art. 1513), segundo o qual *é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família*. Trata-se, pois, do *princípio da autonomia e da menor intervenção estatal* nas relações familiares.

A este, somam-se uma série de princípios fundamentais norteadores do direito de família, dentre os quais o da dignidade da pessoa humana, da monogamia, do melhor interesse da criança/adolescente, da igualdade e respeito às diferenças, da pluralidade de formas da família, da afetividade, da solidariedade.

Como afirma FERNANDA TARTUCE<sup>200</sup>, as matérias de ordem pública podem ser de substanciais e processuais. Citando Ricardo Apriigliano<sup>201</sup>, ordem pública pode ser definida

---

<sup>200</sup> TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao direito de família*. São Paulo, ed. Gen/Método: 2012, p. 18-19.

como “o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo, necessariamente voltadas para o objetivo maior de permitir que seus escopos sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade, regras que devem ser suscitadas pelas partes ou pelo magistrado com obrigatória observância do contraditório, e que apenas excepcionalmente devem conduzir à extinção anômala do processo ou impedir que se realize o julgamento quanto ao mérito do litígio.” Já segundo Leonardo Greco<sup>202</sup>, ordem pública processual é “o conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes.”

Segundo a mesma autora matérias de ordem pública no plano processual são marcadas pela indisponibilidade, posto que a existência de interesse público tira dos litigantes parte do seu poder de disposição; enquanto no plano de direito material, as leis imperativas limitam e condicionam a autonomia privada, ensejando significativas restrições à liberdade das partes, que não podem escolher a legislação aplicável às suas relações, nem praticar atos que violem normas imperativas sobre interesses sociais fundamentais.

Desta forma, no direito privado, certas normas têm reconhecido seu caráter impositivo a afastar a vontade das partes – sob a justificativa de preservação da ordem pública, como aquelas vinculadas à proteção dos direitos da personalidade (CC, arts. 11 a 21 – como o direito ao nome e à filiação), proteção à família (regulação do casamento e sua dissolução), dignidade da pessoa humana (limitações à disposição da herança e direito irrenunciável a alimentos), dentre outras, chamadas de direitos indisponíveis. Para Leonardo Greco (retro-citado), pouco importa se o conteúdo dos atos de disposição processual possa comportar questões substantivas (relativas a direito material das partes) ou tipicamente processuais (p. ex.: pressupostos processuais), vez que umas e outras são questões de processo, suscitadas na relação processual, nela apreciadas e destinadas a produzir efeitos, que podem refletir inclusive fora do processo.

Citando entendimento de Rui Portanova<sup>203</sup>, como não há um rol ou situação clara e isenta de confusão sobre quais direitos sejam disponíveis ou indisponíveis, ou estritamente de direito privado ou público, “... a indisponibilidade não se discrimina. A indisponibilidade e o

---

<sup>201</sup> \_\_\_\_\_ *Op. cit.*, p. 19. *Apud*, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, 2011, p. 106.

<sup>202</sup> \_\_\_\_\_ *Op. cit.*, p. 19. *Apud*, GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 1, dez. 2007. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_1a\\_edicao\\_rj.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf)>. Acesso em 28 dez. 2011.

<sup>203</sup> TARTUCE, Fernanda. *Op. cit.*, p. 22. *Apud*, PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, 2003, p. 116.

*interesse público prevalente sobre determinado direito não surgir da interpretação do caso concreto conjugada com a valorização dada pelo legislador. Tanto pode ser indisponível o direito privado como o público.”*

De todo modo, nos casos em que se identifica a necessidade de intervenção estatal, este age sob nova postura, de Estado *protetor-provedor-assistencialista*, devendo sua atuação limitar-se, no direito de família, tão-somente no condão de tutelar a família e dar-lhe garantias.

O Estado abandonou sua figura de *protetor-repressor*, para assumir postura de Estado *protetor-provedor-assistencialista*, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família, como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da CF).

A intervenção do Estado deve, apenas e tão-somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.<sup>204</sup>

Note-se que direitos indisponíveis não significa direitos não negociáveis ou não transacionáveis. Há direitos indisponíveis que admitem transação, e que podem ser objeto de negócios jurídicos processuais (ex.: alimentos pretéritos devidos). Ao artigo 190 do CPC pode ser aplicado, na lição deste último autor (até porque a mediação é método de autocomposição por excelência), a exegese do artigo 3º da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), que prevê que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.” A título de exemplos, seriam encontrados direitos indisponíveis mas transacionáveis nas ações coletivas de interesses difusos, e nas ações trabalhistas, com intervenção de rigor do Ministério Público.

Resta indagar se a estabilização pode ocorrer frente a direitos *indisponíveis*, em especial, nas ações de família.

Como salientado, as demandas familiares notabilizam-se por abrangerem tanto direitos indisponíveis como disponíveis, de forma isolada ou cumulativamente.

Conforme anteriormente exposto, em se tratando de matérias de ordem pública, no plano de direito material as leis imperativas limitam e condicionam a autonomia privada, ensejando significativas restrições à liberdade das partes, que não podem escolher a legislação aplicável às suas relações, nem praticar atos que violem normas imperativas sobre interesses

---

<sup>204</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do direito de família*. 2ª ed., São Paulo, ed. Saraiva: 2012, p. 182.

sociais fundamentais; e no plano de direito processual, são marcadas pela indisponibilidade, posto que a existência de interesse público tira dos litigantes parte do seu poder de disposição. E é evidente que – em especial no direito de família onde as relações jurídicas são em regra complexas, plúrimas e multifacetadas, a indisponibilidade e o interesse público prevalente sobre determinado direito (ou direitos), total ou parcialmente, vão surgir da interpretação do caso concreto conjugada com a valorização dada pelo legislador. Tanto pode ser indisponível o direito privado como o público.

É neste sentido que é de se concluir que, em verdadeiramente se tratando de *direitos indisponíveis* (também nas ações de família), como regra, a estabilização *não pode ocorrer*.

Se de um lado é inegável a existência de certas semelhanças entre a estabilização da tutela antecipada e o julgamento antecipado da lide fundado no artigo 330, II do CPC, em ambos os casos abrevia-se o procedimento em função da inércia do réu (no primeiro caso em recorrer da decisão antecipatória; no segundo caso, em se defender) e se cominam consequências negativas em face do descumprimento de um ônus processual imposto ao réu.

Nada obstante, se os efeitos da revelia não são produzidos quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis (art. 345, II c.c. 348), restará afastado o julgamento antecipado da lide (art. 355), devendo o feito prosseguir. Pela mesma lógica, a estabilização não pode ocorrer.

Nas demandas familiares - em especial nos pedidos cumulativos, é de se observar, mais do que nunca, as peculiaridades do caso. Isto porque a tutela antecipada antecedente pretendida e obtida em caráter liminar poderá ter sido satisfativa autônoma ou não; referida estabilização (caso ocorra) poderá ser total (ex.: Ação de alimentos – Lei n. 5.478/68) ou apenas parcial, como parciais poderão ser as convenções processuais realizadas (em especial quando, cumulativamente, sejam objeto do feito direitos indisponíveis e disponíveis. Ex.: Divórcio c.c. alimentos). Conforme o artigo 327, parágrafo 2º, do novo Código de Processo Civil, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com o procedimento comum.

Da mesma forma que, se de um lado ocorrendo a estabilização – em sendo esta total e satisfativa autônoma a pretensão o feito será extinto; ou sendo meramente parcial a estabilização o pleito poderá prosseguir quanto ao restante; em não ocorrendo a estabilização, poderá haver julgamento antecipado parcial de mérito (nos termos do artigo 356 e parágrafos,

do CPC), ou total – agora mediante cognição exauriente e acobertados pelos efeitos da coisa julgada material.

Nada obstante, no direito de família já se entendeu pela admissibilidade da estabilização da tutela antecipada antecedente nos alimentos pleiteados *com base na Lei n. 5.478/68*<sup>205</sup> (diante da natureza eminentemente satisfativa dos *alimentos provisórios*, e embora seu caráter de indisponibilidade); situação absolutamente diversa é a hipótese em que o alimentante pretenda a exoneração do encargo alimentar e se valha do mecanismo da tutela antecipada em caráter antecedente – pleiteando expressamente pelos efeitos da estabilização, caso o réu/alimentando não interponha recurso no prazo legal. Neste último caso, diante do caráter *indisponível* do direito (irrenunciabilidade da verba alimentar), não há que se falar em estabilização.

Na última hipótese aventada, trata-se de conflitos de família em que, envolvendo interesses de crianças e/ou adolescentes, pudesse a inércia do réu eventualmente conduzir à estabilização da tutela e extinção do processo (outro exemplo: revisional de alimentos), sem cognição exauriente das questões fáticas e jurídicas pertinentes.

Outra indagação a ser feita, é se é possível a estabilização nas relações jurídicas continuativas em sede de direito de família, como na fixação de guarda, regulamentação de visitas e ação de alimentos, nas quais a ocorrência de fato novo permite o ensejo de ação revisional ou modificativa; ainda que hipoteticamente tivesse sido concedida a tutela antecipada nessas situações e esta tivesse se tornado estável. Indaga-se se é possível sua revisão mesmo após os dois anos estabelecidos pelo artigo 304, parágrafo 5º, ante a ocorrência de fato novo que enseje a readequação da tutela jurisdicional. Já na égide do CPC/73 a jurisprudência vinha respondendo negativamente,<sup>206</sup> o que parece encontrar

---

<sup>205</sup> FPPC, Enunciado 500: O regime da estabilização da tutela antecipada antecedente aplica-se aos alimentos provisórios previstos no art. 4º da Lei 5.478/68, observado o parágrafo 1º do art. 13 da mesma lei.

<sup>206</sup> DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. REVISÃO. REDUÇÃO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DO ALIMENTANTE. SITUAÇÃO PROFISSIONAL. ALTERAÇÃO. COMPROVAÇÃO. ÔNUS PROBATÓRIO. ENCARGO DO ALIMENTANTE. DESINCUMBÊNCIA. INOCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO. PRESERVAÇÃO. CAUSA DE PEDIR. DELIMITAÇÃO. ESTABILIZAÇÃO DA LIDE. APELAÇÃO. INOVOCAÇÃO. INVIABILIDADE. FUNDAMENTOS NOVOS. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Como cediço, a causa de pedir, como lastro da pretensão formulada, demarca a argumentação da qual emergiria o direito invocado e fixa os limites objetivos da lide, ensejando que a defesa da parte acionada também fique pautada pelo formulado como sustentação da pretensão formulada em seu desfavor, resultando que, aperfeiçoada a relação processual e estabilizado o litígio, afigura-se inviável o alinhamento de fundamentação nova destinada a aparelhar o direito invocado, sob pena de se vulnerar os limites objetivos do litígio estabelecido e o contraditório que pauta o devido processo legal, alcançando a parte ré de surpresa e afetando a lógica procedimental. Pedido, defesa, sentença (CPC/73, art. 264; CPC/2015, art. 329). 2. Os alimentos, por encerrarem obrigação de natureza diferida e continuativa ante a natureza da relação da qual germinam e diante da sua origem etiológica e destinação teleológica, têm ínsita a cláusula rebus, daí porque podem ser modificados a qualquer momento, desde que alteradas as premissas que nortearam sua fixação, ou seja, desde que haja alteração na capacidade contributiva do obrigado ou nas necessidades do destinatário (CC, art. 1.694, § 1º). 3. A inexistência

amparo na vigência do novo CPC (tanto quanto à inadmissibilidade da estabilização, quanto para o não cabimento da ação prevista ao parágrafo 5º do artigo 304), pela só aplicação da regra do parágrafo único do artigo 693 (“a ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica” – com a ressalva do Enunciado 500 do FPPC, observado o disposto no parágrafo 1º do art. 13, da Lei 5.478/68), e dos princípios aplicáveis e norteadores do Direito de Família, como os da solidariedade, da paternidade responsável, e do melhor interesse da criança/adolescente.

Desta feita, também no Direito de Família – em especial nas relações jurídicas continuativas de caráter alimentar, se mostra imperativa a aplicação do disposto ao § 3º do artigo 300 do CPC, segundo o qual a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver irreversibilidade dos efeitos da decisão.

A ação de alimentos ajuizada com base na Lei n. 5.478/68 (Lei de Alimentos), possui procedimento próprio, não se aplicando o Código de Processo Civil senão de forma meramente subsidiária, nem as disposições inerentes aos artigos 693, ou artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil. Embora podendo ser requerida sob a forma de alimentos *provisionais* com base no poder geral de cautela do art. 300 do CPC, sua natureza satisfativa e a o caráter de não-repetição que lhe são inerentes, inviabiliza-se, como regra, a concessão sob a forma de tutela de urgência antecipada previsto no § 3º do artigo 300, do Estatuto processual.

Nada obstante, não é menos verdade que ainda sob a égide do CPC/73, referida verba era pleiteada ora por força da Lei n. 5.478/68, ora em sede de cautelar de alimentos provisionais - e comumente concedida em caráter liminar, sem que a natureza irrepitível do direito impedisse sua concessão. É de se considera o bem da vida tutelado, e aplicar-se o princípio da proporcionalidade. Neste sentido, EDUARDO ARRUDA ALVIM<sup>207</sup>

De qualquer forma, certo é que a reversibilidade dos efeitos da tutela antecipada concedida não pode ser vista como regra absoluta, e, pois,

---

de comprovação da renda mensal efetivamente auferida pelo alimentante milita, em sede de ação revisional, em seu desfavor, pois, de conformidade com as formulações legais que regulam a repartição do ônus probatório, compete-lhe evidenciar que, mensurados os alimentos, experimentara alteração em sua situação pessoal que refletira na sua capacidade contributiva, reduzindo-a, de forma a revestir de lastro a mitigação da obrigação alimentícia que lhe está debitada (CPC, art. 333, I). 4. Não evidenciada redução na capacidade contributiva do alimentante, o direito que invoca resta carente de sustentação material, infirmo a pretensão que veiculara objetivando a redução dos alimentos que lhe estão debitados, pois dependente da comprovação de que, após sua fixação, ocorrera alteração em sua situação pessoal que afetara sua condição financeira, legitimando a conformação dos alimentos à sua capacidade presente. 5. Apelação conhecida e desprovida. (TJ-DF; APC 2013.04.1.000967-0; Ac. 968.456; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Teófilo Caetano; Julg. 21/09/2016; DJDFTE 05/10/2016)

<sup>207</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. Op. cit., p. 171.

inafastável. Isso porque, em certos casos, a tutela do amplo direito de defesa e do contraditório, que beneficia o réu, pode importar em esvaziamento completo da demanda, em razão do risco que corre o bem da vida discutido, requisito este, aliás, que é inerente ao pedido de tutela de urgência antecipada, como já tratamos. Assim, não se pode admitir de forma peremptória que a tutela satisfativa jamais poderá ser concedida quando houver risco de que seus efeitos se tornem insuscetíveis de reversão, eis que casuisticamente se pode verificar a possibilidade de que a necessária reversibilidade da medida acabe por tornar inútil a decisão de mérito. Cabe ao juiz, portanto, aplicar ao caso concreto o postulado da proporcionalidade, verificando, caso a caso, se é justificável o sacrifício do contraditório e da ampla defesa, em prol da efetividade do acesso à Justiça, hipótese em que deverá ser concedida a tutela de urgência satisfativa. É preciso, para tanto, que haja a ponderação dos princípios que tocam o próprio direito material, analisando-se a colisão diante do próprio bem da vida pleiteado. Concluindo-se que não há razão para o sacrifício momentâneo do contraditório e da ampla defesa, deverá ser indeferida a tutela antecipada.

Conclui-se, portanto, que o direito material à subsistência e alimentos, preponderará sobre o risco de irreversibilidade, quando hajam elementos que, em tese, justifiquem pela sua concessão.

Outro aspecto a se considerar quanto aos limites à estabilização no direito de família, é que têm a doutrina defendido, em algumas hipóteses e tal qual ocorria com determinadas cautelares preparatórias concedidas liminarmente sob a égide do CPC/73 (tendo em vista o interesse tutelado) – ainda que não tivesse sido proposta a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias como o determinava o artigo 808 daquele estatuto (atual artigo 309 do CPC/2015), pela *ultratividade* dos efeitos da tutela antecipada estabilizada, embora não conduzindo a que tal pronunciamento faça coisa julgada sobre o pedido principal apenas indicado (art. 303, *caput*).

Como afirma JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA

A decisão que concede a tutela antecipada, caso não impugnada nos termos do *caput* do art. 304 do CPC/2015, torna-se estável e produz efeitos *fora do processo em que foi proferida*, efeitos estes que perduram, se não alterada a decisão que lhes serve de base. Trata-se da *ultratividade* da tutela (cf. item precedente). (...) Como se disse, a decisão que concede a tutela antecipada em caráter antecedente, ainda que tornada estável, não faz coisa julgada material. Não obstante, tal decisão torna-se marcadamente estável quando, ultrapassado o prazo de dois anos, se extingue o direito de ajuizar ação para rever, reformar ou anular a decisão que concedeu a liminar (cf. parágrafo 5º do art. 304 do CPC/2015). Esta, por assim dizer, “maior estabilidade” da decisão, caso não ajuizada a referida ação em dois anos, não conduz a que tal pronunciamento faça coisa julgada sobre o pedido que antes foi apenas indicado (cf. art. 303, *caput*, do CPC/2015).<sup>208</sup>

<sup>208</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado. Op. cit.*, p. 497-498.

## Conclui RAPHAEL ALMEIDA CORRÊA DA SILVA

A ação proposta no prazo de dois anos da extinção do processo em que se estabilizara a decisão interlocutória é procedimento que pretende, por certo, a discussão de mérito e, quando esta houver, dois serão os resultados possíveis: ou confirmará a tutela provisória ou procederá à sua reforma, revisão ou invalidação. Para isso, bastará a primeira decisão acerca do mérito: a sentença.

Acontece que, passados dois anos e ainda sendo possível o debate quanto à pretensão de direito material, uma vez proposta a ação, este procedimento, ainda que resulte em resolução do mérito e este não se mostrando no mesmo caminho a confirmar a tutela antecipada, somente há que se falar em reforma, revisão e invalidação da tutela provisória após o trânsito em julgado desta decisão de mérito, criando o legislador uma espécie de *superestabilidade* à tutela provisória de urgência antecipada antecedente.

A leitura nos parece nestes moldes, visto que deve haver maior grau de segurança jurídica entre a decisão interlocutória estabilizada e a decisão interlocutória que, mesmo depois de estabilizada, não sofreu nenhum ataque em prazo inferior a dois anos.<sup>209</sup>

### 2.6 Tutelas de Evidência nas ações de família.

#### 2.6.1 *Tutela de Evidência*, antecipação e estabilização: cabimento (?).

Dentre estas medidas, em sendo admissível o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente também na seara das ações de família, já se indagou se lhes aplica o instituto da *estabilização*, e seus efeitos. Urge ainda saber, se as hipóteses de cabimento de tutela provisória nas demandas familiares lastreiam-se tão somente nas hipóteses de *urgência*, diante do disposto ao parágrafo único do artigo 294, do CPC.

Especialmente em se tratando de demandas familiares, dadas as suas peculiaridades, a resposta afirmativa ou negativa parece depender da casuística.

Imagine-se um pedido de Divórcio judicial, sem qualquer pedido cumulativo. Na hipótese, estar-se-ia diante de verdadeira *Tutela de Evidência* (CPC, art. 311, II), de forma que basta ao autor fazer prova do casamento para fazer jus ao divórcio como direito potestativo<sup>210</sup> – que independe de observância de prazos ou prova de culpa após o advento da

<sup>209</sup> SILVA, Raphael Almeida Corrêa da. *A tutela provisória de urgência antecipada e antecedente e a estabilização como opção do requerente da medida*. Tese de Doutorado defendida à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP: 2016, p. 134.

<sup>210</sup> Embora se refira o inciso II do artigo 311 ao cabimento da tutela de evidência quando: II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente “e” houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; entende-se que a presença da conjunção “e” não pode ser interpretada

EC n. 66/2010, para que obtenha sentença favorável, acobertada pelos efeitos da coisa julgada material.<sup>211</sup> Também em sede de tutela de evidência é possível sua obtenção em caráter liminar, independentemente de demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, nas hipóteses dos incisos II e III de referido dispositivo legal.<sup>212</sup>

Mas, em se tratando de tutela de evidência, não há, em tese, que se falar em estabilização, diante do que dispõe o parágrafo único do artigo 294 do CPC.<sup>213</sup> Em sentido contrário defende JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, no sentido de que embora o artigo 304 do CPC/2015 (que trata da estabilização) se refira apenas à hipótese do artigo 303 (antecipação dos efeitos da tutela fundada em urgência), deve-se aplicar o regime ali referido – dedicado às tutelas satisfativas autônomas, também às hipóteses previstas ao artigo 311 (tutela de evidência), no que couber.

Assim, por exemplo, pode a petição inicial limitar-se ao requerimento da tutela antecipada fundada em evidência sem urgência (aplicando-se, analogicamente, o art. 303 do CPC/2015) e, nesse caso, concedida a liminar quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em [enunciado da] súmula vinculante [do STF]” (art. 311, II, do CPC/2015), e não havendo recurso nos termos do art. 304, *caput* do CPC/2015, a decisão que concede a tutela torna-se estável.

---

restritivamente. Isto porque, como bem salienta ASPERTI, embora muito se discuta no CPC/2015 sobre as mudanças voltadas ao julgamento dos denominados “processos repetitivos – nos quais a repetição de questões e teses jurídicas justificaria, aos olhos do legislador, o uso de sistemáticas de julgamento por amostragem e de uniformização de precedentes, de modo a racionalizar sua tramitação e julgamento; nos conflitos de família as questões jurídicas tendem a ocupar um plano secundário e as subjetividades são muito mais relevantes do que eventuais teses jurídicas suscitadas. Isto porque o conflito familiar é policêntrico e multifacetado, desenvolvendo-se no seio de relacionamentos complexos, pessoais e continuados, não se circunscrevendo a relacionamentos interpartes e atingindo a terceiros que não necessariamente figuram no pólo da lide judicial (DIDIER JR, Fredie [Coord. Geral]. TARTUCE, Fernanda. MAZZEI, Rodrigo. CARNEIRO, Sérgio Barradas [Coordenadores]. *Família e Sucessões – Coleção Repercussões do Novo CPC v. 15*. ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Artigo: *Processo e Conflito: os desafios da efetivação das tutelas provisórias em conflitos de família e o Código de Processo Civil de 2015*. Salvador, ed. JusPodivm: 2016, p. 250).

<sup>211</sup> Há que se distinguir *provisoriamente e estabilidade dos efeitos da decisão*, de *inexistência de coisa julgada*. A estabilidade da decisão não alterada nos termos do artigo 304, parágrafos 2º, 5º e 6º do NCPC, produz efeitos fora do processo em que foi proferida, operando-se a *ultratatividade* da tutela. Como não precisa ser confirmada por decisão fundada em cognição exauriente, trata-se de pronunciamento provisório dotado de estabilidade, que não se confunde com a *coisa julgada*. *Provisório*, porque qualquer das partes pode ajuizar ação com o intuito de obter pronunciamento judicial fundado em cognição exauriente; *estável*, porque produz efeitos sem limite temporal. (MEDINA, *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed., São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2016, p. 517).

<sup>212</sup> **NCPC. Art. 311.** A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: (...) II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada ao contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

<sup>213</sup> **NCPC. Art. 294.** (...) **Parágrafo único.** A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

A distinção sugerida pelo parágrafo único do art. 294 do CPC/2015 carece de sentido. Como se observou acima, a clareza da existência do direito justifica sua realização rápida, a despeito de não haver urgência.

Caso se admita o *discrímen* realizado pela lei, acabará o autor requerendo a tutela antecipada com base no art. 303, tão somente *alegando* urgência (ainda que exista em grau mínimo, ou seja, virtualmente inexistente), apenas para viabilizar a incidência da regra prevista no art. 304 do CPC/2015, viabilizando-se, assim, a estabilização.<sup>214</sup>

Em se considerando a ausência de *instrumentalidade* das tutelas satisfativas autônomas ou restando estas atenuadas (característica da tutela cautelar), é de se considerar sempre a possibilidade de que, na mesma hipótese, estejam presentes *urgência* e *evidência*. Daí que, nas hipóteses do artigo 311 do CPC/2015, possa o autor demonstrar com maior relevância a evidência do direito, mais até do que o *fumus boni iuris*, que não será, necessariamente, decisivo para a concessão da liminar.

Por tais sucessos, se o autor – que têm o direito ao divórcio e pode de imediato fazer a prova do casamento (em cumprimento ao disposto nos incisos II, primeira parte e IV, ambos, do artigo 311 do CPC), não possa, por alguma razão qualquer, aguardar o trâmite do processo de Divórcio até final sentença, formula pedido de concessão liminar nos termos do parágrafo único de referido dispositivo legal, e, na mesma petição, menciona que pretende se valer dos efeitos da estabilização para o caso da(o) ré(u) não interpor recurso contra a decisão concessiva da tutela em caráter liminar (CPC, art. 304, *caput* c.c. art. 303, parágrafo 5º); em tese, não se lhe poderia ser negado o direito aos efeitos da estabilização. Decisão esta que não fará coisa julgada, e cujos efeitos só serão afastados por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação autônoma nos termos do parágrafo (parágrafos 2º e 6º do art. 304), extinguindo-se referido direito após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo.

Ou, caso possa esperar, formular o pedido de Divórcio com base em tutela de evidência – para fins de obtenção de liminar, se o caso; até final sentença, que estará acobertada pelos efeitos da coisa julgada material. E, em havendo pedidos cumulativos (p. ex.: Divórcio c.c. partilha de bens e alimentos), nada obsta, presentes as hipótese do artigo 356 do CPC, pelo julgamento parcial do mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcelas deles se mostre incontroverso, ou estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do artigo 355 (julgamento antecipado).

---

<sup>214</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3ª ed., São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2017, p. 510.

Importante ainda salientar que *tutela de evidência* não se confunde com julgamento antecipado da lide (CPC, art. 355). Neste, o juiz julga o próprio mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com apreciação da lide (CPC 487), impugnável por apelação e sujeita à coisa julgada material; na *tutela de evidência* há decisão interlocutória, impugnável por agravo e não sujeita à coisa julgada material.<sup>215</sup>

Portanto, como já exposto, prevê o novo CPC hipótese de *tutela provisória* baseada na evidência (art. 311), passível de decisão liminar (cf. parágrafo único; nas hipóteses dos incisos II e III, e, a princípio; não passível de *estabilização* – bastando apenas que o autor adicione o *periculum* (ainda que sob premissa menor), tornando-a em tese possível.

Como afirma ARAKEN DE ASSIS<sup>216</sup>, às vezes o autor não logra demonstrar, convicentemente, a verossimilhança do direito alegado; em outros casos, porém, o autor alegará e demonstrar é bem mais do que isto, expondo ao juiz direito evidente. Nessa contingência, e com maior razão, o autor fará jus à antecipação, inclusive se pleiteou unicamente segurança.

A tutela de evidência prescinde da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, pois seu pressuposto é a (quase) certeza do direito do autor; consubstanciado na demonstração de algumas das hipóteses ali enumeradas, que não são cumulativas.

A liminar fundar-se-á sempre em cognição sumária, não se confundindo com o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 355), porque na tutela de evidência há decisão interlocutória impugnável por recurso de agravo e não sujeita à coisa julgada material, enquanto naquele o juiz julga o próprio mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com apreciação da lide (CPC, art. 487).

A prova documental a ser exibida pelo autor deve observar aos requisitos dos artigos 215 a 226 do Código Civil, e estar isenta de qualquer eiva de falsidade (CPC, art. 426), além de seu conteúdo deve possuir força probante diretamente ligada à questão discutida na ação. Dado o altíssimo grau de certeza quanto ao direito deduzido, nos casos dos incisos II e III, pode haver antecipação da tutela em caráter liminar<sup>217</sup>, a se conceber sua concessão até mesmo *inaudita altera pars*.

---

<sup>215</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. Op. cit., p. 871.

<sup>216</sup> ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, Parte Geral: Institutos Fundamentais*. Op. cit., p. 417.

<sup>217</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. Op. cit., p. 872, notas 8 e 11.

Nas ações de família, hipóteses como o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (inciso I) e nos casos em que a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (inciso IV), parecem ser de maior aplicabilidade. Nestes casos, há a necessidade de oitiva da parte contrária e estabelecimento do contraditório.

Como afirma MARIA CECÍLIA DE ARAÚJO ASPERTI, no que diz respeito às hipóteses de tutela de evidência, a do inciso II do artigo 311 é, ao menos a princípio, mais difícil de vislumbrar nos conflitos de família, em que as questões fáticas possuem considerável complexidade, e raramente são reduzidas a teses jurídicas passíveis de uniformização. Muitas são as peculiaridades de cada caso, de modo que sistemáticas de julgamento por amostragem ou em bloco podem conduzir a generalizações nas quais os elementos subjetivos da demanda familiar são desconsiderados.<sup>218</sup>

Em conclusão, como afirma JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA quanto à ausência de previsão legal de obtenção de efeitos de estabilização, em face do disposto ao parágrafo único do art. 294 do CPC.

Caso se admita o *discrímen* realizado pela lei, acabará o autor requerendo a tutela antecipada com base no art. 303 do CPC/2015, tão somente alegando urgência (ainda que exista em grau mínimo, ou seja, virtualmente inexistente), apenas para autorizar a incidência da regra prevista no art. 304 do CPC/2015, viabilizando, assim, a estabilização.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> DIDIER JR, Fredie [Coord. Geral]. TARTUCE, Fernanda. MAZZEI, Rodrigo. CARNEIRO, Sérgio Barradas [Coordenadores]. *Família e Sucessões – Coleção Repercussões do Novo CPC v. 15*. ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Artigo: *Processo e Conflito: os desafios da efetivação das tutelas provisórias em conflitos de família e o Código de Processo Civil de 2015*. Salvador, ed. JusPodivm: 2016, p. 257.

<sup>219</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit., p. 530.

## CONCLUSÃO

Como se afirmou de início, constitui finalidade principal deste estudo saber se a modelagem processual adotada pelo CPC/2015 no que concerne às *tutelas provisórias*, será mais adequada ao tratamento judicial dos conflitos de família que demandem soluções a situações emergenciais, dadas as suas peculiaridades e repercussões, em especial no que concerne à sua aplicação e efetividade. Diversas foram as conclusões obtidas, a destacar-se as enumeradas a seguir:

1. A nova disciplina trazida pelo Livro V do CPC/2015, sob o título “Tutelas Provisórias” enseja de fato a necessidade de uma *adequação de tutelas* por parte do aplicador do direito, dado o fato de que pode ensejar interpretação(ões) ambígua(s) quanto a se decidir qual(is) da(s) técnica(s) se mostrará mais eficaz e adequada para a solução do caso em concreto.

2. O conceito de *liminar* corresponde à entrega provisória e antecipada do pedido, ou da *eficácia sentencial*. Portanto, a liminar não caracteriza jamais uma antecipação da própria decisão de mérito contida na sentença, mas antecipa somente os *efeitos* que decorrem desta decisão. Logo, a liminar só antecipa os efeitos *externos* ou *secundários* da sentença que, por esta condição, refletem-se no mundos dos fatos; enquanto os principais, ao contrário, atuam sempre no plano jurídico. Os efeitos por ela antecipados se referem a uma decisão provavelmente favorável ao seu requerente; não se sabendo se aquele que pleiteia a liminar irá vencer a ação no final, tendo-se apenas conhecimento prévio dos efeitos que a sentença positiva lhe gerará, mas tornando controversa a conceituação de liminar como antecipatória da decisão final, pois não se pode antecipar algo que sequer se sabe ser devido.

3. A *liminar* consiste em provimento que antecipa providência que, pelo regime processual normal, ocorreria apenas como *eficácia* de futura sentença de procedência. Daí porque toda liminar possui natureza *antecipatória*: se antecipa segurança, será uma liminar *cautelar*; porém, se antecipar a satisfação mesma do direito afirmado em juízo, será uma liminar *satisfativa*.

4. Não parece haver qualquer impropriedade na redação do § 5º do art. 303, como se de fato se referisse aos efeitos da *estabilização* mencionado no *caput* do art. 304 de referido diploma legal. O parágrafo 5º do art. 303 diz respeito tão somente à submissão da parte autora ao procedimento previsto ao *caput* de referido artigo (“antecedente”), tanto que a petição – como anteriormente exposto, sequer tratar-se-á de “pedido” – que é o principal, senão, de mero requerimento. De forma que, feita a opção prevista no § 5º, este destina-se a permitir que o magistrado, ao receber a petição inicial, tenha condições de apurar se é o caso de determinar-se a *emenda* da inicial (por não preenchidos os requisitos dos arts. 319 e 320, ou por apresentar defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito), ou se estará em condições de apreciar, desde logo, o pedido de tutela antecipada formulado em pedido antecedente.

5. Objeto de indagação/questionamento por parte da doutrina civilista e familiarista, quando da entrada em vigor do CPC/2015, a revogação dos procedimentos cautelares específicos dos arts. 852-854 do CPC/73 (alimentos provisionais), bem como da Seção XV de referido diploma - *De outras medidas provisionais*, previstas no revogado artigo 888 do CPC/73 (especialmente incisos II a V), não trouxe prejuízo ao microsistema das tutelas provisórias, nem aos jurisdicionados. Estas, são agora concedidas com base no *poder geral* conferido pelo art. 300, do NCPC.

6. No sistema processual anterior, exigia-se para a concessão de referidas cautelares específicas, a demonstração da *evidência* do direito (de forma que, em tese, não podia o juiz conceder tutela satisfativa com base tão-somente em *fumus boni iuris* – porque o que se estava deferindo à parte era exatamente aquilo que ela somente obteria no caso de procedência do pedido). A prova, no caso, equiparava-se a direito líquido e certo, para que se obtivesse sucesso na pretensão liminar.

7. Em sendo os conflitos familiares policêntricos e multifacetados, não se lhes pode aplicar de forma estrita, institutos de direito processual civil originariamente pensados para conflitos cíveis interindividuais, que versem sobre direitos em regra disponíveis.

É da essência do direito de família, a tutela de direitos indisponíveis – ensejando por vezes tutela de ofício pelo magistrado, sem prejuízo de serem reclamados conjuntamente e em pedidos cumulativos e/ou sucessivos, junto a direitos essencialmente disponíveis.

8. A natureza do direito material deve preponderar sobre a norma processual, o que justifica a manutenção no ordenamento dos *alimentos provisionais* previstos nos artigos 852-854 do revogado estatuto processual – enquadrados pelo revogado CPC/73 dentre das hipóteses de cautelares preparatórias, embora assim necessariamente não o fosse.

Para justificar esta afirmação, se efetuou a distinção entre estes – quanto a procedimento, objeto e amplitude, daqueles alimentos previstos e pleiteados sob a égide da Lei n. 5.478/68 (Lei de Alimentos), em verdadeira tutela de evidência, e caráter amplamente satisfativo. Até porque distinguem-se alimentos naturais (objeto dos provisionais) dos alimentos civis ou cômputos (objeto da Lei n. 5.478/68).

O direito a alimentos – sejam *provisórios*, *provisionais* ou *definitivos*, a gerar quanto aos primeiros a indistinção quase generalizada na doutrina e jurisprudência a respeito, com reflexos nos planos doutrinário e no exercício prático dos direitos como anteriormente noticiado, encontra berço constitucional e infra-constitucional, a afastar qualquer possibilidade de sua supressão, e a assegurar que, não obstante eventual omissão legislativa procedimental a respeito, venha o direito material a ser assegurado, guardadas as respectivas peculiaridades inerentes aos procedimentos específicos – quando o caso, e o procedimento comum.

9. Quanto à aplicabilidade das normas de Tutela Provisória do CPC/2015 no sistema de proteção às relações familiares e suas respectivas peculiaridades, entendeu-se pela admissibilidade de utilização – em acréscimo aos requisitos gerais de concessão de referidas medidas em sede de cognição sumária e em caráter liminar, das denominadas “*máximas de experiência*”, a serem utilizadas pelo julgador e previstas no artigo 375 de referido diploma. Porém, tal utilização deverá dar-se de forma limitada na seara do direito de família. Isto porque a máxima deve ser testada, não podendo ser objeto de meras ilações ou suposições, sob pena de que se confundam com estereótipos de julgamento, acarretando em discricionariedades.

Exige controle, portanto, o que impõe ao julgador um ônus argumentativo muito maior, a fim de explicar minuciosamente por que a decisão será dada nestas observações mais ou menos empíricas, tanto em sede de cognição sumária, como em cognição exauriente. Tomou-se a título de exemplo as decisões concessivas de alimentos (embora de alimentos

verdadeiramente não se trate), na Lei de Alimentos Gravídicos (Lei n. 11.804/08), onde, em alguns casos e em exigindo a lei indícios de paternidade para deferí-los liminarmente, não se exige prova da necessidade da gestante. Da mesma forma que a decisão concessiva em caráter liminar se baseia, por vezes, tão-somente no fato do réu não ter negado a prática de relações sexuais, o que, s.m.j., não pode ser tomado como *indícios de paternidade*. Situação que se agrava com a irrepetibilidade dos alimentos, dispensada a caução.

10. Diferenciou-se *graus de satisfatividade* e *graus de estabilização*. Isto porque parte da doutrina entende que o artigo 304 do CPC/2015 foi redigido tendo-se em conta a hipótese em que a antecipação de tutela estabilizável seja total; ante a inércia do réu em interpor recurso, o juiz extingue como um todo, e a decisão se estabiliza.

Entretanto, em se tratando de situações complexas, como quando o juiz defere apenas uma parcela do pedido do autor, ou no caso do autor formular dois pedidos em cumulação simples, não haverá razões para se recusar a estabilização parcial, com a redução do objeto litigioso que será submetido a julgamento fundado em cognição exauriente (art. 356 – *julgamento parcial de mérito*).

Tal deverá ocorrer com frequência nas demandas familiares, como na ação de investigação de paternidade c.c. alimentos, no divórcio litigioso c.c. pedido de regulamentação de guarda, direito de visita e alimentos, etc.

11. Conclui-se que aparentemente perdeu importância discutir-se acerca da existência de “*graus de probabilidade*” para a concessão das medidas referidas. Não importa se ambas as espécies de tutela provisória de urgência (cautelares ou antecipadas) se confundem, ou os graus de probabilidade. Ambas podem ser pleiteadas da mesma forma, com os mesmos requisitos, embora uma seja conservativa e a outra satisfativa. Eventuais “equivocos” passam a ser apenas *terminológicos*.

Não mais se aplica a “teoria da gangorra”, sendo verdadeiramente fator preponderante à concessão de liminares em sede de tutela provisória, a observância da natureza do direito objeto do litígio, e a adequação da medida a ser conferida pelo juiz, à sua tutela. Será considerada *adequada* a medida que propugnar maior proteção e realização do direito frente ao perigo. Aplica-se, por outro lado, a teoria do sistema móvel, de forma que

inexistindo uma hierarquia rígida entre os requisitos à concessão das tutelas provisórias, deve-se estabelecer uma igualdade fundamental de categoria, embora não devam surgir sempre todos, mas antes possam substituir uns aos outros, num sistema de permutabilidade livre. Isto porque, a despeito da ampla margem de discricionariedade que cabe ao juiz, não lhe cabe proferir uma decisão equitativa incontrolável, mas orientar a sua decisão mediante princípios e fundamentá-la no caso em particular.

Evidentemente, cuidados devem ser tomados. Como, p. ex., no caso das regras e prazos diferentes para ambas as tutelas, pela ocorrência da estabilização apenas na tutela antecipada requerida em caráter antecedente e nas hipóteses de concessão de ofício.

12. Em complemento à conclusão anterior, verificou-se que menos importante do que a *fungibilidade* expressamente admitida no parágrafo único do artigo 305 do NCPC – entre medidas cautelares e antecipadas, notadamente de mão dupla; é exigir que a medida pleiteada *coincida* com o entendimento do juiz, de forma a se evitar construções teóricas desnecessárias.

13. Nos conflitos de família, é voz corrente o entendimento de que a *unificação de requisitos* para concessão de medida liminar em sede de tutelas de urgência (parágrafo único do art. 294), tal qual se deflui da análise do *caput* do art. 305 do CPC/2015, levou à derrocada definitiva da discussão quanto à diferença, nos moldes do CPC/73, entre *verossimilhança da alegação* (art. 273, *caput*), e mera aparência do direito (*fumus boni iuris*) para fins de concessão da cautelar.

Nas cautelares, preponderavam a *preventividade* e a *cautelaridade*, nada obstante, como foi dito, as medidas do revogado art. 888 do CPC/73 que, no fundo, não eram cautelares - senão satisfativas, embora caindo em desuso com o advento do instituto da tutela antecipada. Ainda, por vezes a cautelar – concedida liminarmente com base em mero juízo de probabilidade, era de tão enérgica (ex.: separação de corpos), que não se poderia, p. ex., imaginar o juiz determinando o retorno do varão ao lar, diante da não propositura pela virago da ação principal no prazo legal, restando evidente a natureza satisfativa de tal hipótese. Pelo que, como já mencionado, havia e persiste a existência de cautelares com conteúdo conservativo e cautelares com conteúdo satisfativo.

Da mesma forma, no que diz respeito à antecipação de tutela do art. 273 revogado, não poderia o juiz contentar-se com a mera aparência, devendo exigir a evidência do direito, caracterizada pela prova inequívoca *conducente* à veracidade da informação (embora a impropriedade do vocábulo, posto que prova inequívoca = certeza). Mais correto afirmar que a verossimilhança *propende* para a certeza, o que legitimava a concessão da tutela antecipada; até porque antecipar a tutela = antecipar a própria execução.

De todo modo, diante do disposto ao artigo 300, *caput* do CPC/2015 restaram unificados os requisitos. Mas, embora a unificação destes, *faticamente* se exigirá maior capacidade de persuasão do profissional do direito, mediante demonstração de elementos *objetivos* que conduzam à concessão da tutela provisória pretendida em caráter liminar, notadamente diante das peculiaridades do direito de família, e do caráter policêntrico e multifacetado das demandas familiares.

14. Como regra, se de um lado admitia-se a concessão de medida cautelar de ofício – quando referente a direitos indisponíveis e interesses de menores e incapazes; por outro lado, a iniciativa do autor se revela indispensável para a decretação de medidas de urgências satisfativas, salvo se disposição legal expressa autorizar em sentido contrário. Há entendimentos jurisprudenciais que admitem a antecipação *ex officio*, e necessidade das partes poderá ensejar a que o juiz conceda a medida – uma ou outra, *ex officio*, com base no art. 305 do NCPC.

15. Em sede de direito de família, em especial em sede de tutela provisória, deve-se sempre procurar obter *resultados, fora do processo e à luz do direito material*. Ser mais pragmático, pois para isto é que efetivamente serve a tutela jurisdicional.

16. Constituem limites à estabilização da tutela antecipada antecedente, as causas que envolvam *direitos indisponíveis*, ou nos casos em que o *réu for incapaz sem seu representante legal* (ou tiver interesses colidentes com o de seu representante).

Situações comuns nas demandas familiares, há que vedar-se a estabilização. Isto porque a estabilização da tutela antecipada consiste numa modalidade de técnica monitoria, havendo nítida relação entre o mecanismo monitorio e o princípio da disponibilidade. O

pressuposto da disponibilidade não está, por óbvio, presente quando o objeto do litígio é um direito propriamente indisponível. Daí que não seria admissível falar-se em estabilização de uma medida de antecipação de tutela de exoneração de alimentos, concedida em caráter antecedente.

17. Portanto, conclui-se pela possibilidade de aplicação da tutela estabilizada nas ações de família, em algumas hipóteses e conforme a natureza do(s) direito(s) em voga.

A título de exemplo, no direito de família já se entendeu pela admissibilidade da estabilização da tutela antecipada antecedente nos alimentos pleiteados *com base na Lei n. 5.478/68* (diante da natureza eminentemente satisfativa dos *alimentos provisórios*, e embora seu caráter de indisponibilidade). Situação absolutamente diversa é a hipótese em que o alimentante pretenda a exoneração do encargo alimentar e se valha do mecanismo da tutela antecipada em caráter antecedente – pleiteando expressamente pelos efeitos da estabilização, caso o réu/alimentando não interponha recurso no prazo legal. Neste último caso, diante do caráter *indisponível* do direito (irrenunciabilidade da verba alimentar), não há que se falar em estabilização.

Por outro lado, em especial nas relações jurídicas continuativas (como na fixação de guarda, regulamentação de visitas e ação de alimentos), se mostra imperativa a aplicação do disposto ao § 3º do artigo 300 do CPC, segundo o qual a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver irreversibilidade dos efeitos da decisão.

18. Há entendimentos – com o que concordamos, no que diz respeito à *tutela antecipada em caráter antecedente* e respectiva estabilização em direito de família, que deve ser flexibilizada a regra da vedação à sua concessão na hipótese de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, parágrafo 3º). Tal qual demonstrado na hipótese de ocorrência do pressuposto negativo de forma inversa, deve-se levar em conta de forma menor a regra processual, e atentar-se de forma mais detida à tutela do direito material pretendido, e às consequências de sua manutenção ou revogação.

19. Como afirma a doutrina, nem sempre haverá legitimidade e interesse para o manejo da ação de revisão prevista no parágrafo 2º do artigo 304, por *qualquer das partes*.

Uma coisa é outorgar-se a qualquer das partes discutir aquela que seria a tutela final, no que “qualquer das partes” tem legitimidade e interesse. Outra é a situação pela qual apenas o réu (que sofre os efeitos da tutela estabilizada) tem interesse jurídico para a ação de revisão ou desconstituição.

É o que ocorre numa ação em que se busca de forma cumulativa o reconhecimento de filiação e o direito a alimentos. Concedida e estabilizada a tutela antecipada concessiva dos alimentos, não haverá interesse de agir do autor/alimentando quando à sua revogação ou revisão (para renunciar aos alimentos, bastaria ao autor abdicar destes). Neste caso, apenas o réu tem interesse jurídico para pedir a revisão da tutela estabilizada, na forma e prazo legais.

Qualquer das partes poderá, entretanto, promover ação versando sobre o que seria o objeto da tutela final: a existência ou inexistência de filiação. Neste sentido, parece justificar-se a expressão “qualquer das partes” do parágrafo 2º do art. 305, do novo estatuto processual.

Não se deve confundir efeitos da *tutela antecipada estabilizada*, com os da *coisa julgada material*. Esta última diz respeito ao conteúdo da decisão, a primeira aos efeitos da decisão estabilizada. Desta forma, não parece viável falar-se em produção de coisa julgada à decisão estabilizada após o transcurso do prazo de dois (2) anos para exercício da ação revocatória prevista no parágrafo 2º do artigo 304 do CPC/2015. Admitir-se que a decisão estabilizada faça coisa julgada material, é sobrepô-la ao próprio direito material em voga, o que é de todo inadmissível.

20. Da mesma forma que é admitida a *estabilização parcial* (ex.: numa ação em que se confere alimentos mediante tutela provisória estabilizada, em pedido cumulativo a Divórcio), podem perfeitamente coexistir hipóteses de tutela de *evidência* e de *urgência*, concomitantes.

21. O artigo 311 do CPC/2015, de rol meramente exemplificativo, corroborou hipóteses já solidificadas no ordenamento processual anterior, quanto à concessão de liminares em sede de tutela provisória, baseadas em juízo de *evidência*, tal qual ocorria nas hipóteses dos alimentos concedidos sob a égide da Lei n. 5.478/68, dos alimentos provisionais (embora figurando como procedimento cautelar específico nos artigos 852 -854 do revogado CPC/73, não recepcionado expressamente pelo novo sistema – diante de sua natureza satisfativa).

22. Conforme posicionamento doutrinário, há entendimentos de que também nas hipóteses de tutela de *evidência* é possível admitir-se seja concedida em caráter antecedente, efeitos de estabilização. Sob pena de que o autor, para tanto, ajuíze demanda onde alegue *urgência* (ainda que em menor grau ou inexistente), concomitantemente à prova documental produzida (evidência), apenas para valer-se dos efeitos da estabilização.

23. Também no direito de família, a estabilização pode produzir efeitos para fora do processo, conferindo-se *ultratividade* à tutela, gerando uma espécie de *superestabilidade* da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, que não se confunde com a coisa julgada material.

24. Não se pode esquecer, dentre os mecanismos de proteção às relações familiares, do disposto à Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Equiparam-se as medidas previstas em seus artigos 22 e 23, ao regime de separação de corpos previsto na Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio, art. 7º, § 2º), bem como à medida provisional prescrita no artigo 888, inciso VI, do revogado CPC/73. Apenas que de natureza penal, de caráter temporário, e decorrente da prática de crime pelo ofensor.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, André Bruni Vieira. *As Máximas de Experiência: Extensão, Função e Controle no Processo Civil*. Dissertação de Mestrado defendida à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP): 2014, p. 154.

ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. *Tutela Provisória*. 2ª ed., São Paulo, ed. Saraiva Jur: 2017, p. 165.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, Parte Geral: Institutos Fundamentais*. 2ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2016, vol. II – tomo II, p. 406-407.

\_\_\_\_\_. *Apud*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Teoria Geral dos Alimentos*, in Alimentos no Código Civil, Coord. PEREIRA, Rodrigo da Cunha, CAHALI, Francisco José, Saraiva: 2005, São Paulo, p. 01.

AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015*. In: Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio (Org.). *PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2*. Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2016, p. 9-10 (Sistema de Educação Continuada a Distância, v. 1).

\_\_\_\_\_. *Apud*, GRECCO, L. A Tutela de urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 14, n. 1, p. 293-330, jul./dez. 2014. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_14\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_14_edicao.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

BAUERMAN, Desirê. *Estabilização da Tutela Antecipada*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume VI. Disponível em: <[www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/estabilizacao-da-tutela-antecipada](http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/estabilizacao-da-tutela-antecipada)>. Acesso em: 25/07/2017, 17:25.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed., São Paulo, ed. Saraiva: 2016, p. 252.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 318 a 538 – Parte Especial*. São Paulo, ed. Saraiva Jur: 2017, v. 2, p. 732.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 1ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 1987, p. 545.

\_\_\_\_\_. *Separações Conjugais e Divórcio – atualizada com a EC 66/2010 (Emenda do Divórcio)*. 12ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2011, p. 416-417.

CASTRO, Daniel Penteadó de. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil – Fundamentos, Interpretação e Dinâmica*. São Paulo, ed. Saraiva: 2013, p. 66-67.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O Direito Vivo das Liminares*. São Paulo, ed. Saraiva: 2011, p. 163.

\_\_\_\_\_. Art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 428-429.

COVELLO, Sérgio Carlos. *Ação de Alimentos*. 2ª ed., São Paulo, Edição Universitária de Direito: 1992, p. 3-4.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2007, p. 98.

CURY, Munir. SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Comentário: WATANABE, Kazuo. Arts. 152-153. 2ª ed., São Paulo, ed. Malheiros: 1992, p. 454-455.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9ª ed., São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2013, p. 93-94.

\_\_\_\_\_. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 3ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2014, p. 152-156.

DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). CABRAL, Antônio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios Processuais*. CUEVA, Ricardo Villas Boas. Artigo: *Flexibilização do procedimento e calendário processual no novo CPC*. 2ª ed., Salvador, ed. JusPodivm: 2016, p. 500-501.

\_\_\_\_\_. COSTA, Eduardo José da Fonseca. PEREIRA, Mateus Costa. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Tutela Provisória – Coleção Grandes Temas do novo CPC – v. 6*. PEIXOTO, Ravi. *Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência*. Salvador, ed. JusPodivm: 2016, p. 243 a 256.

\_\_\_\_\_. TARTUCE, Fernanda. MAZZEI, Rodrigo. CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coordenadores). *Família e Sucessões – Coleção Repercussões do Novo CPC v. 15*. ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Artigo: *Processo e Conflito: os desafios da efetivação das tutelas provisórias em conflitos de família e o Código de Processo Civil de 2015*. Salvador, ed. JusPodivm: 2016, p. 249-273.

\_\_\_\_\_. COSTA, Eduardo José da Fonseca. PEREIRA, Mateus Costa. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (Coords.). *Tutela Provisória – Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, v. 6. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Artigo: *Doze Problemas e Onze soluções quanto à chamada “Estabilização da Tutela Antecipada*. Salvador, ed. JusPodivm: 2016, p. 355.

\_\_\_\_\_. CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais – coleção Grandes Temas do Novo CPC*, v. 1. REDONDO, Bruno Garcia. Artigo: *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Salvador, ed. JusPodivm: 2016, p. 299-300.

FUX, Luiz. *A Tutela de Urgência na Jurisdição de Família. Cautelares. Tutela Antecipada – Palestra proferida em 27/09/2000 na 24ª reunião do Fórum Permanente sobre o Direito de Família*. Rio de Janeiro, Rev. da EMERJ, v. 4, n. 14. 2001, p. 51-61.

FRIEDE, Reis. *Liminares e Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. 2ª ed., Rio de Janeiro, ed. Destaque: 1997, p. 3.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Apontamentos para a Tutela Provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. P. 195-223. São Paulo: RT, abr. 2016.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11ª ed., ed. Revista Forense, Rio de Janeiro: 1999, p. 427.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência*. 13ª ed., São Paulo, ed. Atlas: 2011, p. 346-347.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 1994, p. 20.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 16a. ed., São Paulo, ed. Atlas: 2016, p. 253-254.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3ª ed., São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2017, p. 491.

\_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3a. ed., São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2015, p. 241.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As Tutelas Cautelar e Antecipada – Coleção Estudos de Direito de Processo ENRICO TULLIO LIEBMAN – vol. 52*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2002, p. 305.

MONTELEONE, Girolano. *Manuale di diritto processuale civile*. Vol. II, Milão: CEDAM, 2007, p. 357.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015: pgs. 867.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2013, p. 1355-1356.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro, ed. Forense: 1999, v. VIII – tomo II, p. 260.

OLIVEIRA NETO, Olavo. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo, ed. Verbatim: 2015, v. 1, p. 621-629.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 616.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte. *Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. Artigo: A Contrafé nas “Ações de Família: Inconstitucionalidade do artigo 695, parágrafo 1º, do NCPC”*. 2ª ed., Salvador, ed. Juspodivm: 2016, p. 547-561.

RODRIGUES, Luiz Fernando. *Tutela de Urgência no Direito de Família*. Dissertação de Mestrado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2005, p. 170.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do direito de família*. 2ª ed., São Paulo, ed. Saraiva: 2012, p. 182.

PELUSO, Cezar (Coord.). GODOY, Claudio Luiz Bueno de. LOUREIRO, Francisco Eduardo. BDINE JR, Hamid Charaf. AMORIM, José Roberto Neves. BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. ANTONINI, Mauro. CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. ROSENVALD, Nelson. DUARTE, Nestor. *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*. Barueri, ed. Manole: 2007, p. 1.652-1.653.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Jurisdicional de urgência: regime jurídico único das tutelas cautelar e antecipada*. Tese de Doutorado em Direito, defendida à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP): 2010, p. 184 e 256.

RICCI, Edoardo F. A evolução da tutela urgente na Itália. In: ARMELIIN, Donald (Coord.). *tutelas de urgência e cautelares / Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo, ed. Saraiva: 2010, p. 379.

SANTANA, Alexandre Ávalo. ANDRADE NETO, José de. *Novo CPC – Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. SCHMITZ, Leonard. Ziesemer. Comentário: II. *Quem não chorar no enterro da própria mãe corre o risco de ser condenado à morte. O (AB)uso de Máximas de Experiência na Valoração e Interpretação Probatória*. Campo Grande, ed. Contemplar: 2016, p. 215-234.

\_\_\_\_\_. ANDRADE NETO, José de. *Novo CPC – Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. RODRIGUES, Mônica Cecílio. Comentário: VIII. *Das Ações de Família (arts. 693-699) e das Tutelas Provisórias no novo Código de Processo Civil*. Campo Grande, ed. Contemplar: 2016, p. 556-561.

SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada requerida em Caráter Antecedente*. Dissertação de Mestrado defendida e aprovada junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP: 2016, p. 167.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze Problemas e Onze Soluções quanto à chamada “Estabilização da Tutela Antecipada*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 55, jan/mar 2015; p. 90-91.

SILVA, Letícia Arenal. *A Estabilização da Tutela Provisória e a Sumarização do Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado defendida e aprovada junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP: 2017, p. 110-111.

SILVA, Raphael Almeida Corrêa da. *A Tutela Provisória de Urgência Antecipada e Antecedente e a Estabilização como opção do requerente da medida*. Tese de Doutorado defendida e aprovada junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP: 2016, p. 15-16.

SOUZA, Artur César de. *Tutela Provisória – Tutela de urgência e Tutela de evidência*. São Paulo, ed. Almedina Brasil: 2016, p. 268.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Execuções, Cautelares e Embargos no Processo Civil*. São Paulo, ed. Saraiva: 2013, p. 16-17.

STRECK, Lenio Luiz. DELFINO, Lúcio. SOUSA, Diego Crevelin de. *Tutela Provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade*. Revista Consultor Jurídico, 15 de maio de 2017, 6h39 <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contradito...>>

TAKEISHI, Guilherme Toshihiro. *A Tutela Provisória na Lei nº 13.105/2015 – Requisitos e Procedimento*. Dissertação de Mestrado defendida e aprovada junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP: 2015, p. 117.

TALAMINI, Eduardo. Ainda a estabilização da tutela antecipada. Migalhas de peso. 01 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236877,31047-Ainda+a>>. Acesso em: 01/11/2016, 14:41.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao direito de família*. São Paulo, ed. Gen/Método: 2012, p. 18-19.

\_\_\_\_\_. *Op. cit.*, p. 19. *Apud*, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil, 2011, p. 106.*

\_\_\_\_\_. *Op. cit.*, p. 19. *Apud*, GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 1, dez. 2007. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_1a\\_edicao\\_rj.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. *Op. cit.*, p. 22. *Apud*, PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, 2003, p. 116.

VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Lés Référés*. Paris: Litec, 2003. P. 205.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. *Comentário: Dos Poderes dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz*. São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2015, pgs. 446-464.

\_\_\_\_\_. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. FERREIRA, William Santos. *Comentário: “Das Provas”*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2015, p. 1017-1018.

\_\_\_\_\_. TALAMINI, Eduardo (Coords.). SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais – A crise na construção de respostas no processo civil (Coleção Liebman)*. São Paulo, ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais: 2015, p. 266-275.

\_\_\_\_\_. DIDIER JR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentário: “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2015, p. 79.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 4ª ed., São Paulo, ed. Saraiva: 2005, p. 77-78.