

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL
de
JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

Volume 1

Direito de ação
Partes e terceiros
Processo e política

Volume 2

Jurisdição e competência
Sentença e coisa julgada
Recursos e processos de competência
originária dos Tribunais

Volume 3

Jurisdição constitucional das liberdades e
garantias constitucionais do processo
Execução de decisões do CADE
Processo cautelar
Outros estudos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Mesquita, José Ignacio Botelho de
Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 3 : jurisdição
constitucional das liberdades e garantias constitucionais do processo,
execução de decisões do CADE, processo cautelar, outros estudos / José
Ignacio Botelho de Mesquita ; apresentação José Rogério Cruz e Tucci,
Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. – São Paulo:
Editora Revista dos Tribunais, 2007. – (Coleção teses, estudos e pareceres
de processo civil ; 3)

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3091-3

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil I. Tucci, José Rogério
Cruz e. II. Rodrigues, Walter Piva. III. Lucon, Paulo Henrique dos
Santos. IV. Título. V. Série.

07-4537

CDU-347.9

Índices para catálogo sistemático: 1. Processo civil : Direito civil 347.9

MEDIDAS CAUTELARES NO DIREITO DE FAMÍLIA¹

SUMÁRIO: 1. Parar o tempo – 2. A instrumentalidade e a provisoriedade – 3. A segurança do processo – 4. Arrolamento e seqüestro – 5. Posse e guarda dos filhos.

O alargamento do tema do processo cautelar no atual Código de Processo Civil trouxe uma consequência benéfica que foi a de chamar a atenção dos advogados para as imensas possibilidades que o processo cautelar apresenta.

De início gostaria de salientar que o processo cautelar, hoje, vem ganhando uma dimensão extraordinária. Isto se deve em grande parte à alteração do sistema do Código de Processo Civil ocorrida a partir da vigência do atual Código, em 1974.

¹ Trata-se de conferência proferida em 22 de setembro de 1981, no II Curso de Direito de Família e das Sucessões, da AASP, e revista pelo próprio autor, mas sem lhe retirar o tom coloquial então adotado. A respeito do tratamento dispensado ao tema, ressalva-se o fato de ser anterior em muitos anos à Constituição de 1988 e mais ainda em relação ao vigente Código Civil, época em que, ao Direito de Família, soava estranha qualquer extensão do conceito de entidade de familiar para abranger hipóteses como as que hoje são lisamente admitidas e tuteladas pela lei civil, sem qualquer preocupação de ordem superior quanto à definição da entidade familiar cuja proteção deva ser confiada ao legislador. Daí a ausência de menção às medidas cautelares, hoje plenamente admissíveis, em matéria de união estável, de concubinato, de guarda compartilhada de filhos, guarda de menores por casais homossexuais e assim por diante. Assim também, ainda não se havia introduzido, naquele tempo, no CPC a antecipação da tutela que veio, em boa parte, substituir o que se tinha então como medidas cautelares antecipatórias.

No Código de Processo Civil de 1939, a matéria relativa ao processo cautelar não tinha a majestade que passou a ter. Basta comparar a distribuição das matérias no Código de Processo de 1939 e a distribuição das matérias no Código de Processo de 1974: aos nove livros do Código de 1939 passaram a corresponder apenas cinco livros no novo Código, sendo um deles do Processo de Conhecimento, outro do Processo de Execução, outro do Processo Cautelar e depois Procedimentos Especiais e Disposições Finais.

Passamos a ter um único livro do Código de Processo Civil inteiramente dedicado ao processo cautelar.

Isso trouxe como consequência não apenas uma reorganização da matéria relativa ao processo cautelar, como também uma ampliação do alcance do processo cautelar, mediante a ampliação que efetivamente ocorreu no chamado poder cautelar dos juízes. Isto pode ser notado até mesmo no Direito de Família. No Código de 1939, tínhamos, como processos cautelares ou procedimentos cautelares, nesse setor, os alimentos provisionais, o arrolamento de bens do casal, a entrega de objetos de uso pessoal e a separação de corpos. O Código de 1974, a estas matérias, acrescenta a posse provisória de filhos, o depósito dos menores castigados imoderadamente, o afastamento temporário de um cônjuge (que corresponde à separação de corpos), a guarda e a educação dos filhos, e mais o poder de o juiz conceder medidas cautelares inominadas, atípicas, de modo a dar uma tutela eficaz ao direito ameaçado de violação ou já violado, quando o tempo do processo seja muito longo e aumente muito o risco do perecimento do direito.

Este alargamento do tema do processo cautelar no atual Código trouxe, sem dúvida, uma consequência benéfica, que foi a de chamar a atenção dos advogados para as imensas possibilidades que o processo cautelar apresenta. Mas, evidentemente, toda vez que alargamos muito o campo de um determinado setor do Direito cria-se a possibilidade de abusos, fazendo com que haja uma preferência pela utilização das medidas cautelares em casos em que talvez não se devesse utilizá-las. Isso pode gerar o inconveniente de um extraordinário cerceamento à defesa da liberdade do réu no processo.

Este me parece o momento adequado para que nós, os advogados, nos dediquemos a precisar os nossos conceitos em matéria de processo

cautelar, não apenas para podermos usar as medidas cautelares com a agilidade necessária, mas também para podermos nos defender de medidas cautelares abusivas, inadequadas ou inoportunas e que possam causar um gravame injusto à parte que irá sofrer a sua eficácia.

Para podermos estudar as medidas cautelares em matéria de família dentro do campo do Direito Processual, ou seja, sob a perspectiva do processo e não do Direito de Família, não podemos fugir de uma explanação, também de natureza introdutória, na qual procuraremos assentar, pelo menos, as bases do meu pensamento que em grande parte coincide com o pensamento da doutrina dominante a respeito do processo cautelar.

Iniciando essa visão geral procurarei discorrer sobre as questões que tornam necessário o processo cautelar. Por que o processo cautelar? Para que serve? Qual a necessidade a que o processo cautelar se destina servir? Onde está o fundamento do poder cautelar do juiz? Onde está o fundamento da ação cautelar da parte?

1. Parar o tempo

Um dos elementos básicos para podermos entender todo o processo civil é encontrado na proibição da defesa privada. A proibição da defesa privada faz com que nasça, para o Estado, a obrigação de prestar a tutela jurisdicional e cria, para o particular que está impedido de fazer justiça por suas próprias mãos, o direito de exigir do Estado a prestação da atividade jurisdicional.

Mas o que ocorre quando o Estado proíbe a defesa privada? Quando o Estado proíbe a defesa privada ele cria, para a parte que não tem razão, um estado de satisfação. Aquele que viola o Direito e que não pode ser demovido da sua ação ou da sua omissão antijurídica pelo próprio esforço da parte contrária, passa a desfrutar de uma situação que lhe é favorável, benéfica, sob a tutela do Direito, e que vai durar um certo tempo. Pelo menos, o tempo necessário a que, mediante um processo, a parte contrária consiga fazer com que a ordem se restabeleça.

A proibição da defesa privada implica sempre um determinado tempo em que a parte que age contra o Direito fica satisfeita. Há uma satisfação temporária da parte que cometeu a ilicitude, a que deve se suceder, se as coisas ocorrerem como se espera ou como provavelmente

devem ocorrer, um estado de insatisfação definitiva no momento em que o Direito for atuado por via jurisdicional.

Em contrapartida, qual é a situação daquele que tem razão? Aquele que tem razão teve que sofrer um determinado tempo, que é o tempo do processo, de insatisfação de seu direito, ou seja, tem que tolerar uma insatisfação temporária para poder, depois da sentença, desfrutar de uma satisfação definitiva.

Acontece que durante o tempo que o processo dura muitas coisas podem acontecer. E podem acontecer coisas que mudem de tal forma a situação de fato que aquela situação de satisfação temporária, de que o réu do processo estava desfrutando por força da proibição da defesa privada, se transforme numa satisfação definitiva e que, em contrapartida, ocorra, do lado do autor, a conversão do estado inicial de insatisfação temporária em estado de insatisfação definitiva, porque o direito não pode mais ser satisfeito, dadas as alterações ocorridas no mundo dos fatos, fora do processo.

Aliás, quem analisa muito bem esta situação, não propriamente nesta perspectiva mas salientando o problema do tempo no processo, é Francesco Carnelutti, dizendo que o juiz, no processo, deve fazer como Fausto, de Goethe: ele deve “parar” o tempo. A expressão de Carnelutti é que ele deve “arrestar el instante”. E, de fato, é o que se procura fazer, através do processo cautelar: impedir que os fatos que possam ocorrer durante o tempo necessário para que se faça justiça, ocorram a dano do resultado do processo ou do próprio processo, de sorte a eternizar no tempo um estado de insatisfação daquele que tem razão, em benefício injusto de uma satisfação permanente daquele que não tem razão.

Ora, se o processo cautelar se destina a impedir que isto ocorra já se pode antever aí uma idéia de segurança, de um direito, da parte que tem razão, à segurança do processo e do resultado a que o processo se destina.

Por que se diz “segurança do processo e do resultado a que o processo se destina”?

Porque as interferências danosas podem ocorrer no sentido de impedir que se alcance uma sentença favorável e então podem prejudicar o

processo, ou podem ocorrer no sentido de prejudicar o próprio resultado, ou a vitória, que se obtenha.

Por exemplo, se, para ganhar a causa, eu preciso que se realize uma determinada prova e esta prova não pode ser realizada num momento processual adequado, então eu estou necessitando de uma segurança, do processo, para a obtenção de uma sentença favorável. Vale dizer, preciso antecipar a produção da prova para me garantir de um dos elementos necessários para que a sentença me dê a vitória contra a parte contrária.

Outra hipótese: pode acontecer que um determinado bem, que é o bem que vai sofrer a execução, porque eu vou propor uma ação para entrega de coisa, que este bem esteja em poder de meu adversário, e que este adversário esteja disposto a sumir com ele. Não adiantará nada eu obter a vitória. Além disso, eu preciso ter garantias de que esta vitória será efetiva, será realizada no campo dos fatos, e não apenas uma vitória de Pirro. Para garantir este resultado, requeiro o seqüestro deste bem que fica guardado à disposição do juízo, para que sofra a execução futura.

Assim, poderíamos classificar, à luz desse critério, as medidas cautelares em dois grandes grupos: medidas cautelares de segurança do processo e medidas cautelares de segurança do resultado do processo. Podemos ainda dizer que esses grupos correspondem, respectivamente, às medidas cautelares para assegurar uma sentença favorável, e às medidas cautelares para assegurar a situação que esta sentença favorável garante ao vencedor.

Feita a classificação nestes dois grandes grupos, devemos subdividir o segundo grupo, ou seja, o das medidas cautelares do resultado do processo, em dois subtipos: o das medidas assecuratórias do resultado do processo e o das medidas antecipatórias do resultado do processo.

Medidas assecuratórias do resultado do processo são aquelas como o seqüestro, o arresto, que se destinam a garantir, à parte, que a sentença favorável será efetivamente eficaz.

Ao lado destas, existem outras, as chamadas medidas antecipatórias que são da mais alta importância e que despontam agora no cenário do Direito brasileiro, exatamente por causa das normas contidas no novo Código de Processo Civil, especialmente a norma do art. 798, que diz o seguinte: "Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código

regula no capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Qual é o fundamento dessas medidas chamadas antecipatórias?

Já nos referimos anteriormente ao problema do tempo em relação ao processo e ao resultado do processo. Acontece que há alguns direitos que só podem ser satisfeitos num tempo necessariamente inferior ao tempo de duração do processo. Direitos que, se não forem satisfeitos de imediato ou num tempo curto, não poderão mais ser satisfeitos, porque já passou o tempo para isso.

Imagine-se, por exemplo, a pretensão de alguém que queira participar de um concurso entre particulares, para um fim privado, e cuja inscrição lhe seja negada. Pode ser até uma eleição para a diretoria de um clube. A inscrição para se candidatar à eleição tem que ser realizada dentro de um prazo e a diretoria do clube não admite a inscrição de uma determinada pessoa. Ou a pessoa pratica aquele ato dentro daquele tempo determinado ou não vai adiantar mais praticá-lo, porque não se poderá fazer a inscrição para as eleições de 1981 em 1983, por exemplo.

É o caso também, e isto ocorre com maior freqüência, de determinados direitos absolutos como, por exemplo, o direito à vida ou o direito à saúde.

Uma fábrica passa a lançar um gás poluente e mortal e sabe-se que as pessoas expostas àquele gás durante trinta dias, morrem. Num caso desses, o direito a não sofrer esta agressão do ambiente em que as pessoas estão morando ou é satisfeito naqueles trinta dias ou não poderá mais ser satisfeito.

Toda vez que isto ocorre, o único modo de satisfazer concretamente o direito é satisfazê-lo antecipadamente e depois aguardar o resultado do processo.

Aí surge a necessidade das chamadas medidas cautelares antecipatórias que são medidas que antecipam a solução final de mérito.²

² Boa parte desta matéria está hoje reservada para o tema da antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor. O conceito teve que evoluir para reservar

Como se pode observar, a aplicação dessas medidas cautelares antecipatórias inverte a equação do tempo a que eu tinha me referido. E inverte a equação do tempo exatamente porque a proibição da defesa privada, nestes casos, funciona também com os pólos invertidos. Se se exigir, da parte, que aguarde o resultado do processo, é fatal que ela ficará permanentemente insatisfeita e a outra parte ficará permanentemente satisfeita. Então, o que se faz? Invertem-se os termos desta equação de tempo e, com isso satisfazemos de imediato aquele que alega ter razão. Se ele não a tiver, nós faremos com que os efeitos se desfaçam posteriormente, por ocasião da sentença. A medida antecipatória, vale registrar, leva a esta inversão: eu satisfaço o autor durante o curso do processo e se ele não tiver razão eu desfaço essa situação de satisfação.

2. A instrumentalidade e a provisoriedade

Feita a classificação das medidas cautelares, gostaria de salientar as características básicas, fundamentais, dessas medidas e que são duas: a instrumentalidade e a provisoriedade. Em relação a ambas nós temos regras e temos exceções.

A respeito da instrumentalidade, temos uma regra geral que está no próprio Código de Processo Civil, no art. 796, que diz que a medida cautelar pode ser requerida preparatoriamente ou incidentalmente, mas é sempre dependente do processo principal. Ou seja, só posso requerer uma medida cautelar se estiver em vias de iniciar uma ação ou se já houver uma ação em curso, considerada então como ação principal.

Aí temos o sentido da instrumentalidade, uma vez que a satisfação que se obtenha no processo cautelar só se explica na pendência ou na iminência da propositura de uma ação principal.

Esta regra encontra exceções que não estão previstas no Código, mas que decorrem de algum raciocínio que se faça a respeito da finalidade das medidas cautelares. Por exemplo: uma das medidas cautelares previstas

a natureza cautelar às medidas de segurança do direito em causa, consoante a regra do art. 798, abrindo-se a possibilidade de antecipação da tutela para os casos em que não se assegura a satisfação do direito em causa (o resultado do processo), mas, sim, a de outros direitos conexos, conforme é de regra nas medidas liminares em processos de conhecimento.

pelo Código é a exibição integral dos livros de escrita comercial como diz o Código no art. 844, III. O sócio que está para demandar a sociedade requer a exibição dos livros da Escrituração comercial. Feita a exibição, ele vai decidir se propõe a ação ou não. Pode ser até que, examinando a escrita, ele chegue à conclusão de que a suspeita que alimentava era infundada e com isso não propõe ação nenhuma. Num caso desses, a instrumentalidade tem que ceder ao direito do sócio de examinar a escrita comercial e ele pode, a meu ver, requerer a medida cautelar sem anunciar qual a ação que vai propor, ou anunciá-las de tal forma vaga que possa não propor ação nenhuma. E não haverá maior problema porque, tendo ele examinado a escrita comercial o efeito da medida cautelar se realizou por inteiro e não há efeito que a medida cautelar possa perder se a ação não for proposta no prazo de trinta dias.

Situação idêntica nós podemos considerar quando alguém quer obter a produção antecipada de uma prova. Não porque vá propor a ação, mas porque quer se defender ou quer já preparar a defesa, numa ação que possa ser proposta contra ele, onde não será autor em ação nenhuma, eventualmente será réu.

Isto ocorre também em uma medida que interessa muito à área de família, ou seja, no arrolamento de bens que tem em grande parte a função de preparar o processo principal.

Passemos agora à outra característica básica das medidas cautelares que é a provisoriedade.

O que significa a provisoriedade da medida cautelar?

O art. 807 do Código de Processo Civil diz: “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

Calamandrei, um dos que melhor estudou o processo cautelar, procurando definir a provisoriedade típica das medidas cautelares, afirmou que “a provisoriedade da medida cautelar consiste em que ela nunca se torna definitiva”, ao contrário do que acontece nas medidas liminares em processo de conhecimento, como o mandado de segurança, a ação possessória. Nestas liminares, se tudo correr como se espera, a sentença, julgando procedente a ação, deverá converter aquilo que era situação

liminar e provisória em definitiva. Ou seja, aquele que pretendeu a reintegração na posse deve ser reintegrado definitivamente; o que obteve liminarmente o mandado de segurança deve obter a confirmação da ordem na sentença que julga finalmente o mandado de segurança e assim por diante. Mas, o típico da medida cautelar é que ela nunca se torna definitiva, como acontece, por exemplo, no arresto ou no seqüestro. Nós seqüestramos alguma coisa para que ela fique depositada enquanto pende a ação e depois seja entregue ao seu legítimo dono. Aí cessa o seqüestro, no momento em que o processo termina.

Não obstante isso, temos também exceções na regra da provisoriedade das medidas cautelares. Uma delas – e talvez a mais notável – é exatamente a das chamadas medidas antecipatórias.

Nas medidas antecipatórias, quando obtemos desde logo aquele bem jurídico que será objeto do processo principal, se vencermos o processo principal, aquela medida se transformará em definitiva. A medida conservaria apenas o caráter instrumental porque seria sempre necessário um outro processo principal para que seja mantida sua eficácia. Mas a provisoriedade desta medida se confundiria aí com a provisoriedade de uma medida liminar em mandado de segurança, de uma medida liminar em ação possessória.

Esta anomalia, já que isto não é próprio da medida cautelar, faz com que requisitos muito especiais devam ser observados pelo juiz na concessão de medidas cautelares antecipatórias. Em primeiro lugar, ele deve estar muito atento à natureza do direito que vai se fazer valer. Deve verificar se se trata efetivamente de um direito cuja satisfação não possa esperar o tempo do processo.

Um exemplo muito citado na jurisprudência é o do comerciante que adquire um estabelecimento comercial e, no contrato de compra e venda, ajusta a seguinte condição: que o vendedor, durante dois anos, não pode se estabelecer na mesma rua, com o mesmo ramo de comércio. Já houve um caso – está na jurisprudência portuguesa, numa decisão do Tribunal de Justiça de Lisboa – em que, não obstante esta cláusula, o vendedor se estabeleceu na mesma rua, com o mesmo ramo de comércio. Ora, o prazo de dois anos, no qual o vendedor se obrigara a não estabelecer esta forma de concorrência, seria, necessariamente, o prazo que o comprador levaria para conseguir vencê-lo na ação, ou seja, o prejuízo

ocorreria durante esse tempo. Em razão disso, como medida cautelar do tipo antecipatório, o Tribunal concedeu a medida cautelar para obrigar o vendedor a cerrar as portas do novo estabelecimento.

Também é necessário ao juiz, não só prestar atenção no tipo de direito que vai ser feito valer pelo autor, como também estar atento às garantias de liberdade do réu. Porque é muito possível que o requerente da medida cautelar não tenha razão nenhuma, que as alegações sejam todas infundadas ou simplesmente falsas. E nesse caso a concessão da medida antecipatória levará a parte contrária a sofrer, necessariamente, um prejuízo. Por isso é necessário que o juiz garanta a provisoriedade da medida cautelar, ou seja, que uma vez terminado o processo principal, as coisas voltem ao “statu quo ante”, tornando então necessária uma contracautela, que normalmente deve ser feita mediante a prestação de uma caução que garanta a restituição das coisas ao estado anterior.

Com esta visão muito rápida e, num certo sentido, muito ampla, do sistema das medidas cautelares, passaremos agora a tratar a matéria especificamente no que diz respeito ao Direito de Família.

3. A segurança do processo

Em primeiro lugar, temos as medidas destinadas à segurança do processo. Relacionaremos apenas duas: os alimentos provisionais e o arrolamento de bens. Não será difícil constatar que a inserção dos alimentos provisionais nesta categoria é bastante discutível.

Como medida de segurança do resultado do processo, de natureza assecuratória, no campo do Direito de Família, salientaria apenas uma que é o depósito que se faz no arrolamento de bens.

Mas, como medidas de segurança do resultado do processo, de natureza antecipatória, encontramos diversas no Código de Processo Civil: temos o afastamento temporário do cônjuge, a entrega de objetos de uso pessoal, a posse provisória dos filhos, o depósito de menores, a guarda e a educação dos filhos.

Além destas medidas, ainda existe a possibilidade das medidas atípicas e inominadas. Por que se faz essa separação em medidas atípicas e medidas inominadas? São realmente duas coisas diferentes. A medida cautelar atípica consiste, por exemplo, em se utilizar de um seqüestro num

caso que não é precisamente a hipótese para a qual o Código de Processo Civil prevê o seqüestro; o seqüestro é usado aí de forma atípica. A medida inominada é aquela que invento como a mais adequada para satisfazer a solução do caso concreto. Há um caso muito conhecido na jurisprudência italiana de um pintor que fez uma exposição onde incluiu um nu de uma conhecida personalidade, uma conhecida senhora da nobreza italiana. Ela entendia que esta exibição era prejudicial aos seus direitos morais, aos direitos da personalidade. E pediu, como medida cautelar, que, enquanto pendesse o processo principal, o quadro fosse coberto. Nós temos aí, portanto, uma medida inominada, isto é, a medida adequada para a solução daquele caso específico.

Em matéria de medidas atípicas ou inominadas o campo é totalmente aberto no Código de Processo Civil.

Passemos agora a examinar as medidas cautelares em espécie, começando pelos alimentos provisionais.

Humberto Theodoro Júnior, professor de Minas Gerais que tem uma obra sobre o processo cautelar, citando Pontes de Miranda diz que a prestação de alimentos provisionais é conteúdo da ação de alimentos. Pontes de Miranda diz isso mesmo. Mas eu não penso assim.

Os alimentos provisionais são alguma coisa mais ampla do que o conteúdo da ação de alimentos. Basta lembrarmos que a parte pode pedir alimentos provisionais, ou seja, aquele tanto necessário para o autor custear a sua vida e o processo enquanto o processo dura, não só quando vai deduzir em juízo, como processo principal, uma ação de alimentos, e aí a medida teria um caráter antecipatório, mas também quando se trata de uma ação de separação judicial, de uma ação de anulação de casamento, de uma ação de investigação de paternidade, de uma ação de suspensão de tutela ou de curatela, de suspensão do pátrio poder. São casos em que se admite a medida cautelar de alimentos provisionais e na realidade a pretensão alimentícia pode nem sequer constar da ação principal. É o caso da mulher casada sob o regime da comunhão de bens que pretenda desquitar-se. Ela vai necessitar de alimentos provisionais mas no desquite, ou melhor, na separação judicial, ela ficará com bens suficientes para dispensar o pagamento de pensão alimentícia. O mesmo pode ocorrer, e ocorre, na ação de anulação de casamento a que não se

segue o pagamento de pensão alimentícia, uma vez que o casamento se desfaz com o julgamento de procedência da ação.

Não podemos dizer que os alimentos provisionais constituem conteúdo da ação de alimentos. Não é bem assim. Isto pode ocorrer em alguns casos. Na realidade, a afirmação envolve uma confusão entre alimentos provisionais e alimentos provisórios.

Toda vez que vamos deduzir em juízo uma pretensão de alimentos, por via da ação de alimentos, podemos requerer a prestação de alimentos provisórios. Aí temos uma medida que não é cautelar; é simplesmente uma medida liminar antecipatória, própria do processo da ação de alimentos, como ocorre também no mandado de segurança ou no embargo de obra nova. Não existe neste caso natureza cautelar.

Tal não ocorre nos outros casos em que vamos usar a medida cautelar de alimentos provisionais, com seu caráter específico. Diria que, na ação de alimentos, se formos usar a medida cautelar de alimentos provisionais, o que haveria propriamente de provisional seria aquele “plus” destinado ao custeio da lide, ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios e demais despesas que o processo venha a demandar.

Podemos observar que os alimentos provisionais não têm, ao contrário do que normalmente se lê, o caráter antecipatório. Podem ter se for deduzida posteriormente na ação principal uma pretensão alimentícia.

Uma vez concedidos os alimentos provisionais como é que se conta o prazo para a propositura da ação principal?

A ação principal deve ser proposta no prazo de trinta dias da efetivação da medida. E esta medida, de alimentos provisionais, não é uma medida que se efetive em um ato só. Os alimentos provisionais devem ser pagos mensalmente, enquanto durar o processo. Em que momento se efetiva a medida?

O entendimento normal é o de que a medida se efetiva no momento em que o devedor dos alimentos provisionais paga a primeira prestação mensal. A partir daí é que começa a correr o prazo de trinta dias.

Mas, não obstante isso, localizei um acórdão muito curioso: o autor não propôs a ação principal no prazo de trinta dias e o Tribunal entendeu que não havia problema porque, como os alimentos eram devidos mês a mês, não se poderia entender que o pagamento do primeiro mês

implicaria a execução da medida. O Tribunal, no caso, deve ter agido por razões que não constaram do acórdão e que justificariam, no caso concreto, essa benevolência, uma vez que, levado às últimas conseqüências este raciocínio, aquele que está recebendo os alimentos provisionais não precisaria propor nunca a ação principal, porque nunca se terminaria de efetivar a medida cautelar.

Tratemos agora da eficácia desta medida no tempo.

Mais uma vez é necessário separar, a meu ver, o que são alimentos provisionais e o que são alimentos provisórios na ação de alimentos.

A disciplina da lei que rege a ação de alimentos é muito clara, dizendo que os alimentos provisórios têm que ser pagos até final decisão, inclusive do recurso extraordinário. Vale dizer, a concessão dos alimentos provisórios na ação de alimentos não pode ser revogada. Pode haver uma variação, podem ser diminuídos os alimentos provisórios mas não pode haver revogação, por expressa disposição da norma do Código.

Os alimentos provisionais são outra coisa. Não são alimentos provisórios. Tenho para mim que, se o caso for apenas de alimentos provisionais, incidem as normas gerais relativas ao processo cautelar e portanto esta medida pode ser revogada a qualquer tempo, diferentemente com o que ocorre com os alimentos ditos provisórios.

Na execução da medida cabe a prisão do devedor, segundo dispõe o art. 733 do Código de Processo Civil.

Mas o maior problema ou, pelo menos, o problema que desperta maior curiosidade a respeito desta matéria dos alimentos provisionais, está no caráter de irrestituibilidade dos alimentos provisionais.

Podemos encontrar em diversos autores a afirmação de que os alimentos provisionais recebidos por aquele que os demandou, não podem nunca ser objeto de pretensão à restituição por parte daquele que os pagou, mesmo que o que recebeu os alimentos provisionais venha a ter julgada improcedente a sua pretensão na ação principal. Esta afirmação é encontrada em Pontes de Miranda e repetida por Humberto Theodoro e por tantos outros processualistas de tomo que têm tratado da matéria. Sempre me intrigou muito esta matéria, porquanto sempre me pareceu absurdo que alguém, requerendo alimentos provisionais, recebendo-os, e que venha a ter julgada contra si a ação principal, tenha algum direito

de ficar com aqueles alimentos sem ter que pagar uma indenização, sem ter que ressarcir os danos daquele que, indevidamente, pagou os alimentos. É evidente que existe um aspecto de fato a ser considerado, qual seja que, normalmente, aquele que demanda alimentos provisionais não tem recursos para se manter e portanto nunca teria com o que devolver aquilo que consumiu. Mas independentemente disso, tive a preocupação de aprofundar a minha investigação para ver de onde saía esta afirmação tão peremptória de Pontes de Miranda, que chega mesmo a dizer que isto é regra de direito material, o que deve ser entendido por *princípio* de direito material, porquanto no nosso Direito, ao contrário do que ocorre no Código Civil português, não há nenhuma regra dizendo que os alimentos provisionais são irrestituíveis.

Eu descí a minha análise porque Pontes de Miranda fazia citação de alguns juristas portugueses muito antigos. E fui aprofundando a minha pesquisa. Comecei com Lafayette Rodrigues Pereira, jurista brasileiro que nasceu em Queluz, em Minas, em 1834. Dele, fui para Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, português, que viveu entre 1756 e 1819; fui verificar o que dizia o brasileiro Antonio Joaquim Ribas, que nasceu em 1820 e morreu em 1890. Todos eles sempre afirmando a mesma coisa e se baseando, sobretudo, numa opinião de um autor português dos mais célebres: Álvaro Valasco.

Álvaro Valasco nasceu em Évora, em 1526 e morreu em Lisboa, em 1593. O seu trabalho foi da maior importância e foi traduzido para outras línguas estrangeiras na época. Álvaro Valasco, de fato, faz esta afirmação.

Mas senti a necessidade de examinar mais largamente o assunto. E quem acabou me esclarecendo foi um autor, também antigo, porém mais recente, Manuel de Almeida e Sousa de Lobão, que viveu no século passado. Lobão chega a fazer a seguinte referência: diz que os alimentos percebidos não devem sofrer restituição, simplesmente pelo fato de que a pessoa, embora podendo restituí-los, os tenha recebido a título de alimentos provisórios ou a título de alimentos provisionais. Se aquele que recebeu os alimentos vem a decair da ação principal e depois vem a adquirir fortuna ou vem a poder restituir, ele deve restituir. Lobão se refere – é sua expressão – àquele que vem a se tornar “opulento”. Nesta expressão de Lobão está bem clara a situação do Direito português antigo.

A ação de alimentos, a ação sumaríssima de alimentos era concedida às pessoas que provassem sua quase miserabilidade, porque a regra de que cada um deve prover o seu sustento era aplicada a ferro e fogo no antigo Direito português. Conseqüentemente, era inútil a pretensão à restituição. Daí decorre que só se poderia realmente pretender a restituição quando a pessoa viesse a dispor de recursos para essa restituição.

Com isso pude alargar um pouco mais o conhecimento e verificar que havia normas nas Ordenações, a respeito da restituição dos alimentos que a mãe prestava aos filhos quando estes, por morte do pai, adquiriam uma condição melhor do que a dela. A partir daí voltei mais reconfortado para o exame do Direito atual e vejo com agrado, no trabalho de Moura Bittencourt sobre os alimentos, a afirmação de que deve ser interpretada relativamente esta regra de que os alimentos provisionais não se devolvem, mesmo que o autor decaia da ação. E cita um caso, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que está na Revista dos Tribunais, em que a mulher pleiteou alimentos provisionais para poder se sustentar durante a ação de desquite. Na partilha, os alimentos pagos foram descontados da sua meação o que é evidentemente uma forma de restituição.

Quando for encontrada a afirmação de que os alimentos provisionais não se restituem quando o requerente decaiu da ação principal, ela tem que ser interpretada de caso para caso. É evidente que não se pode levar a reparação, no caso dos alimentos provisionais, ao ponto de as pessoas pobres e sem recursos terem medo de enfrentar a ação, ou melhor, de requerer alimentos provisionais, com receio da volta para trás que esta situação poderia sofrer.

4. Arrolamento e seqüestro

O arrolamento de bens sofreu uma modificação no nosso Direito em comparação à disciplina que tinha no Código de 1939, onde fazia-se simplesmente o arrolamento e era apenas arrolamento de bens do casal. Agora, o arrolamento tem um sentido mais amplo e pode se estabelecer em outros casos que não simplesmente os casos de Direito de Família. Além disso, admite-se que os bens arrolados sejam objeto de depósito, isto é, sejam depositados em mãos de um depositário indicado pelo juiz.

Isto faz com que o arrolamento acabe se assemelhando a um verdadeiro seqüestro. E nós temos que ter a preocupação de saber distinguir uma medida de outra.

Vamos analisar a norma do Código. Esta matéria está disciplinada nos arts. 855 e seguintes do Código de Processo Civil. O art. 855 diz que “procede-se ao arrolamento sempre que há fundado receio de extravio ou de dissipação de bens”.

E o art. 858 dispõe o seguinte: “Produzidas as provas em justificação prévia, o juiz, convencendo-se de que o interesse do requerente corre sério risco, deferirá a medida, nomeando depositário dos bens”.

Interpretando essas duas normas chego à seguinte conclusão. O arrolamento não implica necessariamente no depósito dos bens. O arrolamento só levará ao depósito dos bens se, por acaso, houver um risco muito sério de dano aos interesses do requerente.

Qual é o interesse que existe na separação dessas duas coisas?

Esse interesse se explica da seguinte maneira.

O arrolamento puro e simples, o ato de arrolar, significa fazer um rol, fazer uma lista. O interesse que o simples arrolamento oferece é o de permitir a alguém que não conhece exatamente os bens que irão ser objeto de uma disputa futura, pedir que se faça uma verificação no local em que eles se encontram, para que esses bens sejam determinados e especificados. Podemos dizer que o arrolamento de bens parte de uma indefinição da coisa. Ora, se existe esta indefinição da coisa não é possível sequer o seqüestro. Nós só podemos seqüestrar coisas perfeitamente individualizadas. O arrolamento visa exatamente a preparar um processo que poderia, eventualmente, ser um seqüestro. Mas, uma vez feito o arrolamento, se o caso for de seqüestro, a parte não deve ser remetida ao seqüestro, a parte não deve ser obrigada a requerer, a partir do arrolamento, uma nova medida. O Código admite que, feito o arrolamento e havendo um sério risco, se faça o depósito, semelhantemente ao que ocorre no seqüestro, ou seja, torna dispensável o seqüestro.

Mas o arrolamento, na sua pureza, continua a ser mantido no Código de Processo Civil. Não existe uma confusão de arrolamento com seqüestro. Esta confusão seria danosa, porque diminuiria o âmbito de aplicação do arrolamento.

Eu presenciei uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que não admitiu o arrolamento dos bens do marido pretendido pela mulher, que queria desquitar-se. A medida não foi deferida sob a alegação ou sob o fundamento de que, como o marido era comerciante e tinha bens suficientes para responder por alguns bens que eventualmente se extraviassem, não se concedia o arrolamento. Isso seria justificativa para negar um seqüestro, mas não um arrolamento.

Normalmente o arrolamento interessa em matéria de bens móveis, cuja individualização ainda não está suficientemente precisada.

Esta decisão a que me referi está publicada na Revista dos Tribunais, v. 513, p. 73.

Outra medida que interessa ao Direito de Família é a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos. Essa medida está prevista no art. 888, II.

Há quem afirme que ela não é propriamente uma medida cautelar porque se destina à satisfação imediata do direito a ter a posse do bem ou dos bens de uso pessoal. Penso que não é bem assim. Esta afirmação conduziria a uma outra, de que tal medida cautelar poderia ser requerida independentemente de haver uma lide, a ser resolvida em um processo principal. Se não houver um conflito de interesses a ser resolvido em um outro processo, ninguém vai estar pedindo a posse de objetos de uso pessoal. Ela só se justifica efetivamente se existir uma outra lide, seja a respeito da posse e da guarda dos filhos, seja a respeito do casamento ou da sociedade conjugal.

5. Posse e guarda dos filhos

Outra medida é a posse provisória dos filhos, em casos de desquite e de anulação de casamento. Nós temos duas medidas no Código de Processo que têm que ser estudadas em conjunto. Uma é a posse provisória dos filhos, e a outra é a guarda e educação dos filhos, esta última prevista no art. 888, VII.

A medida cautelar de posse dos filhos, em casos de desquite e de anulação de casamento, parte da existência de um litígio sobre a posse mesma dos filhos, e não, ainda, sobre a guarda. Talvez o litígio sobre a guarda seja resolvido mais para a frente, na própria ação de desquite ou

de anulação de casamento, mas os cônjuges estão em conflito a respeito da posse dos filhos, mais do que da guarda.

A outra medida, a de guarda e educação dos filhos, pressupõe, segundo entendo, que não exista litígio sobre a posse. O que existe é indefinição sobre a guarda, sobre o direito de visita ou sobre a educação dos filhos que estejam carecendo de uma regulamentação judicial, muito embora em matéria de posse dos filhos, estejam os pais de acordo.

Daí não me parecer que exista necessariamente um entrecruzamento entre essas duas medidas. Não acho que elas se confundam. Uma delas exige que ocorra um litígio sobre a posse, a outra não.

O Código cuida ainda do afastamento do menor que foi autorizado a casar-se contra o consentimento dos pais, ou seja, aquele menor que não obteve o consentimento paterno e o consentimento foi suprido por ato judicial. Efetivamente é de todo interesse o afastamento deste menor do lar, para que ele não fique sofrendo pressões injustas.

Esta medida não me parece ser cautelar. Ela não está vinculada a nenhuma ação futura. É simplesmente um ato de jurisdição voluntária praticado pelo juiz a requerimento do próprio menor ou do Ministério Público ou de algum parente, no interesse do menor, mas a medida não tem nenhuma das características da medida cautelar.

Em primeiro lugar, esse afastamento não é temporário; é um afastamento definitivo, uma vez que durará até que o menor se case, de acordo com a autorização recebida. Em segundo lugar, não pressupõe a propositura de ação nenhuma, sendo simplesmente um ato de defesa do direito do menor à sua liberdade.

Já matéria diferente é o afastamento temporário do cônjuge. Tem esse afastamento uma dupla finalidade: se destina à segurança do processo, no sentido de segurança do exercício do direito de ação; e também à segurança do resultado do processo.

Eu me referi a “segurança do exercício do direito de ação”, e isso é evidente, porque as condições a que os cônjuges em conflito se submetem no lar conjugal são tais, que podem impedir ou restringir àquele que pretenda propor a ação de desquite ou de anulação de casamento, o próprio exercício do direito de ação. Todos sabemos do nível de violências que se pode desenvolver na cena doméstica.

Além disso há a segurança do próprio processo ou a segurança da sentença favorável, no seguinte sentido: aquele dos cônjuges que abandona o lar conjugal sem obter autorização judicial para isso, está sujeito, na ação que venha propor, a ter que enfrentar a reconvenção do outro cônjuge, o que viria a prejudicar sensivelmente sua situação processual. Para obstar esta reconvenção, fundada no abandono do lar, é necessário evidentemente a medida cautelar de afastamento temporário do cônjuge.

Por outro lado, esta é também uma medida que representa a segurança do próprio resultado do processo, uma vez que ela é antecipatória. Se se trata de um processo de separação judicial ou de anulação de casamento, o final desse processo será evidentemente a separação, e esta separação é antecipada, é obtida tendo em vista a necessidade de liberdade de que as pessoas carecem, sobretudo no confronto com uma situação litigiosa no lar.

Quando se trata de afastamento do próprio requerente, se é o próprio requerente que está pedindo o seu afastamento do lar conjugal, aí as condições de admissibilidade são as mais brandas possíveis, são as menos rigorosas: basta que o requerente faça a prova do casamento, muito embora eu tenha visto um caso em que foi admitida esta medida para a separação do concubino, o que é muito curioso. Mas, enfim, se se trata do afastamento do próprio requerente, basta a prova do casamento.

Diferente é a situação quando o requerente pede que seja afastado do lar conjugal o outro cônjuge. Aí o rigor na apreciação ou no deferimento da medida tem que ser muito mais amplo, é evidente. Inclusive porque parte-se da afirmação de que o outro cônjuge está praticando atos de agressão injustificada e que tornam insuportável a presença dele no lar, seja por causa do cônjuge que quer ficar, seja por causa dos filhos. Esta apreciação, ainda que superficial, já é uma apreciação da mesma matéria que será submetida à decisão no processo principal, embora ainda sem as características da coisa julgada.

Além disso, deve o juiz também ter a cautela de verificar as consequências desse afastamento, porque neste afastamento irão influir até mesmo as condições financeiras e econômicas daquele que vai ser afastado e que não pode ser simplesmente posto na rua.

O Código cuida ainda da busca e apreensão de menores, sob a forma de busca e apreensão de pessoas, no art. 839.

Tenho para mim que nessa hipótese não há cautelaridade. A medida cautelar de busca e apreensão de menor seria requerida por quem tem o pátrio poder ou por quem tem à guarda. Busca-se e apreende-se o menor apenas como forma de exercício do direito daquele que tem o pátrio poder ou a guarda do menor. Ora, se é assim não há nenhuma outra ação a ser proposta depois. Esta busca e apreensão pode ser considerada como um processo até de jurisdição voluntária em que se satisfaz o pátrio poder e se satisfaz a necessidade do menor que tenha sido retirado de casa, por alguma pessoa que não poderia tê-lo retirado do poder sob o qual ele se encontrava.

Por último gostaria de salientar outra questão que me parece de interesse e que é a seguinte: nos casos de processo cautelar de interesse do Direito da Família, freqüentemente nos defrontamos com problemas relativos ao interesse do menor como a posse do menor, guarda e educação do menor, depósito do menor castigado imoderadamente etc.

Quando há um interesse do menor, esse processo não se desenvolve porque existe uma lide; não há um litígio entre as partes que vão figurar no processo. Não há um direito do pai, não há um direito da mãe, não há um direito do tutor, que esteja sendo ameaçado. O que está em causa é simplesmente o interesse do menor. Trata-se de processo sem lide; processo, neste caso, de jurisdição voluntária. Conseqüentemente, entendo que, mesmo em se tratando de processo cautelar regido pelas normas do processo cautelar, é de aplicar-se o art. 1.109 do Código de Processo Civil, segundo o qual: "(...) Não é, porém, o juiz, obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna".

A incidência desta norma no processo cautelar tem um resultado muito curioso.

Vamos imaginar, por exemplo, que seja requerida uma medida como a posse do filho ou a guarda do filho e não seja intentada a ação principal. Em princípio, esta medida deveria caducar no prazo de trinta dias da data da sua execução. Mas se o juiz se convence de que esta medida contém a melhor solução para o menor, ele não vai, porque passou o prazo de trinta dias, devolver o menor para a posse da pessoa com quem estava antes,

sofrendo violências ou privações. Num caso desses, excepcionalmente – e a meu ver justificadamente – por força da aplicação do art. 1.109, que diz que não se aplica o Direito estrito, esta medida que foi concedida em processo cautelar e, portanto, de natureza provisória e instrumental, perde a instrumentalidade e a provisoriedade e pode tornar-se definitiva até que a outra pessoa reclame a posse ou a guarda em processo regular. Invertem-se assim os termos do problema.