

A TUTELA DE URGÊNCIA NA JURISDIÇÃO DE FAMÍLIA. CAUTELARES. TUTELA ANTECIPADA*

LUÍZ FUX

Desembargador TJ/RJ

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. É exatamente um campo onde a urgência se faz presente a exigir uma pronta atuação do Poder Judiciário. Recordo-me de que há mais de duas décadas atrás nas Jornadas Americanas de Direito Processual, realizadas no Rio de Janeiro, o Professor Egas Muniz de Aragão referia-se à tutela de urgência, na época com vocabulário ainda ortodoxo, apenas contemplando a tutela cautelar, como sendo uma tutela capaz de ser manejada de ofício pelo juiz, nas hipóteses relativas a direitos indisponíveis, notadamente os direitos de família, os direitos inerentes aos menores e aos incapazes em geral.

Realmente essa é uma singularidade no nosso sistema jurídico, a partir do momento que temos como regra básica o princípio de que nenhum juiz deve prestar a tutela jurisdicional sem que ela seja provocada, é deveras *sui generis* poder o juiz agir *ex officio*, independentemente de provocação das partes, afastando o mito da neutralidade do juiz que não pode agir sem provocação para atuar exatamente no campo tão sensível da atividade humana, como no campo do Direito de Família. Deferindo uma providência que ele reputa mais justa e adequada para o menor, uma providência capaz de conjurar um *periculum in mora* em razão da falta de percepção momentânea dos cônjuges, aqueles momentos mais afetados da vida conjugal. Essa hoje é realmente uma questão muitíssimo elegante, até porque não se conseguiu explicar ainda por que o Poder Legislativo e o Executivo agem de ofício e o Poder Judiciário não pode, naquelas hipóteses em que se faz mais do que necessária a intervenção judicial imediata. Então, a tutela de urgên-

* Palestra proferida em 27/09/2000 na 24ª reunião do Fórum Permanente sobre o Direito de Família

cia e os direitos de família, em razão desses valores fundamentais que gravitam em torno desse ramo da ciência jurídica, representam uma simbiose mais do que expressiva no estudo dos novos fenômenos judiciais.

Quando aduzimos à tutela de urgência, o que nos vem à mente é uma prestação de justiça imediata que não pode aguardar cumprimento daquelas solenidades inerentes ao procedimento ordinário. Se a tutela é urgente, há uma situação de perigo, de tal sorte que ou o juiz provê ou então haverá, infelizmente, uma denegação de justiça. Na realidade, a tutela de urgência tem como fundamento os princípios constitucionais do irrestrito acesso à justiça e da obediência ao princípio do devido processo legal, porque se é verdade que a todo direito corresponde uma ação que o assegura, é preciso que diante do caso concreto o juiz possa prover sob medida de maneira urgente de tal forma que possa conjurar aquela situação de perigo, resolvendo o problema dos jurisdicionados à luz desse princípio maior, ainda que não haja uma consagração textual na legislação ordinária, porque, a bem da verdade, se uma lei ordinária, se uma portaria do Ministério da Saúde ou se uma portaria do Banco Central entra em vigor imediatamente, por que a Constituição Federal, que é Lei Maior, não entra em vigor imediatamente? Sempre tive uma dificuldade científica em entender essa história de que a Constituição tem que ficar esperando alguma regulamentação e a Lei Ordinária, a Lei Estadual, entra em vigor imediatamente. A Constituição não, ela tem eficácia limitada, eficácia contida, é uma norma programática, quando não se quer aplicar. Às vezes, a Constituição diz tudo e não há necessidade de absolutamente mais nada. Entendo que a tutela de urgência, essa prestação de justiça imediata, aplicável a todo e qualquer ramo da ciência jurídica, tem como fundamento à própria Constituição Federal.

O Legislador Constitucional, quando assegura o acesso à ordem jurídica, afirmando que nenhuma lesão ou ameaça deve escapar à apreciação judicial, faz no sentido de que o Judiciário é acessível e deve prover de acordo com o caso concreto. Um grande doutrinador do Direito Processual Constitucional Italiano, Tlicoló Trocker, afirma que o juiz deve adaptar à realidade prática a realidade normativa, porque, do contrário, essas garantias transformam-se em promessas e seduções meramente ideológicas, em letras mortas enquanto inseridas na Carta Constitucional. É preciso tornar realidade, a regra de que todos nós temos acesso à Justiça, e este há de ser adequado, efetivo, por isso é que se o que a parte pretende é uma prestação jurisdicional urgente, o juiz não pode se recusar de decidir sob alegação da

lacuna da lei, ele deve prover sob medida, segundo esse preceito de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura e de que nenhuma ameaça ou lesão ao direito deve escapar a apreciação do Judiciário. Há casos em que a situação submetida à apreciação Judicial pode aguardar aquele processo de amadurecimento natural, através do qual o juiz avalia o direito, os fatos e depois decide, mas há casos de urgência que reclamam a tutela de urgência e não deferi-la significa denegação de Justiça, rompimento das regras constitucionais que até embasam um recurso extraordinário pelo descumprimento mesmo desse preceito maior.

Toda análise da Constituição Federal é principiológica. A interpretação de toda e qualquer norma jurídica começa pela declaração fundamental dos direitos do Homem, passa pelas garantias fundamentais da Constituição para depois ser esmiuçada nos demais artigos da Constituição e por último na legislação ordinária que complementa essa ordem maior. Evidentemente que, em primeiro lugar, a tutela de urgência reclama como um pressuposto inafastável o perigo da demora, o *periculum in mora*, porque do contrário a parte pode aguardar o cumprimento das solenidades até que advenha a resposta final. O pressuposto fundamental da tutela de urgência é uma situação de perigo, entretanto, o legislador brasileiro verificou que, além das situações de perigo a demandar uma resposta imediata sob o nome *iuris* de tutela de urgência, também fazia-se mister o surgimento de instrumentos capazes de agilizar a prestação judicial, porquanto a parte que ingressa em juízo e exhibe um direito líquido e certo merece também uma proteção imediata que até pode se denominar, também pela sua agilidade, de tutela imediata. Com isso o legislador brasileiro fez inserir um novo elemento no campo dessa tutela de urgência, qual seja a possibilidade de uma prestação de justiça imediata não só diante dos casos de *periculum in mora*, mas também diante de casos em que a parte exhiba em juízo um direito líquido e certo. Em bom momento, o legislador entendeu que se o particular tem um direito líquido e certo contra a administração pública e pode obter uma liminar em um mandado de segurança, impõe-se o mesmo raciocínio quando ele tem um direito líquido e certo contra outro particular, como se *mutatis mutandis*, tratar-se de de um mandado de segurança de particular em face de outro particular.

Qual é a diferença de a pessoa ter um direito líquido e certo contra a administração pública e ter um direito líquido e certo contra um outro adversário? Em ambos os casos de direito líquido e certo não é justo que

aquele jurisdicionado que reclama prestação da justiça porque não pode fazê-lo pelas próprias mãos, mas que exiba um direito líquido e certo, suporte as delongas da ordinaryness, a demora do tempo do processo, que é necessário à outra parte, para que ela possa comprovar eventualmente seu próprio direito. Quando há certeza, deve cessar a atividade especulativa do juiz. O legislador imaginou o procedimento ordinário, e o fez partindo da premissa de que o juiz necessitaria de amadurecer as idéias, de avaliar os fatos, o direito aplicável para depois, então, decidir. Sucede que quando uma parte exhibe o direito líquido e certo, a outra é que precisa da demora para eventualmente opor-se àquele pedido. Portanto, nada mais justo do que prover imediatamente, não só em favor daquele que está em uma situação de perigo, como também naquelas hipóteses em que o direito da parte é líquido e certo.

O legislador brasileiro nesse particular deu um passo à frente na matéria e diferentemente dos europeus e isso nos coloca basicamente no mesmo patamar dos direitos germânico, italiano, francês – criou mais um caso de tutela imediata, que é a possibilidade de a parte pleitear e o juiz deferir uma prestação de justiça *incontinenti* diante de uma situação de perigo ou de um direito líquido e certo, que a lei preferiu encampar sob a denominação de um direito que não é passível de defesa séria. Por isso o artigo 273 do Código de Processo Civil, que fez surgir a tutela antecipada, admite a antecipação de tutela quando a “defesa é meramente abusiva ou protelatória”. A defesa só é meramente abusiva, quando ela não tem consistência em razão dessa energia do próprio direito afirmado pelo autor. Quando se aduz à figura da tutela de urgência, temos que levar em consideração que esta é gênero do qual participam duas espécies de tutela diferente: *a tutela cautelar urgente* e *a tutela satisfativa urgente*. A base comum da tutela de urgência é sempre o perigo, por isso que a tutela de urgência precisa ser promovida imediatamente. Agora, para a tutela cautelar essa situação de perigo é constante, o juiz só defere uma medida cautelar quando há uma situação de perigo; quando não há situação de perigo a parte recorre às vias ordinárias e vai discutir o seu direito.

Quando a tutela de urgência é para satisfazer a parte, além do perigo há esse outro elemento que é o direito líquido e certo. Então, didaticamente, hoje, podemos destacar no campo do Direito de Família - e isso é uma concepção genérica interdisciplinar, mas estamos aqui em um debate de direito de família - a tutela de urgência. Neste segmento da ciência jurídica,

admitem-se as seguintes modalidades: a tutela cautelar urgente e uma tutela satisfativa urgente. Esta vai depender sempre do *periculum in mora*. Sucede que a tutela cautelar tem uma finalidade muito específica, qual seja, preservar a utilidade de futuro processo. Por isso, o juiz quando determina o arrolamento de bens antes que o casal proceda àquela partilha decorrente da separação, ele o faz para preservar a utilidade do processo de separação. Então, a tutela cautelar urgente é uma tutela servil ao processo principal, é um instrumento a serviço do processo principal.

O velho Calamandrei já afirmava que, se o processo é um instrumento, a tutela cautelar é um instrumento ao quadrado, um instrumento ao serviço de outro instrumento - o processo principal. A tutela satisfativa é uma tutela que se opera no campo do direito material, é uma tutela que dá à parte aquilo que ela obteria com o provimento efetivo que ela busca em juízo, porque quando se ingressa com um processo cautelar, promete-se a propositura de ação principal; ali não é a sede para se discutir nem a definição nem a realização de direitos. Na tutela satisfativa, o que a parte quer é uma providência que resulte em algo prático que faça reverter o bem da vida. Assim, v.g., ela quer alimentos, ou ela quer o adiantamento dos efeitos da separação que é a separação de corpos, ou ela quer tirar o filho do poder de um dos pais por castigo imoderado, tudo isso são satisfações antecipadas. Na realidade, a tutela satisfativa difere da tutela cautelar, porque a tutela satisfativa é bastante por si só, ela antecipadamente coloca a parte no gozo daquele bem da vida que ela pretende e que, em princípio, obter-se-ia no final do processo. Hoje é muito importante, em razão do surgimento da tutela antecipada satisfativa, que se trace esse divisor de águas, até porque aquele livro terceiro do Código de Processo Civil estava tão desprestigiado e hoje voltou a adquirir a sua eminência, porque é nítida a distinção entre o que é cautelar e o que não é cautelar. É muito diferente a parte pleitear o arrolamento de bens para não frustrar o processo de separação, e pedir alimentos porque não pode aguardar o término do processo, sob pena de sofrer as conseqüências da inanição. Quando se pedem alimentos provisionais, pleiteia-se a antecipação dos alimentos definitivos. Quando se pleiteia entrega de bens de uso pessoal do cônjuge, o que se quer antecipar é uma satisfação do direito substancial à entrega. Não guarda conteúdo cautelar. Não se protege futuro processo. Protege-se o direito da parte. O direito de família convive com a tutela cautelar urgente e com a tutela satisfativa urgente. Deveras interessante é que o legislador brasileiro já tinha dado conta

desse recado da tutela de urgência, mas quando surgiu o Código de 1973 tudo era uma grande novidade. Os Códigos estrangeiros não tinham uma sistematização do processo cautelar, o que havia sob essa ótica na Europa era a obra do início do século de Piero Calamandrei sobre a introdução ao estudo sistemático do processo cautelar que influenciou toda a doutrina cautelar. Calamandrei imiscuiu figuras cautelares com figuras não cautelares, criou uma série de categorias de procedimentos cautelares que hoje sabemos que não são cautelares. Isto não é uma discussão meramente acadêmica, uma vez que se a ação é cautelar, o âmbito de cognição do juiz é diferente, ele pode contentar-se com o *fumus boni juris* porque ele terá o processo principal e vai investigar a fundo se a parte tem o direito ou não. Se a tutela é satisfativa, não se pode obter uma providência com base em mero juízo de aparência. O juiz não pode antecipar uma satisfação com base em mero juízo de plausibilidade, porque tutela antecipada significa execução antecipada. A tutela antecipada começa por onde termina o processo de execução. Imagine-se, por exemplo, a tutela antecipada de entrega de soma. Na tutela antecipada que impõe a entrega de um dinheiro, efetiva-se da maneira como termina o processo de execução por quantia certa, na fase de pagamento depois de transcorrida toda aquela *via crucis* da apreensão, avaliação, arrematação, pagamento etc.

Não é, portanto, acadêmica essa distinção e, por outro lado, esta linha divisória necessária trazida pelo legislador acaba com a promiscuidade que havia entre o que era e o que não era cautelar. Aquele uso epidêmico das cautelares inominadas que nós, juízes, sentimos na pele através dos advogados que, em prol da atuação quanto ao direito dos seus clientes, testam a capacidade e a sensibilidade dos juízes. Refiro-me a quantos juízes não receberam numa sexta-feira, no final do expediente, advogados com uma cautelar inominada pedindo uma providência urgente, para que o juiz decidisse imediatamente sob pena de passar uma profunda angústia no seu final de semana? Isso é o *dolus bonus* com que agiam os advogados. Nós, juízes, sabemos que temos que decidir, só que, há bem pouco tempo, havia uma utilização absolutamente imoderada de medidas cautelares inominadas para situações não cautelares. Até porque a parte, quando promovia as cautelares inominadas, não tinha nem o que dizer depois, nem prometia promover qualquer ação futura. Pretendia, na verdade, uma solução rápida através de um procedimento rápido. O procedimento mais rápido que o legislador prometia era o sumaríssimo e que era, na verdade, o mais demorado de todos.

Então o advogado utilizava-se da cautelar inominada para obter uma liminar e depois daquela liminar nada mais acontecia. Em consequência, o direito de família hoje, assim como todos os ramos, convive com tutela de urgência de natureza cautelar, aquela que visa à preservação da utilidade do processo principal, e a tutela satisfativa de urgência, na qual o juiz antecipa a satisfação em razão de fortes elementos de convicção. Ai está a grande diferença e a grande preocupação do profissional em geral desta área de atuação: de não promiscuir essas figuras, porque se o que a parte quer é uma providência cautelar, ela até pode se contentar em levar elementos superficiais ao juízo, prometendo em ação futura uma discussão mais vertical. Mas se o que a parte pretende é uma providência de cunho satisfativo, ela precisa levar muito mais que *fumus boni iuris* para que o juiz possa dar a ela aquilo que só daria no final do processo se ela vencesse. Observem como é diferente a capacidade de persuasão que o profissional tem que ostentar através de elementos objetivos para obter a tutela de satisfação e para obter a tutela cautelar.

O Direito de Família convive com todas essas figuras e com mais essa característica. O legislador, quando criou o Livro do Processo Cautelar, tinha em mente o estudo de Calamandrei que misturava as figuras. Ele considerava cautelares medidas de constrição, de cognição como, por exemplo, a sentença declaratória de falência que para ele era uma medida cautelar porque preservava todos os credores para receberem dentro da mesma massa. A ação declaratória para Pedro Calamandrei era uma ação cautelar, porque preventividade e cautelaridade estavam sempre presentes, quando sabemos que, v.g., o mandado de segurança preventivo é satisfativo e não é cautelar, assim como o Interdito proibitório é uma medida satisfativa de cunho preventivo. Hoje não há menor dúvida: temos as duas figuras e o Direito de Família tem mais de duas figuras. Então o legislador de 1973 sistematizou o processo cautelar, depois inseriu um artigo deferindo um poder cautelar genérico ao juiz, posteriormente criou medidas cautelares específicas e por fim, no artigo 888, arrolou uma série de medidas cautelares, que no fundo não são cautelares. Acaso nos detenhamos para verificar, vamos observar que essas medidas do artigo 888 são todas medidas de satisfação, de urgência e na grande maioria medidas de direito de família. Algumas já em desuso em razão do surgimento da tutela antecipada. Hoje não há mais necessidade de a parte promover uma ação de separação de corpos, não há mais necessidade de promover autonomamente alimentos

provisionais, propõe-se ação de alimentos e uma liminar para se fixarem os alimentos provisionais. Propõe-se uma ação de posse e guarda de filho e pleiteia-se uma liminar para regular essa posse provisória dos filhos para que fique com um dos cônjuges, regulamentando direito de visita provisoriamente. Tudo isso é antecipação de tutela satisfativa, não tem nada de cautelar, tem que levar prova robusta para obter a antecipação daquilo que se pretende.

O Direito de Família convive com a tutela cautelar, satisfativa e a tutela antecipada. A tutela cautelar do Direito de Família não é diferente de nenhuma outra tutela cautelar a não ser em alguns aspectos. As medidas cautelares *stricto sensu* são medidas que visam à preservação da utilidade de um futuro processo, e são adotadas com base na fumaça do bom direito. Onde há fumaça, há fogo, mas às vezes as aparências enganam, e depois chega-se à conclusão de que aquilo não era verdade. Então a situação é provisória e superficial, em primeiro lugar.

Em segundo lugar, mesmo com base no juízo de mera probabilidade, o juiz às vezes defere medidas liminares que são extremamente enérgicas. Evidentemente que a medida é adotada com base no juízo de mera probabilidade e mesmo assim, enérgica. Ora, a parte não pode se acomodar e, tem obrigação de promover a ação principal no prazo de trinta dias. Por outro lado, essas medidas cautelares de restrição acarretam a prevenção do juízo. Ademais, se essas medidas cautelares referem-se a alguns bens, eles tornam-se afetados aos fins do processo, e se houver qualquer alienação haverá fraude de execução. Sabemos que a fraude de execução não ocorre no processo de execução. Se o bem foi arrestado no juízo de família e um dos cônjuges o alienar, vai gerar uma fraude à execução. Mas há peculiaridades e singularidades no Direito de Família. Imagine-se a situação da parte que obtém a separação de corpos e descuida-se do prazo e não propõe a ação principal. Imaginem a cena daquele cônjuge varão com mala e cuia voltando para casa, dizendo que voltou porque a medida perdeu a eficácia. O outro cônjuge que não entende de direito, não saberá nem o que significa aquela alegação. Mas na verdade não se pode imaginar que nenhum juiz de família determine que um cônjuge retorne ao lar litigioso pelo fato de a ação principal não ter sido proposta. Não é só porque perdeu prazo ou porque o Direito de Família é peculiar, mas porque a medida não é cautelar, a medida é satisfativa. Por outro lado, se não propuser a ação principal no prazo legal, nenhum juiz de família vai deixar ao abandono um incapaz nem vai mandar unir corpos que se odeiam. Então, a tutela cautelar reclama os mesmos

pressupostos; como ela é cautelar, o juiz pode se contentar com uma mera aparência que se denomina de *fumus boni iuris*. Quando a tutela é satisfativa (separação de corpos, alimentos, entrega de bens de uso pessoal, posse provisória de filhos, guarda de filhos, regulamentação de direito de visita etc.) o juiz não pode se contentar com uma mera aparência, deve exigir a “evidência do direito”, porquanto ele estará deferindo à parte aquilo que ela somente obteria no caso de procedência transitada do pedido. De sorte que não se pode pretender, com base em *fumus boni iuris* obter uma providência satisfativa. É por isso que o legislador, ao trazer para o nosso sistema, a tutela antecipada, fez inserir o pré-requisito da prova inequívoca conducente à verossimilhança das alegações. Essa prova nada mais é do que a prova do direito líquido e certo.

A prova inequívoca é aquela que leva ao julgador a tranquilidade necessária para que ele possa fazer algo absolutamente excepcional: antecipar aquela satisfação. É por isso que o legislador exigiu esta nova categoria de elementos de convicção, denominando-a de prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação, porque uma coisa é verdade, outra é verossimilhança e outra coisa é plausibilidade. A verossimilhança propende para certeza, só que se nós, juizes, ficarmos procurando a certeza e a verdade, nunca vamos chegar ao fim do processo. Nós trabalhamos com a verdade suficiente, aquilo que está nos autos, e o que não está nos autos, não está no mundo. Finalmente, a tutela de urgência, também no direito de família, traz uma característica que em breve há de se tornar uma regra comum das sentenças condenatórias. Hoje a sentença condenatória - perdoem-me o radicalismo - é um nada jurídico, porque não acontece nada com o réu condenado e a sentença condenatória não deixa de ser uma mera declaração. O advogado depois tem de percorrer uma *via crucis* para executar a sentença. A condenação por si só nem satisfaz a parte.

A sentença declaratória e a sentença constitutiva são provimentos judiciais que atendem muito mais aos jurisdicionados do que a sentença condenatória, porque elas se bastam, mas a condenação para se tornar realidade demanda a execução de sentença. A tutela de urgência não se concilia com a idéia de uma execução solene, ela não se executa, a tutela de urgência se efetiva. O que é urgente não pode aguardar. Não se pode imaginar, por exemplo, um provimento urgente deferido com um recurso com efeito suspensivo, porquanto situações absolutamente inconciliáveis. A característica interessante da tutela de urgência é exatamente a sua

mandamentalidade, a sua autoexecutoriedade. Na própria relação em que o juiz decide, ele torna realidade aquela sua decisão, rompendo completamente o dogma de que o juízo da condenação não pode ser o juízo da execução. Até bem pouco tempo, nós assistimos a isso, todo aquele que obtinha uma sentença condenatória tinha necessariamente que percorrer à execução de sentença. A tutela antecipada permite que o juiz torne realidade a sua decisão, ele não condena, ele ordena. Nesse caso, a sua postura é muito diferente daquela do magistrado que se limita a concitar o vencido a cumprir obrigação, sob pena (para outra parte) de iniciar-se o processo de execução. Na tutela de urgência, o juiz ordena sob pena de cometimento do crime de desobediência. Se desobedecermos um guarda arbitrário que diz que paramos em um local errado, cometemos o crime de desobediência, se a parte descumpra uma ordem de um magistrado, estará também cometendo um crime de desobediência? O juiz também não é um funcionário público? Se ela é mandamental, evidentemente o juiz não se limita a solicitar que o vencido cumpra a sua obrigação e nesse particular há um detalhe interessantíssimo, porque nós, juizes do sistema do *civil law* nos distinguimos dos magistrados do sistema do *common law*, porquanto eles, com a criatividade bastante reduzida em relação a nós, vivem num sistema baseado na justiça e na razão, e só por isso, não podem competir com o nosso sistema baseado na justiça e na moral. Somos mais criativos doutrinariamente nas decisões etc.. Em contrapartida, eles não têm a mesma postura dos juizes do sistema do *civil law*. Nós assumimos uma postura burocrático-judicial. Nos países do *common law* ninguém é preso por dívida, mas se o Judiciário condenar a pagar uma obrigação e a parte não a cumprir, poderá ser detida por cometer um atentado contra a dignidade da Justiça. Nesse particular, a tutela antecipada nos aproxima do sistema do *common law*, que, como disse, tornar-se-á uma regra geral, uma nova realidade da reforma do Código de Processo Civil. Aguarda-se, apenas, a superação dos embates entre as cúpulas políticas, para ser votada essa reforma, pois constará que o não-cumprimento de uma sentença condenatória, implicará em atentado à dignidade da Justiça, tal como se opera no direito anglo-saxônico. E com isso, principalmente os senhores que atuam na área de família, vão poder obter aquilo que tanto perseguimos, que é a Justiça efetiva. Porque obter uma decisão e não efetivá-la, não adianta absolutamente nada. Esse valor Justiça é o maior precursor dos nossos debates, é a razão pela qual estou aqui hoje. As mentes mais privilegiadas do mundo debruçaram-se

sobre esse tema em todas as épocas, de Platão, Kant a Jesus Cristo, que morreu na cruz em nome desse principio. E, nós estamos aqui para debater, para que consigamos, quem sabe através desses instrumentos enérgicos, cumprir o postulado da sagrada escritura e que é saciar aqueles que têm sede e fome de justiça. ◆