

FLÁVIO LUÍS DE OLIVEIRA

**A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DOS ALIMENTOS
PROVISÓRIOS E PROVISIONAIS CUMULADOS À
AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre.
Curso de Pós-Graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA

— 1999 —

FLÁVIO LUÍS DE OLIVEIRA

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS E
PROVISIONAIS CUMULADOS À AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no
Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela
Comissão formada pelos professores:

Orientador:



Prof. Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni

Universidade Federal do Paraná - UFPR



Prof. Olavo de Oliveira Neto

Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP



Prof. Alcides Alberto Munhoz da Cunha

Universidade Federal do Paraná - UFPR

Curitiba, 30 de Abril de 1999

Aos meus genitores, Dumas e Ana, fonte
de sabedoria e inspiração.

Aos meus irmãos, Neto e Júnior,
parceiros na travessia.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	A MATERIALIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO ORDENAMENTO PROCESSUAL.....	4
2.1	A GENERALIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA NO ÂMBITO DA ESTRUTURA DO CÓDIGO.....	4
2.2	A COGNIÇÃO DO JULGADOR E OS REFLEXOS NA ATUAÇÃO DO PODER JURISDICIONAL.....	6
2.3	OS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	9
3	A DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	15
3.1	A BATALHA EM FACE DO TEMPO.....	15
3.2	A SATISFATIVIDADE DIANTE DA CAUTELARIDADE.....	16
4	BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DISTINÇÃO ENTRE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E SENTENÇA PROVISÓRIA COM EFEITOS IMEDIATOS.....	21
5	A IMPORTÂNCIA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO QUE TANGE AOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS E PROVISIONAIS CUMULADOS À AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	28
5.1	DO CONCEITO À MATERIALIZAÇÃO.....	28

5.2	OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E DEVER DE SUSTENTO.....	29
5.3	A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	31
5.3.1	A antecipação da tutela na ação de investigação de paternidade. Possibilidade ou impossibilidade ?.....	38
5.3.2	A fixação de alimentos provisionais, de ofício, na sentença que declara a paternidade. Possibilidade ou impossibilidade ?.....	42
5.4	ALIMENTOS PROVISÓRIOS E PROVISIONAIS.....	46
5.5	A TUTELA ANTECIPATÓRIA DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS (LEI N.º 5.478/68) E DOS ALIMENTOS PROVISIONAIS CUMULADOS À AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE (ARTIGO 852, III DO CPC E LEI N.º 8.560/92).....	51
5.5.1	As hipóteses de deferimento e o grau de cognição.....	58
5.6	O MITO DA IRREPETIBILIDADE.....	75
6	A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE UM DOS PEDIDOS CUMULADOS.....	79
6.1	A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS E CONSTITUTIVAS.....	93
6.2	A DISCUSSÃO ACERCA DA UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA: BREVE ANÁLISE.....	100
7	O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE DE UM DOS PEDIDOS CUMULADOS. POSSIBILIDADE OU IMPOSSIBILIDADE ?.....	104

8 CONCLUSÕES.....	114
ANEXOS - JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.....	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	174

RESUMO

A antecipação da tutela contribui para a efetividade do processo, na medida que permite a satisfação do direito via cognição sumária. Quando o litígio versar acerca da necessidade de alimentos, a aplicação do instituto permitirá a satisfatividade desde logo. A realização do direito à alimentos poderá se efetivar ainda que a ação de investigação de paternidade esteja em curso, devido, dentre outros, ao progresso tecnológico. Este estudo, portanto, procura sistematizar a antecipação da tutela em relação aos alimentos provisórios e alimentos provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade, com o objetivo de abandonar o mito liberal do processo como mera garantia de formas, alheio à realidade social. Esse desiderato pode ser alcançado através da antecipação da tutela de um dos pedidos cumulados. Trata, ainda, nas hipóteses de ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos provisionais, da possibilidade de julgamento antecipado da lide em relação a um dos pedidos cumulados.

1. INTRODUÇÃO

No processo de conhecimento, a tutela jurisdicional se cumpre, basicamente, por meio de provimentos condenatórios, declaratórios e constitutivos, que se atingem após a sentença de mérito transitar em julgado.¹

Como os elementos da situação jurídica litigiosa podem sofrer mutações, antes que o processo alcance o provimento jurisdicional definitivo, foram concebidas providências de natureza preventiva para assegurar a eficácia e utilidade da tutela jurisdicional.

"Durante muito tempo, essas medidas de natureza preventiva ou cautelar tiveram função instrumental neutra, isto é, defendiam a eficácia do provimento jurisdicional, mas não chegavam ao plano de satisfação imediata do direito subjetivo material do litigante.

Sempre existiam, porém, casos de extrema gravidade e relevância em que as leis processuais admitiam, em caráter excepcional, liminares que, provisoriamente, antecipavam soluções de efeito satisfativo, como os interditos possessórios, por exemplo.

¹ Acerca da classificação quinária das ações vide MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao código de processo civil, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 104-118.

Reclamavam-se, contudo, diante das modernas concepções de instrumentalidade e efetividade do processo, medidas que representassem atenção maior e tutela imediata ao direito subjetivo, sob risco de frustração pela demora da tutela jurisdicional.”²

Assim, a jurisprudência foi, lentamente, ampliando o uso do poder geral de cautela para fazer produzir resultados satisfativos, sempre que o direito material em “jogo” corresse o risco de inutilizar-se, caso não fosse executado desde logo.

Surgiram, por criação pretoriana, as chamadas “medidas cautelares satisfativas”. Na verdade, uma impropriedade conceitual.

Entretanto, o advento da lei n.º 8.952 de 13.12.1994, dando nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, introduziu no direito brasileiro, em caráter geral, a possibilidade da “antecipação da tutela”, como um incidente diverso das medidas cautelares, situado dentro do próprio processo de conhecimento.³

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação da tutela em ações declaratórias e constitutivas. *Revista de direito processual civil*, Curitiba, v.10, p. 710-719, out./dez. 1998.

³ “Embora possamos falar, até para facilitar a comunicação, de antecipação da tutela ou dos efeitos da tutela pretendida, não podemos deixar de alertar que não é possível, lógica e tecnicamente, antecipar o efeito da tutela de cognição exauriente. É que não é possível a antecipação da eficácia da sentença, já que a cognição exauriente é a ela inerente. Por ser inviável antecipar a eficácia, o efeito, que é dela decorrente, obviamente também não pode ser antecipado. A tutela, portanto, não é antecipada e não há antecipação da tutela ou dos seus efeitos. A tutela dita antecipatória produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 32). “No âmbito dos conceitos

Todavia, não se trata de uma autorização para o juiz livremente introduzir medidas liminares em toda e qualquer ação, pois embora prevista em caráter geral, a antecipação da tutela do novo artigo 273 do Código de Processo Civil está subordinada a requisitos rigorosamente traçados pela lei.

Assim, o deferimento de antecipação de providências de tal natureza, objetiva cumprir a meta da efetividade da prestação jurisdicional, quando posta em risco pela iminência de dano grave e de difícil reparação ou de conduta temerária e inaceitável do réu, frente a direito líquido e certo do autor.

Com esta visão, o presente trabalho pretende, de maneira perfunctória, investigar a tutela antecipada no que tange aos alimentos provisórios, decorrentes da autoridade parental⁴, nos termos da lei n.º 5.478/68, bem como, no que concerne aos alimentos

não é realmente possível falar-se em "antecipação dos efeitos da tutela" concedida pela sentença, senão com base em uma identidade de efeitos entre sentença e o provimento definido como "antecipatório". O provimento que tenha efeitos diversos daqueles próprios da sentença não é verdadeiramente "antecipatório da tutela" (obtida pela sentença): esse provimento pode até ser muito útil (e sua possibilidade pode ser um grande mérito do ordenamento positivo); mas, no plano dos conceitos, tal provimento deve ser descrito e definido em termos que nada têm a ver com a "antecipação dos efeitos da tutela." (RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. *Revista de direito processual civil*, Curitiba, v.6, p. 691-720, set./dez. 1997)

⁴ "Despiciendo salientar que o instituto em estudo sofreu salutar evolução ao longo da história, afastando-se de seu caráter despótico original para ganhar uma conotação protetiva e construtiva no tocante à prole. Ocorre que, diante da nova dimensão adquirida pelo aludido instituto, propostas têm surgido no sentido de se abandonar a denominação tradicional utilizada para distingui-lo, qual seja, a de pátrio poder. Para muitos, tal expressão é limitada e traz ínsita a idéia de dominação, traduzida pela palavra "poder". Além disso, na mesma linha de raciocínio, enfatiza a posição de pai varão em detrimento da figura da mãe." (SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do Pátrio Poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 55)

provisionais cumulados às ações de investigação de paternidade, de acordo com o artigo 852, III do Código de Processo Civil, analisado em conjunto com a lei n.º 8.560 de 29.12.1992.

2. A MATERIALIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO ORDENAMENTO PROCESSUAL

2.1 A GENERALIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA NO ÂMBITO DA ESTRUTURA DO CÓDIGO

Nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

Além desses requisitos é necessário que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda, que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Como dito, no direito processual civil brasileiro, a figura da antecipação da tutela não era totalmente desconhecida, encontrando-se plenamente caracterizada na liminar das ações possessórias, bem como, em certas situações de liminar em mandado de segurança.

A novidade, portanto, foi a generalização do instituto no âmbito da estrutura do código, em razão de estar disciplinado no processo de conhecimento.

Essa conquista, que coloca o direito processual brasileiro entre os mais avançados do mundo, vem contribuindo para a efetividade dos pronunciamentos judiciais.

Por óbvio, se a lide é fator de perturbação da paz social, quanto mais rápido exista a composição e a resolução dos conflitos, afasta-se da sociedade a *vis inquietatis* gerada pela demora do processo.

Logo, "o novo artigo 273 do CPC, ao instituir de modo explícito e generalizado a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo".⁵

Assim, aquele que é titular de uma pretensão de direito material, envolvida em uma situação emergencial (uma vez que exerceria, de modo urgente, não fosse o monopólio da jurisdição, a ação de direito material), tem direito à tutela antecipatória.

Nesta linha, Luiz Guilherme Marinoni, autor que, antes do atual artigo 273 do Código de Processo Civil, já se preocupava com a efetividade do

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 138.

processo e a tutela de urgência, era enfático em trabalho publicado em 1.994:

"O processo, de fato, deve propiciar a tutela efetiva do direito da parte, ou seja, deve conduzir ao mesmo resultado que seria obtido se espontaneamente cumprida a norma de direito substancial ou realizada a ação de direito material."⁶

Portanto, a possibilidade de antecipar a tutela pretendida, agora, não é franqueada apenas por procedimentos especiais ou leis esparsas, direcionadas somente a determinadas categorias de ação.⁷

2.2 A COGNIÇÃO DO JULGADOR E OS REFLEXOS NA ATUAÇÃO DO PODER JURISDICIONAL

Numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade).

Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1994, p. 39.

⁷ Não pode o jurista esquecer que o material com que trabalha há de ser colhido em plena vida. Cada época vive um complexo de regras que lhes são próprias. Não desprezam o passado, não rompem com as tradições, mas modelam ou disciplinam os fatos humanos segundo as injunções do seu momento histórico. Se a sociedade fosse estática, o Direito seria estático. Se o Direito fosse estático, impor-se-ia à vida social um imobilismo incompatível com o senso evolutivo da civilização. Contingente como a vida, o Direito é igualmente

interesses é buscada através de provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes, da cognição do juiz e completo, quanto a profundidade dessa cognição.

"A classificação do corte horizontal e vertical está sendo feita em função apenas da área de cognição, enquanto o critério que procuramos levar em conta é a distinção da cognição segundo dois planos distintos, o da extensão (horizontal) e o da profundidade (vertical).

De sorte que, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto a profundidade.

Seria então, cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada de uma área toda de questões, seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade."⁸

Nesta linha, o procedimento de formalidades supérfluas passou a significar, no direito

mutável. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 5, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 1).

⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 83-84

moderno, a busca incessante da verdade, numa equivalência entre "verdade" e "justiça", como se esta só pudesse ser atingida depois da mais ampla exaustão, por todos os meios imagináveis de pesquisa da verdade.

Na cognição sumária, deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie de fatos afirmados, enfim, à especificidade do caso concreto. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade revela-se excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina.⁹

Logo, a técnica da cognição permite a construção de procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela, conduzindo, no plano vertical, aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, ou seja, as decisões que ficam limitadas a afirmar o provável.¹⁰

⁹ "Denomina-se cognição sumária ou superficial a que ocorre em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou para antecipação do provimento final, nos casos permitidos em lei, ou ainda, da particular disciplina da lei material. Para a concessão da tutela antecipada, dado o seu caráter de provisoriedade e reversibilidade, basta cognição de média profundidade, não sendo nem a cognição superficial de uma cautelar ou a cognição rarefeita do processo de execução, nem a cognição plena e exauriente da sentença definitiva do processo de conhecimento." (WATANABE, Kazuo. *Da Cognição... op. cit.*, p. 85-86)

¹⁰ Agrada-me recordar a lição de Marinoni: "podemos dizer, resumidamente, que as tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: (a) assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela sumária satisfativa); (c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista do custo do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); (d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no

2.3 OS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Para a concessão da antecipação da tutela é necessário que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Além da constatação da existência de um desses pressupostos, o juiz deverá se convencer da verossimilhança da alegação, diante da existência de prova inequívoca. Por fim, não poderá ocorrer o perigo de irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento antecipado.

Nesta linha, para justificar-se a antecipação da tutela (com fundamento no artigo 273, I do CPC) há necessidade de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, que a manutenção da situação atual, sem a efetiva e imediata atuação jurisdicional (no sentido de satisfação do direito), causará danos que dificilmente poderão ser reparados.¹¹

art. 273, inciso II, do Código de Processo Civil).” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação... op. cit.*, p. 23). Vide também PROTO PISANI, Andrea. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata. Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1979.

¹¹ “Nada impede, ainda, que o juiz possa conceder a tutela para evitar o agravamento de um dano já produzido... É bom lembrar, no entanto, que, no caso da tutela antecipatória na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, a lei fala apenas em “justificado receio de ineficácia do provimento final”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela... op. cit.*, p. 57-58)

Trata-se, basicamente do *periculum in mora* do processo cautelar e que deve corresponder, do ponto de vista do juiz à seguinte indagação: se o provimento não for antecipado, o autor terá prejuízo que dificilmente será reparado, desprestigiando a sentença, porque inútil ou menos valiosa para quem tem razão?

Se a resposta é "sim", a parte merece a providência antecipatória quanto a esse pressuposto. Não é diferente a indagação quando do exame da concessão da liminar no mandado de segurança.

Alternativamente ao dano de difícil reparação, pode estar presente o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

A segunda situação a ser debelada mediante antecipação da tutela consiste no abuso do "direito de defesa" ou no manifesto "propósito protelatório do réu" (artigo 273, II do CPC). Objetiva, sobretudo, neutralizar os malefícios ocasionados pelo tempo, pois há demoras razoáveis, ditadas pelo caráter formal inerente ao processo (não formalista) e há demoras acrescidas pelo comportamento desleal do demandado.

As condutas aqui conducentes à antecipação consideram-se litigância de má-fé.¹² Ao sancioná-las com a antecipação da tutela, não quis o legislador, nesse caso, dispensar a probabilidade do direito (exigência geral expressa no *caput*), mas

¹² Vide artigo 17 (especialmente o inciso IV) do Código de Processo Civil.

confirmar a dispensa de situações de perigo para o direito como pressuposto para a concessão da antecipação da tutela com fundamento no artigo 273, II do Código de Processo Civil.

Assim, qualquer comportamento do réu que possa entremostrear a litigância de má-fé, pode configurar o abuso do direito de defesa, como por exemplo, deduzir defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, e a já mencionada resistência injustificada ao andamento do feito.

Quando a parte utiliza de tais subterfúgios é porque está tentando modificar a situação posta, e se assim age, percebe que o bom direito está do lado autor; caso contrário, não necessita lançar mão dos meios escusos, combatidos pelo artigo 17 do CPC. A utilização desses meios, certamente, ensejará o abuso do direito de defesa.

Logo, as manobras protelatórias, tão comuns entre os leguleios, entre os que agem com deslealdade, agora têm resposta ágil.

“Em tese é admissível o pedido liminar fundado no artigo 273, inciso II do CPC, pois não despropositado o abuso do direito de defesa, quando há prova suficiente de que o réu fora, por exemplo, notificado várias vezes para cumprir a obrigação, tendo

apresentado evasivas e respostas pedindo prazo para o adimplemento.”¹³

O abuso do direito de defesa, por conseguinte, consiste na resistência injustificada não somente no processo específico em que se discute a possibilidade de antecipação da tutela, mas também no caso de “defesa” abusiva no plano jurídico em tela, como a tomada de providências anteriores e paralelas, fora do processo, mas tendentes a dificultar a efetividade do direito de quem tem razão.

No que concerne aos pressupostos da prova inequívoca e verossimilhança da alegação, cabe ressaltar que a denominada “prova inequívoca” se caracteriza pelo fato de ser apta a convencer o juiz da “verossimilhança da alegação”.¹⁴

A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência da existência do direito alegado, inerente a tutela cautelar, não basta para a concessão da antecipação da tutela.

“A verossimilhança se assenta num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são contrários (divergentes). Se os motivos convergentes são superiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce; se os

¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 54). Inclusive, antes da ouvida do réu. Nesse sentido, vide também MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela... op. cit.*, p. 59-61.

¹⁴ Conforme MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação... op. cit.*, p. 68.

motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade diminui.”¹⁵

Logo, o grau da probabilidade será apreciado pelo juiz de maneira prudente.

Em outras palavras, tratando-se, como se disse, de providência a ser concedida em cognição de média profundidade, não há necessidade de “certeza”, conclusão definitiva, que viria por ocasião da cognição plena e exauriente da sentença; mesmo porque, certeza absoluta é impossível, inclusive, nessa oportunidade.¹⁶

Portanto, por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança.

¹⁵ *Ibidem*, p. 143. Nesse ponto, oportuna a lição de RICCI: “não estaria propenso a entender o conceito de “verossimilhança” como qualquer coisa menor de um verdadeiro e próprio juízo de “verdade”. Os juízos de “verdade”, que se conferem às alegações mediante a apreciação das provas, constituem sempre juízos de “verossimilhança”; e me chama a atenção, de modo particular, o princípio em razão do qual a “verossimilhança” deve fundar-se sobre uma “prova inequívoca”. Se a alegação do autor é roborada por “prova inequívoca”, isso significa que a hipótese de uma sentença contrária ao autor é substancialmente ligada ao aparecimento de novas circunstâncias e de novo material de cognição no subsequente curso do processo.” (RICCI, Edoardo F. *A tutela antecipatória... op. cit.*, p. 695).

¹⁶ Basta pensar na hipótese de reforma da sentença em razão da interposição de recurso, bem como, na procedência do pedido encartado em eventual ação rescisória.

Com maior razão, o juízo por ocasião do exame do pedido de antecipação da tutela não precisa ser de certeza, mas de probabilidade razoável.

Por sua vez, o pressuposto de que não haja perigo de irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento antecipado, também não pode ser considerado absoluto ou em sua literalidade.

O essencial é fazer uma interpretação dúctil da norma para evitar que a tutela antecipatória seja esvaziada e venha a se transformar em letra morta ou de difícil aplicação nos casos concretos. O julgador há de sopesar os interesses em "jogo".

Somente efetuando uma interpretação extensiva, com desapego à literalidade do dispositivo legal, a tutela antecipatória não será coarctada em face do perigo da não reversibilidade.

Entretanto, a norma fala na inadmissibilidade da concessão da antecipação da tutela, quando o provimento for irreversível. O provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável. O que pode ser irreversível são as consequências fáticas decorrentes da execução da medida.¹⁷

¹⁷ "Não seria preciso dizer que "irreversibilidade do provimento" e "irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento" são coisas que não se misturam, senão fosse a confusão, que sempre reinou nos tribunais, entre a estrutura e a função da tutela antecipatória." (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação... op. cit.*, p. 74). Quanto a provisoriedade da tutela antecipatória vide TARZIA, Giuseppe. *Considerazione conclusive*, In: *Les mesures provisoires en procédure civile*. Milano: Giufrè, 1985 p. 315.

Neste âmbito, imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade "que não pode desconsiderar a necessidade de ponderação do valor jurídico dos bens em confronto, pois embora o direito do autor deva ser provável, o valor jurídico dos bens em "jogo" é elemento de grande importância para o juiz decidir se antecipa (ou não) a tutela."¹⁸

Desta feita, a ponderação de bens deve ser feita no caso concreto, uma vez que "não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como uma tabela".¹⁹

3. A DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

3.1 A BATALHA EM FACE DO TEMPO

Como dito, a celeridade do processo sempre foi uma das principais preocupações dos processualistas e uma necessidade da justiça. Quanto mais tardia a prestação jurisdicional maiores os sofrimentos, angústias e prejuízos das partes. Sem falarmos no descrédito para a Justiça.

¹⁸ *Ibidem*, p. 78.

¹⁹ LARENZ Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 490.

Assim, as alterações introduzidas pelo legislador na lei processual ostenta objetivos comuns: a presteza, a mobilidade e a perspicácia da prestação jurisdicional.

Louvável, sem dúvida, o propósito de eliminar, na medida do possível, os efeitos maléficos da demora na prestação jurisdicional, quando a existência do direito alegado se apresenta, desde logo, provável.

Porém, é preciso que se estabeleça, com precisão, a natureza jurídica da tutela sumária satisfativa em face das medidas cautelares.

3.2 A SATISFATIVIDADE DIANTE DA CAUTELARIDADE

A tutela sumária satisfativa visa, ainda que fundada em juízo de probabilidade, a realização do direito.

A tutela cautelar, por sua vez, objetiva assegurar a viabilidade da realização de um direito (não podendo realizá-lo), para que os efeitos finais do provimento sejam úteis e fruíveis por aquele que tem razão.

Ambas são provisórias, efetivadas via cognição sumária (em regra), sendo materializadas, portanto, através de decisão. Entretanto, apesar dos

pontos de semelhança, ostentam estrutura, função e requisitos diversos, enfim, natureza jurídica diversa.²⁰

Quando a prestação jurisdicional possibilitar, desde logo, a satisfação do direito afirmado, trata-se de antecipação da tutela. Quando a prestação jurisdicional apenas proteger o direito referido, o provimento jurisdicional tem natureza cautelar.

Assim, a antecipação da tutela não se confunde com a tutela cautelar, pois não visa apenas garantir a utilidade prática da prestação jurisdicional.

Portanto, "a tutela suscetível de ser antecipada reside no pedido inicial. Só isso pode ser antecipado, no todo ou em parte. Não se cuida de medida cautelar, pela qual se resguarda (pelo meio próprio) a futura tutela que se consubstancia no pedido formulado pela parte. Aqui há absoluta identidade entre a tutela passível de antecipação e o pedido formulado pelo autor, não podendo o juiz deferi-la nem *ultra*, nem *extra petita*."²¹

Nesta linha, a antecipação autorizada pelo artigo 273 da lei processual diz, direta e

²⁰ "Afirma-se que a tutela antecipatória, por ser caracterizada pela provisoriedade, não difere da tutela cautelar. O que se pretende, portanto, é criar uma tutela que deveria ser chamada de provisória, e que teria como espécies a tutela cautelar e a tutela antecipatória. Falar em tutela provisória, contudo, nada diz para quem realmente está preocupado em pensar o processo na perspectiva do direito material." (MARINONI, Luiz Guilherme. Um aprofundamento da questão da tutela dos direitos: tutelas inibitória, reintegratória, do adimplemento e ressarcitória. *Revista de direito processual civil*, Curitiba, v.10, p. 720-727, out./dez. 1998)

frontalmente, com o pedido do autor e deverá conter-se no dispositivo da sentença a ser proferida, caso ocorra a procedência da pretensão resistida.²²

Destarte, a "técnica enquadrada pelo novo artigo 273 consiste em oferecer, rapidamente, a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir."²³

Bem definido, repita-se, que o limite objetivo da tutela é a coincidência em extensão com a prestação definitiva, importa dizer, a procedência (parcial ou total) do pedido, caracterizada pela provisoriedade.²⁴

Desta feita, "a tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de probabilidade, é "satisfativa sumária". A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar.

²¹ PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações do código de processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 08.

²² "O réu, quando age contra-atacando, transforma-se em autor e pode, de consequência, pedir a antecipação dos efeitos da tutela de mérito deduzida na pretensão por ele proposta. Isto ocorre, por exemplo, quando o réu ajuíza reconvenção, ação declaratória incidental e quando, na contestação das ações dúplices, formula pedido (v.g., CPC 922)." (NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades... op. cit.*, p. 55)

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma... op. cit.*, p. 139.

²⁴ "O artigo 273 do Código de Processo Civil valoriza, sempre, a partir do conceito de "prova inequívoca", o livre convencimento do juiz, criando o máximo possível de coincidência (quanto ao material já produzido no processo) entre a apreciação prodrômica para a tutela antecipatória e a apreciação prodrômica para a sentença." (RICCI, Edoardo F. *A tutela antecipatória... op. cit.*, p. 695)

A tutela que satisfaz, por estar além de assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade ou referência a direito, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso, satisfatividade; nunca cautelaridade.”²⁵

De fato, este tipo de provimento não se confunde com o que é dado nas medidas acautelatórias, em relação ao qual tem apenas alguns pontos de contato. Logo, tanto a antecipação da tutela, quanto o provimento dito cautelar podem ser deferidos liminarmente, importa dizer, com base em juízo de verossimilhança e na probabilidade da existência do direito afirmado.

No entanto, para o deferimento da medida acautelatória, além do *fumus boni juris*, se exige a demonstração do *periculum in mora*, enquanto que para a antecipação da tutela, deve-se demonstrar, além da existência de prova inequívoca capaz de ensejar a verossimilhança da alegação, o cogitado perigo de demora ou a recalcitrância do demandado.

Por outro lado, os provimentos acautelatórios destinam-se, especificamente, a tornar proveitoso o resultado do processo principal. Os provimentos acautelatórios não podem mais do que resguardar situações fáticas, sem as quais o resultado prático do processo principal não terá utilidade, não se

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação... op. cit.*, p. 45-46.

prestando, pois, a antecipar o resultado do processo principal.

Enquanto o processo cautelar tem por objetivo viabilizar a realização do direito que é objeto da lide, impedindo o seu perecimento ou possibilitando o seu exercício no futuro, a antecipação da tutela importa em verdadeira, embora provisória, antecipação da própria prestação jurisdicional, importa dizer, o exercício antecipado do próprio direito pedido.

Em outras palavras, a regra do artigo 273 do CPC implica em oferecer, antecipadamente, a quem vem ao processo, a solução buscada através deste mesmo processo.

Por isso, "a tutela antecipada, tanto quanto a definitiva, não pode ir *extra vel ultra petita*, devendo respeitar os limites subjetivos e objetivos da demanda inicial. Obviamente, não se pode "antecipar" algo que de antemão já se sabe que será impossível obter em caráter definitivo. O objeto cujo gozo se antecipará não pode ser qualitativamente diferente, nem quantitativamente maior do que aquele que foi pedido na inicial".²⁶

Assim, é preciso levar em conta as necessidades do litigante, privado do bem a que provavelmente tem direito de obter desde logo. A necessidade de servir-se do processo para obter a satisfação de um direito não pode reverter a dano a quem

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma... op. cit.*, p. 140.

não pode ter o seu direito satisfeito senão mediante o processo.²⁷

Não se trata, pois, daquele dano decorrente da impossibilidade de realização futura do direito (própria do processo cautelar), mas sim do dano decorrente da não utilização, desde logo, de um direito com alto grau de probabilidade de existência, devido a presença de prova inequívoca.

Desta forma, não há como negar a importância da antecipação da tutela, bem como a diversidade entre esta e as cautelares, pois àquela antecipa os próprios efeitos (totais ou parciais) do pedido; logo, deve a decisão guardar estreita correlação com a petição inicial, ou seja, o limite objetivo é a estreita relação entre o provimento provisório e o pedido final. Por esta razão, revela-se irremediavelmente satisfativa, ao passo que o processo cautelar visaria apenas acautelar, permitir a efetividade de ulterior decisão de mérito.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DISTINÇÃO ENTRE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E SENTENÇA PROVISÓRIA COM EFEITOS IMEDIATOS

Não há como confundir a sentença provisória com efeitos imediatos com a antecipação da

²⁷ Vide CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare. Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Società Editrice Foro Italiano, p. 3-99, 1930.

tutela.²⁸ Porém, é possível chegar a conclusão diversa, desde que se parta de um ponto em comum entre ambas.

De fato, do ponto de vista empírico, ambas consistem na realização (satisfação) imediata do direito, mas esta semelhança não é suficiente para configurar uma identidade jurídica.

Quanto à formação, é evidente a distinção entre as duas figuras. A tutela antecipatória é concedida com base na avaliação (verificação), feita pelo juiz a quem foi requerida, acerca dos requisitos encartados no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Importa dizer, a concessão do provimento antecipatório depende de uma decisão (portanto, via cognição sumária) do juiz a quem foi requerida. Entretanto, apesar da cognição sumária ser suficiente, em regra, para justificar a concessão da antecipação da tutela, é oportuno lembrar que, em algumas hipóteses, a tutela antecipada será concedida com base em cognição exauriente.

Já a sentença provisória com efeitos imediatos deriva de cognição exauriente, idêntica a cognição que origina a sentença transitada em julgado que, por sua vez, permite a execução "definitiva".

Desta feita, por estar sujeita ao duplo grau, a sentença não perde a sua característica de ter sido fruto de cognição exauriente. Portanto, o

²⁸ Vide MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 192.

simples fato de não ser definitiva, não significa que seria idêntica a tutela antecipada.

Convém ponderar ainda, que os efeitos imediatos da sentença provisória só se verificam, automaticamente, nos casos legalmente previstos, de forma expressa, já que a "execução imediata" não é a regra.

Neste ponto, cabe uma reflexão: a análise do tema diante da política legislativa nos permite dizer que a satisfação do direito, desde logo, na hipótese da tutela antecipada genérica (artigo 273 do CPC), via cognição sumária, deriva da atividade cognitiva do magistrado em concedê-la, diante do preenchimento dos requisitos legais.

É certo que em alguns casos, como na hipótese de tutela antecipada específica, disciplinada pelo artigo 4º da lei 5.478/68, a cognição incide apenas sobre a comprovação prévia da relação de parentesco, estando o julgador, diante da necessidade do postulante, "obrigado" a fixar os chamados "alimentos provisórios". Entretanto, o fato da disposição ser cogente, não retira a natureza de decisão interlocutória, o que, por si só, já permite a diferenciação em relação a sentença provisória com efeitos imediatos.

Nesta linha, a satisfação do direito, nos casos de sentença provisória com efeitos imediatos decorre da norma contida no artigo 520 do CPC, que disciplina o recebimento do recurso somente no efeito devolutivo.

Nesta hipótese, a cogitada satisfação não decorreria do fato do juiz dar procedência ao pedido, portanto, da atividade cognitiva exauriente, mesmo porque, se assim fosse, todas as sentenças de procedência seriam passíveis de "execução imediata".

Assim, no que tange ao tema em análise, é possível destacar que, em relação a conduta do julgador, a diferença observada entre sentença provisória com efeitos imediatos e tutela antecipada (ainda que fundada em cognição exauriente), reside no fato de que a primeira é concedida *ex lege* e a segunda *ope iudicis*, salvo a hipótese do artigo 4º da lei 5.478/68, pois, preenchidos os requisitos legais, o juiz é impelido a fixar os alimentos provisórios (sendo que só não o fará se o credor expressamente declarar que deles não necessita).²⁹

Logo, a valoração que motivou o legislador a prever a sentença provisória de efeitos imediatos, situa-se no setor metajurídico, inerente a política legislativa.³⁰

Talvez, por esta razão, as regras do processo de execução não foram pensadas para dar atuação aos provimentos sumários.³¹

²⁹ Note-se, porém, que os efeitos imediatos da sentença provisória (art. 520 do CPC) poderão ser suspensos, nos termos do artigo 558, parágrafo único, do CPC. Vide GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 95.

³⁰ Sobre a distinção entre "escopo jurídico" e "escopo político" de um instituto jurídico confira MANDRIOLI, Crisanto. Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinale. *Rivista di Diritto Processuale*, XIX, p. 550-581, 1964.

³¹ "A minha primeira impressão é que, por motivos de coerência interna do sistema, a tutela antecipatória deixa entrever como inevitável consequência a abolição do efeito suspensivo da apelação

"Aliás, o provimento sumário, por sua própria essência, não constitui título executivo. O título executivo, na sua tradição, supõe a existência de um direito "certo", enquanto o provimento sumário, como o seu próprio nome indica, tem em seu conteúdo apenas a probabilidade da existência do direito.

Assim, a tutela antecipatória, embora abra oportunidade para uma "execução fundada em cognição sumária", pode realizar o direito do autor. Ninguém dirá que a imediata imissão do comprador na posse, mediante tutela antecipatória, em uma ação de imissão na posse, configura uma "execução incompleta", embora seja "execução" fundada em cognição sumária e, portanto, nessa perspectiva, "execução provisória."³²

Por óbvio, a tutela satisfativa não depende do grau de cognição do julgador, pois o que importa é a realização do direito material. Caso fosse diferente, poder-se-ia aduzir que a satisfatividade nunca ocorreria de forma sumária, já que a cognição

quanto à executividade da sentença de primeiro grau... Não é totalmente explicável uma disciplina que, de um lado, se conforma com a interposição da apelação para suspender a eficácia executiva da sentença, e, de outro, deixa sobreviver a força executiva (ou, de qualquer forma, a atitude a provocar a satisfação forçada do direito) dos pronunciamentos antecipatórios proferidos no curso do procedimento... Permito-me exprimir a esperança no sentido de que o direito brasileiro vai se desenvolver, antes do que retroceder, repensando em sentido crítico o efeito suspensivo da apelação para não sacrificar a própria tutela antecipatória." (RICCI, Edoardo F. *A tutela antecipatória... op. cit.*, p. 699). Atualmente, a regra é o recebimento do recurso de apelação em ambos os efeitos (devolutivo e suspensivo), nos termos do artigo 520, primeira parte, do CPC (*ex lege*). Por outro lado, na hipótese de concessão da antecipação da tutela, a suspensão da execução da decisão agravada somente poderá ocorrer *ope iudicis*, nos termos do artigo 527, II do Código de Processo Civil.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação... op. cit.*, p. 86-88. Vide ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1985, p. 312.

sumária não é apta a justificar a "certeza" que, por sua vez, somente "surgiria" com cognição exauriente.

Ora, o avanço em relação à generalização da tutela antecipada reside justamente neste ponto. Portanto, se pensarmos que o grau de cognição do julgador, incidente sobre o arcabouço probatório, qualifica a forma de tutela, estaremos regredindo em relação ao compromisso com a efetividade do processo.

Logo, sob esta perspectiva, ou seja, a capacidade de satisfação do direito material, portanto, a mais importante, não há que se falar em diferença entre tutela antecipada e sentença provisória com efeitos imediatos. Contudo, o momento em que se materializa a satisfação é diverso.³³

Por outra via, "no atual sistema processual, a decisão que recebe um recurso apenas no efeitos devolutivo abre oportunidade para a sentença produzir imediatamente os seus efeitos. Tais efeitos, à semelhança do que ocorre com a execução, não são diferentes dos efeitos da tutela definitiva.

A "sentença provisória" (contra a qual foi interposto recurso recebido apenas no efeito devolutivo) produz efeito imediato, mas o efeito já produzido, assim como o ato executivo já praticado, não depende de uma outra decisão. É apenas a sentença que

³³ Vide CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giufrè, 1979, p. 81.

fica na dependência da decisão de segundo grau. É ela, portanto, que é provisória.”³⁴

Desta forma, a atividade do juiz, ao dar seguimento à execução (completa ou incompleta) é idêntica àquela pela qual ele dá seguimento à execução definitiva.

No caso de cumulação sucessiva de pedidos, como por exemplo, a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, a execução imediata da condenação depende apenas da declaração positiva, ainda que provisória, importa dizer, não transitada em julgado. (artigo 520, II do CPC)

Aliás, esta é a regra encartada no artigo 7º da lei n. 8.560/92 que permite ao julgador fixar os alimentos provisionais a serem pagos desde logo, ainda que a sentença esteja pendente de recurso.

Assim, explica o professor Marinoni, “nada impede, de fato, a realização imediata de um direito que seja dependente de uma sentença declaratória ou constitutiva, ainda não transitada em julgado. Na verdade não há razão para não se admitir, mediante “execução imediata” e desde que haja cumulação de pedidos, a tutela (imediata) executiva ou mandamental de direitos que sejam dependentes de sentenças declaratórias ou constitutivas que não transitaram em julgado.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória... op. cit.*, p. 197.

Na execução provisória, como tradicionalmente concebida, a execução avança apenas até um limite, ou seja, a execução é suspensa na sua fase final. Entretanto, os atos executivos, ditos preparatórios, não podem ser considerados provisórios. A penhora não é provisória, pois, ainda que a execução seja chamada de "provisória", produz, em um determinado momento, os mesmos efeitos que produziria em uma execução definitiva. Provisório, na verdade, é o título no qual se funda a execução."³⁵

5. A IMPORTÂNCIA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO QUE TANGE AOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS E PROVISIONAIS CUMULADOS À AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

5.1 DO CONCEITO À MATERIALIZAÇÃO

O ilustre Pontes de Miranda, dizia: "alimentos é o que serve a subsistência animal."³⁶

A definição, apesar de não abarcar a idéia de vínculo obrigacional, não pode ser relegada, pois enseja reflexões quanto as formas de materializar a aludida subsistência.

³⁵ *Ibidem*, p. 204-205.

³⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, tomo IX, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 207.

Assim, emerge a importância da antecipação da tutela nas hipóteses de pedidos que versem acerca dos alimentos provisórios, nos termos da lei n.º 5.478/68, bem como, dos alimentos provisionais cumulados às ações de investigação de paternidade, de acordo com o artigo 852, inciso III do Código de Processo Civil, analisado em conjunto com a lei n.º 8.560/92.

5.2 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E DEVER DE SUSTENTO

Não se pode confundir a obrigação de prestar alimentos com o dever de sustento (decorrente da autoridade parental), já que seus pressupostos são diversos.

A obrigação alimentar é recíproca, dependendo das possibilidades do devedor, sendo exigível se o credor potencial estiver necessitado, ao passo que o dever de sustento, por ser unilateral, não tem o caráter de reciprocidade e deve ser cumprido nos termos do artigo 229 da Constituição Federal, bem como, do artigo 231, IV do Código Civil.

Portanto, "entende-se que aos pais cumpre preparar o filho para a vida, proporcionando-lhe obrigatoriamente a instrução primária, ministrando-lhe a educação compatível com a sua posição social e seus recursos."³⁷

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições... op. cit.*, p. 243.

Assim, se o artigo 233 inciso IV do Código Civil incumbia ao marido prover a manutenção da família, porque lhe era atribuída a chefia da sociedade conjugal, a condição de absoluta paridade em direitos e obrigações dos consortes, insculpida na Constituição Federal de 1.988, especificamente no artigo 226, § 5º, impõe que ambos devem participar, de maneira eqüitativa, no cumprimento dos deveres inerentes aos filhos menores não emancipados.

Logo, o dever de sustentar os filhos é diverso da prestação alimentícia entre parentes, pois a obrigação alimentar pode durar a vida inteira e o dever de sustento cessa com a maioridade dos filhos.

Porém, em alguns casos, a maioridade por si só, não exonera esse dever. O filho maior, por exemplo, que não trabalha e cursa estabelecimento de ensino superior, pode pleitear alimentos, alegando que se isso lhe for negado poderá prejudicar sua formação profissional.

O exemplo observado é freqüente em cursos que exigem dedicação exclusiva, onde as chances de obtenção de emprego são reduzidas. Por isso, já se deliberou que a maioridade de filho, que não trabalha e cursa estabelecimento de ensino superior, não justifica a exoneração dos genitores de prestar-lhe alimentos.³⁸

³⁸ "Os alimentos prestados pelo pai cessam com a maioridade ou emancipação do filho. No entanto, a jurisprudência anota casos que suscitam salutar princípio relativamente à educação dos filhos que, mesmo atingindo a maioridade, necessitam de meios para continuação dos estudos, sendo que a apreciação das circunstâncias deve constituir ponto de mérito, a critério do juiz." (BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Guarda de filhos*, 3. ed., São Paulo: Universitária do Direito, 1985, p.71). Nesta linha, 2ª CC do TJSP, 11.5.1976, RT

Portanto, a obrigação alimentar é diversa do dever de sustento, no que tange a sua estrutura e função.

Entretanto, o aspecto fundamental reside no fato de que o dever de sustento, por decorrer da autoridade parental, depende, em relação ao genitor, da determinação da paternidade, inclusive, para que se possa identificar quem é o responsável pelo seu efetivo cumprimento.

Ocorre que nem sempre o reconhecimento da filiação é voluntário, razão pela qual, torna-se necessário analisar a disciplina jurídica acerca da ação de investigação de paternidade.³⁹

5.3 A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

409/108 e RJTJSP 46/35; 5ª CC do TJSP, 2.8.1979, RJTJSP 60/40; 4ª CC do TJSP, 6.4.1983, RT 581/99; 2º Grupo de Câmaras do TJRS, 27.4.1984, maioria RJTJRS 105/251 (referindo-se a idade limite de vinte e cinco anos); 5ª CC do TJRJ, Ap. 3.300/89, 6.3.1990, DJRJ de 23.8.1990, p. 170 e *Repertório IOB de Jurisprudência* 3/5.077 (embora esteja o filho trabalhando e recebendo salário mínimo, insuficiente para custear os estudos); 5ª CC do TJSP, AP. 132.970, 29.11.1990.

³⁹ Oportuna a lição do professor Luiz Edson Fachin: "Se o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais do que apenas laços de sangue. Afirma-se aí a paternidade socioafetiva que se capta, juridicamente, na expressão da posse de estado de filho. Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, revelam o comportamento à base da paternidade. A verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética, que deveria pressupor aquela e serem coincidentes. Apresenta-se então a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, reside antes no serviço e amor que na procriação. (FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade - Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 37).

A cogitada ação, além de ser contemplada pelo Código Civil, é tratada pela lei n.º 8.560/92⁴⁰, visando disciplinar o reconhecimento (involuntário ou forçado) do liame biológico que liga um pai ao seu filho, nas hipóteses em que não tenha havido um reconhecimento voluntário.⁴¹

Devido a esse fato, Luiz da Cunha Gonçalves consigna que "sendo o estado das pessoas um direito sagrado e iniludível, não deve ficar à mercê da má-fé, da falta de consciência e do feroz e cínico egoísmo dos que, tendo-se deixado arrastar pela paixão amorosa ou pelos vulgares excessos da sensualidade, derivados da corrupção dos costumes, pretendem eximir-se

⁴⁰ O professor João Baptista Villela, Titular da Universidade Federal de Minas Gerais, tece várias críticas à referida lei. Entre elas, o alheamento ao problema do reconhecimento nas hipóteses de maternidade substitutiva (barriga de aluguel); ausência de definição à filiação proveniente de inseminação artificial; silêncio quanto a um suposto direito subjetivo do filho, oponível à mãe, para que esta não revele o nome do pai biológico; omissão sobre a solução a dar à arguição da *exceptio plurium concumbentium* e até mesmo a perda da oportunidade de introdução na ordem jurídica nacional da "ação para fins de subsídios", acolhida na lei francesa n. 72-3, de 3 de janeiro de 1.972. (VILELLA, João Baptista. O reconhecimento de paternidade entre o pós-moderno e o arcaico: primeiras observações sobre a lei n. 8560/92. *Repertório IOB de jurisprudência*. São Paulo, n.4, 2.quinz./fev./93., p.76)

⁴¹ A propósito, já se tem assentado que "a metodologia em si das impressões digitais do DNA permite a determinação de paternidade com confiabilidade absoluta." (PENA, Sérgio Danilo J. Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA: estado de arte no Brasil. *In: Direitos de família e do menor: inovações e tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 250). Ademais, "em determinação de paternidade a prova testemunhal deve ser sempre avaliada *cum grano salis*, já que a concepção ocorre no interior do corpo da mulher e, como anteriormente explicado, não admite testemunhas. Desta maneira, a única forma de comprovar confiavelmente a paternidade é pela perícia técnica, mais especificamente pelos exames em DNA." (PENA, Sérgio Danilo J. Engenharia genética - DNA: a testemunha mais confiável em determinação de paternidade. *In: Repensando o direito de família - Anais do I congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 345)

às responsabilidades morais e legais contraídas para com os entes que geraram e lançaram à vida.”⁴²

É necessário reconhecer que, muitas vezes, a mulher é vítima do egoísmo masculino, no sentido de que o homem que contribui na concepção da nova vida, não quer depois assumi-la, descarregando a responsabilidade sobre a mulher, como se ela fosse a única “responsável”.

Assim, precisamente quando a mulher tem a máxima necessidade de apoio do homem, este se ausenta, numa atividade refratária a todo senso de responsabilidade do próprio ato.

Portanto, diante da negativa do pai em reconhecer o próprio filho, surge a pretensão resistida. Logo, o pai, no instante em que se recusa a reconhecer o filho, está subordinando o interesse do filho de ser reconhecido ao seu interesse de não reconhecê-lo.

Notamos que ocorre um choque entre dois interesses. Assim, não sendo materializado o seu interesse de ser reconhecido voluntariamente pelo pai, resta ao filho buscar o reconhecimento compulsório para ver declarada, caso o pedido seja procedente, a sua filiação.

Desta feita, a recusa voluntária ao reconhecimento da filiação enseja a propositura da ação de investigação de paternidade. No entanto, o juiz

⁴² GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. vol. II, tomo

difícilmente terá conhecimento da intenção do réu antes de analisar a contestação. E, se o pai realmente pretendia reconhecer o filho antes da propositura da ação, deverá, por lógica, reconhecer a procedência do pedido do autor (artigo 269, inciso II do CPC).

Por outro lado, insta salientar que a ação de investigação de paternidade apresenta natureza jurídica declaratória. De fato, o pedido visa obter a declaração da relação parental, importa dizer, a declaração do estado de filiação, oriundo de um fato jurídico.

Assim, o fato jurídico, caracterizado como um acontecimento natural, como o nascimento, por exemplo, produz consequências no mundo jurídico.

Nesta linha, "onde quer que haja fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, ilícito, geográfico, biológico, etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato; e, finalmente, uma norma que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro."⁴³

Em outras palavras, todo fato natural sofre a incidência de um valor axiológico que, por sua vez, enseja a criação de uma norma para regular tal fato.

I, 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 357.

⁴³ REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 64.

Assim, se considerarmos que a condição de filho está presente desde a concepção, os direitos atinentes à filiação também devem retroagir à concepção.

É bem verdade que esta condição de filho depende de reconhecimento para gerar seus efeitos. Porém, uma vez reconhecido, os direitos retroagem ao nascimento.

Dispõe o artigo 366 do CC, que a "sentença que julgar procedente a ação de investigação, produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento..."

Logo, "o reconhecimento não é ato atributivo, mas simplesmente declarativo, no sentido do direito civil, da filiação da pessoa a que se refere. A filiação, que existia antes, embora sem caráter legal, passa a ser assente perante a lei. O reconhecimento, portanto, não cria: revela-a. Daí resulta que os seus efeitos, quaisquer que sejam, remontam ao dia do nascimento, e, se for preciso, da concepção do reconhecido."⁴⁴

Carvalho Santos, em análise ao artigo 366 do CC, indaga: "A sentença, nessas ações, será atributiva da filiação?"

Não é a resposta acertada, consoante o ensinamento da melhor doutrina. A sentença é apenas declarativa, pois o reconhecimento não cria o estado de filho, qualidade esta que já existia; e, como a própria

palavra está indicando, declara apenas aquilo que já era, embora sem cunho legal.”⁴⁵

Destarte, se é o fato da filiação que origina a relação entre o pai e o filho, e se é certo, por outro lado, que essa verdade não se altera se ao invés do reconhecimento voluntário se trata de reconhecimento forçado, lícito é concluir que uma vez verificada a declaração judicial, os seus efeitos retroagem sempre ao tempo do nascimento, não tendo influência alguma a data da sentença.

Portanto, “se o reconhecimento, por ato espontâneo ou por sentença judicial, fosse atributivo de direitos, a paternidade teria seu início com ele. Mas, uma vez que se trata de ato declaratório, retroage à data do nascimento ou à época da concepção.”⁴⁶

Por esta razão, “o reconhecimento voluntário ou judicial do filho produz efeitos *ex tunc*, pois retroage até o dia do nascimento do filho ou mesmo de sua concepção se isto for de seu interesse.”⁴⁷

Desta forma, se a sentença é declarativa - declarando uma paternidade que já existia desde a concepção - é inegável que os alimentos, em ações de investigação de paternidade, não devem ser fixados a partir da sentença.

⁴⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado... op. cit.*, p. 99

⁴⁵ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. V. 6, 7. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 151.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. V. 5, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 335.

E, se os efeitos da sentença vigorassem apenas a partir dela, certamente o filho reconhecido judicialmente, após o falecimento do pai, não teria direitos sucessórios, uma vez que a sucessão se abre com a morte do autor da herança, já que o artigo 1.577 do CC dispõe que, "a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão".

Assim, o filho reconhecido após a morte do pai não teria qualquer direito sucessório, ferindo a igualdade determinada no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Nesta linha, cabe ressaltar que "é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança."⁴⁸

Ora, se prescreve a ação de petição de herança e, se o prazo prescricional, por óbvio, somente se inicia com a abertura da sucessão, um filho reconhecido após a morte do pai, poderá postular seus direitos sucessórios, desde que não tenha ocorrido o lapso prescricional.

Sendo assim, é imprescritível a ação de investigação de paternidade para o filho. Haverá, contudo, a prescrição para os herdeiros, no prazo de um ano, a contar da data do falecimento (artigo 178, § 6º, XII do Código Civil).

⁴⁸ Vide súmula n.º 149 do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, é oportuno salientar que o artigo 219 do Código de Processo Civil estabelece que a citação constitui o devedor em mora.

Portanto, se partimos do pressuposto de que a sentença é declaratória, o correto será a fixação dos alimentos em ação de investigação de paternidade, cujo pedido tenha sido julgado procedente, a partir da citação.⁴⁹

5.3.1 A antecipação da tutela na ação de investigação de paternidade. Possibilidade ou impossibilidade?

Desde que se tenha como pressuposto a distinção entre a declaração (em si mesma) e os efeitos práticos que decorrem da declaração de uma situação jurídica, seria improvável a declaração provisória da paternidade.⁵⁰

Importa dizer, a declaração provisória funda-se num juízo de plausibilidade da existência do direito alegado pelo autor. Este juízo declaratório, enquanto declaração provisória, seria

⁴⁹ Nesse sentido: REsp 2.203-SP; REsp 6.583-SP; REsp 44.927-8-SP; REsp 56.905-2-RS. Em sentido contrário: REsp 84.077-SP - 4ª T. - j. 20.02.1997 - rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 17.03.1997.

⁵⁰ "O pedido de antecipação não se refere à própria tutela declaratória, condenatória ou constitutiva, mas aos efeitos que possa qualquer delas produzir no plano material e que não possam aguardar o momento oportuno para que tal ocorra, sob pena de não mais terem utilidade para o titular do direito." (BEDAQUE, José Roberto. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 230).

inoperante se não fosse possível extrair dele alguma consequência capaz de operar praticamente (efeito executivo ou mandamental).

Desta feita, levando-se em consideração a necessidade de utilidade prática do provimento, devemos refletir acerca dos efeitos decorrentes da declaração provisória da paternidade, inerentes à autoridade parental.

Assim, a questão gravita em torno da verificação da utilidade, por exemplo, de se registrar, provisoriamente, o investigante como filho do investigado, ou ainda, de passar a figurar, provisoriamente, no rol dos herdeiros legítimos necessários.

Entretanto, o registro no assento de nascimento e a qualidade de herdeiro decorrem da própria sentença declarativa, transitada em julgado, não havendo, teoricamente, necessidade de "execução" para a sua efetivação. Basta analisar o artigo 29 da lei n.º 6.015 de 31.12.1973, que determina a averbação dos atos judiciais ou extrajudiciais de reconhecimento de filhos.

Logo, tratando-se de pedido único, não há razão (devido a ausência de utilidade prática) para antecipar os efeitos da futura declaração de paternidade, pois a averbação no registro de nascimento, bem como, o ingresso no rol dos herdeiros legítimos, constituem efeitos secundários da sentença declaratória.

Nesta linha, poder-se-ia indagar: o tempo não poderia colocar em risco a utilidade prática decorrente dos mencionados efeitos secundários da sentença de declaração de paternidade?

A resposta está na própria pergunta. Desde que se parta do princípio de que a sentença é declarativa, não haverá nenhum prejuízo para o requerente no que tange aos mencionados efeitos.

Em outras palavras, por se tratar de sentença declaratória os efeitos são *ex tunc*, ou seja, a declaração retroage a data do nascimento ou da concepção.⁵¹

Assim, como a herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato (artigo 1089 do CC) e a sua abertura, como dito, ocorre no momento do falecimento, não vislumbro prejuízo ao requerente, pois, se o pai vier a falecer no curso da ação de investigação de paternidade, a sentença, caso seja procedente, retroagirá à data do nascimento.

Nem mesmo a partilha feita pelo pai, no curso da ação de investigação de paternidade, por ato entre vivos, encartada no artigo 1776 do Código Civil,

⁵¹ Ainda que se cogite que, após a morte do investigado, a tramitação da ação de investigação de paternidade poderá demorar um tempo maior do que o lapso prescricional da ação de petição de herança, tal argumento não é capaz de demonstrar o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, justificador da antecipação da tutela, pois, o caso concreto poderá, ainda, estar desprovido de "prova inequívoca", ensejadora da verossimilhança. Além disso, nada impede que o investigante proponha a ação de petição de herança (para evitar os efeitos nocivos da prescrição), cuja solução dependerá do resultado da investigação de paternidade, devido a conexão por prejudicialidade impeditiva existente entre as demandas.

poderá prejudicar o investigante, pois, caso a sentença declare a paternidade, retroagindo seus efeitos, a mencionada partilha estará prejudicando a legítima de um dos herdeiros necessários, o que o próprio dispositivo impede.

No entanto, esta conclusão não é coerente quando se tratar de pedido de alimentos provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade. Na verdade, sob este argumento, vários equívocos são cometidos em sede pretoriana, ao ponto dos julgadores justificarem que a não concessão da antecipação dos alimentos provisionais, estaria suprida com a determinação, na sentença de procedência, de que os mesmos retroagem à data da citação, aplicando-se (analogamente) a regra do artigo 13, § 2º da lei n.º 5.478/68.

Obviamente, a natureza satisfativa dos alimentos provisionais enseja uma sistemática diversa dos demais itens inerentes à autoridade parental, pois de nada adianta consignar que os mesmos retroagem à data da citação se o que importa é a satisfatividade, que poderia ter ocorrido desde a antecipação da tutela (via cognição sumária), e não somente na sentença.

Importa dizer, a regra da retroatividade à data da citação não é capaz de satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, e quando satisfaz (sentença), satisfaz tardiamente, com a probabilidade de se tornar inoperante, pois, em alguns casos, as pensões acumuladas representam um valor

excessivo, cujo cumprimento se torna praticamente impossível para o devedor de alimentos.⁵²

Portanto, nas hipóteses de pedido único, devido a necessidade de utilidade do provimento jurisdicional, a antecipação da declaração (em si mesma) da paternidade revela-se improvável.⁵³

5.3.2 A fixação de alimentos provisionais, de ofício, na sentença que declara a paternidade. Possibilidade ou impossibilidade ?

Além das questões em torno da natureza jurídica da sentença de reconhece a paternidade, que enseja reflexos no termo a *quo* dos alimentos provisionais fixados nos termos do artigo 7º da lei n.º 8560/92, bem como, da impossibilidade em se antecipar a própria declaração, há necessidade de reflexão acerca da questão.

⁵² Nessa linha de raciocínio pondero, ainda, que o investigador chegou à sentença de primeiro grau independentemente do deferimento dos alimentos provisionais e a sua concessão a *posteriori*, com efeito retroativo, mais servirá para indenizar o autor do que para alimentá-lo, o que parece ser um desvio de finalidade. Por outro lado, o equívoco será maior ainda, quando se sustentar que o *dies a quo* da incidência dos pretendidos alimentos não pode ser a data da citação, mas sim a da sentença, mesmo que sujeita a apelação (CPC, art. 520, II). Essa discussão abstrata, comum em sede pretoriana, não considera a tutela sob a perspectiva da realização do direito material, ou seja, sob a ótica da "satisfatividade", importa dizer, a visão dos julgadores ainda está voltada ao aspecto endógeno do processo. É preciso uma combinação de coragem e sabedoria para abrir a janela, deixar entrar a claridade, e verificar o que se passa lá fora.

⁵³ Para um aprofundamento da questão vide o item 6.1 (A antecipação da tutela nas ações declaratórias e constitutivas).

Primeiramente, é necessário consignar que o mencionado artigo prescreve que "sempre" que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido, que deles necessite.

Assim, esse dispositivo pode levar ao entendimento de que o juiz poderá, na sentença que reconhecer a paternidade, fixar os alimentos provisionais, *ex officio*, mesmo que estes não tenham sido requeridos pelo autor.

Entretanto, não me parece a conclusão adequada, pois está expresso que os alimentos serão fixados quando o reconhecido deles "necessite". Quem necessita de alimentos deve requerê-los ao juiz. Portanto, o juiz somente fixará alimentos se forem requeridos.⁵⁴

Interpretação diversa materializaria uma afronta ao princípio da iniciativa das partes ou inércia da jurisdição, há muito consagrado pelo aforismo *Nemo iudex sine actore* ou *ne procedat iudex ex officio*.

Tal princípio foi adotado nos artigos 2º e 128 do Código de Processo Civil. Além disso, o

⁵⁴ Obviamente, se o investigador deles necessitar, pois é possível que o magistrado, diante do caso concreto, apesar de ter deferido o pedido de investigação de paternidade, conclua que o investigador não necessite dos alimentos, por ter, por exemplo, uma condição financeira melhor em relação ao requerido. Importa dizer, não se trata de conexão por prejudicialidade determinativa em que o deferimento do primeiro pedido "determinaria" a maneira em que seria solucionado o segundo, mas sim de conexão por prejudicialidade impeditiva. Acerca do tema vide OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 86.

limite objetivo da coisa julgada material seria violado, já que haveria um julgamento *extra petita*.⁵⁵

Assim, a sentença deve se limitar ao pedido do autor, pois o artigo 460 do CPC determina que é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como, condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Além disso, ocorreria expressa violação ao artigo 294 do CPC que prescreve: "quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo.

Por fim, haveria, também, ofensa ao artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, pois o réu não teria direito ao contraditório e a ampla defesa no que concerne aos alimentos.

Sem contar, o desaparecimento da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, pois, se o juiz estivesse autorizado a fixar os alimentos independentemente de pedido, qual a razão para formulação de pedidos cumulados?

A resposta seria uma só: nenhuma.

⁵⁵ Conforme FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. *Direito de Paternidade*. São Paulo: LTr, 1997, p. 195-196.

Por outro lado, o investigador poderá ter interesse, devido as condições financeiras, apenas na determinação da paternidade, formulando assim, pedido único.⁵⁶

Nesse caso, após a determinação da paternidade poderá formular pedido de alimentos. No entanto, a designação da espécie dependerá do trânsito em julgado (ou não) da sentença declaratória.

Importa dizer, como a lei n.º 5.478/68 determina a comprovação prévia da relação de parentesco (o que nos conduz a interpretação de que a questão se tornou "definitiva"), os alimentos "provisórios" poderão ser solicitados após o trânsito em julgado da sentença.

Por outro lado, caso o investigador, que já obteve a declaração da relação de parentesco em 1ª instância, cuja sentença ainda é provisória por ter sido recorrida, opte em pleitear alimentos, deverá fazê-lo sob a denominação de alimentos "provisionais", nos termos do artigo 852, III do Código de Processo Civil, analisado, em conjunto, com o artigo 7º da lei n.º 8.560/92.

Assim, nos termos do mencionado dispositivo (artigo 7º da lei n.º 8.560/92), se o julgador deve, diante da necessidade do investigador,

⁵⁶ Assim, não prospera o argumento de que a impossibilidade da antecipação da própria declaração da paternidade, bem como, a vedação a fixação de alimentos provisionais de ofício, ensejaria a ineficiência da ação de investigação de paternidade. Como dito, o investigador pode ter interesse apenas na declaração da paternidade, independentemente dos reflexos patrimoniais que dela possa advir.

fixar alimentos provisionais, desde que se trate de pedidos cumulados, não há razão para não fixá-los no pedido de alimentos interposto após ter proferido o julgamento da ação de investigação de paternidade, que versou acerca de pedido único.⁵⁷

5.4 ALIMENTOS PROVISÓRIOS E PROVISIONAIS

A delimitação estrutural e funcional da tutela dos alimentos ditos "provisórios" (estabelecidos na lei n.º 5.478 de 25.07.1968) e daqueles denominados "provisionais" (inserida no livro III do processo cautelar), constitui um dos temas mais interessantes em sede de alimentos.

Nesta linha, a indistinção generalizada que se verifica, quanto aos alimentos provisionais e provisórios, resulta da análise da função de uma e outra categoria.⁵⁸

⁵⁷ Nessa hipótese, em razão da regra encartada no artigo 463 do CPC, o pedido constituiria objeto de uma nova ação com fundamento no artigo 852, II do CPC. A fixação, neste caso, ocorreria via decisão podendo ser deferida, inclusive, *initio litis*, nos termos do artigo 854 do CPC.

⁵⁸ Sérgio Gisckow Pereira, afirma que "a diferenciação entre as duas espécies é apenas terminológica e procedimental; em essência, em substância, são idênticas, significam o mesmo instituto, a saber, prestações destinadas a assegurar ao litigante necessitado os meios necessários para se manter na pendência da lide." (PEREIRA, Sérgio Gisckow. *Ação de alimentos*, 3ª ed., Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1983, p. 49). Por sua vez, o professor Ovídio A. Baptista da Silva, sustenta que "este problema pode ser resumido numa frase: tantos os alimentos ditos "provisórios" quanto os provisionais, regulados pelo CPC, são alimentos *antecipados*. São os mesmos alimentos que seriam obtidos através da sentença final que provasse a ação de alimentos, os quais, em virtude de urgência, concedem-se antecipadamente. Isto significa, em última análise, que, ao conceder o magistrado alimentos, "provisórios" que o sejam, ou provisionais, ele o fará a

Por outro lado, o critério estrutural não é apto a determinar que o provimento de fixação de alimentos provisionais, somente por estar disciplinado no processo cautelar, caracterizaria uma medida cautelar. Significa dizer, os alimentos provisionais são, na verdade, alimentos provisionais antecipatórios.⁵⁹

Entretanto, a inaptidão do critério estrutural para a determinação dos alimentos provisionais como medida cautelar, aliada ao fato, no âmbito funcional, de que ambos são "alimentos antecipados", não dispensa a análise da atividade

custa de sentença final, esvaziando-a do seu principal componente eficaz. Uma vez, concedidos os alimentos, a sentença final de procedência que reconhecer o dever de prestar alimentos, *antecipadamente concedido*, tal como, numa ação de reintegração de posse, por exemplo, apenas confirmará a liminar que haja sido outorgada ao autor. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 312).

⁵⁹ "Visto o problema sob este ângulo, cabe indagar: qual a diferença funcional entre os alimentos ditos "provisórios" e os alimentos provisionais do CPC? Suprima-se a diferença determinada pela autonomia procedimental atribuída aos provisionais e procure-se alguma outra distinção capaz de permitir que se lhes conceituem como tutelas de natureza diversa. Dir-se-ia no entanto, que os "provisórios" distinguem-se dos provisionais num aspecto de maior relevância, qual seja o aspecto estrutural. Contudo, é precisamente sob o aspecto estrutural que ambos se identificam, pois, representam os dois meras antecipações da sentença final de procedência da ação de alimentos. Ambos retiram-lhe substância. Um deles, os "provisórios", para tornarem-se liminar da mesma ação alimentar; o outro, para transformar-se em ação preparatória, ou incidente, porém, sempre à custa da sentença do processo "principal". A custa de sua estrutura." (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 313). Nesse sentido: "No caso dos alimentos ditos "provisionais" do art. 852 do Código de Processo Civil não só a verba pode ser revogada e modificada a qualquer tempo, nos próprios autos (art. 273, § 4º), como a sua concessão depende de um juízo de probabilidade sobre o direito alegado e o receio de lesão, enquadrando-se à perfeição do figurino da tutela antecipatória." (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 84). Em sentido diverso: "Em síntese, dando expressão ao nível estrutural para a distinção, postule-se a terminologia "provisionais" para a tutela cautelar e "provisórios" para os alimentos pleiteados na tutelas definitivas". (FERNANDES, Iara de Toledo. *Alimentos Provisionais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 152)

cognitiva do julgador, devido a diversidade procedimental entre os alimentos provisórios e provisionais.

Assim, quando se tratar de alimentos provisórios a atividade cognitiva do juiz se limitará a verificar a comprovação da relação parental. Portanto, em virtude do comando legal, o magistrado nunca se contentará com a mera probabilidade desta relação, suficiente para a concessão dos alimentos provisionais.

Certamente, ambas espécies têm por finalidade substancial prover de alimentos o requerente da medida. Todavia, a tutela diferenciada da lei n.º 5.478/68 exhibe feição nitidamente "executiva" na medida em que é concedida apenas a quem disponha de prova da relação de parentesco (artigo 2º da lei especial), devendo o julgador, já no despacho inicial, fixar alimentos sem maiores indagações (segundo o artigo 4º da lei n.º 5.478/68, o juiz só não o fará se o credor expressamente declarar que deles não necessita).

Diante disso, a lei de Alimentos propicia o arbitramento imediato dos alimentos provisórios para atender à situação de necessidade premente do alimentando, que tem o ônus de demonstrar, *initio litis*, o dever de sustento.

Logo, o artigo 4º da lei n.º 5.478/68 é cogente, imperativo, dando ao magistrado uma atribuição impositiva. Assim, o juiz não pode, preenchidos os requisitos legais, deixar de fixar os alimentos provisórios, pois o não atendimento implica

negação do direito encartado no mencionado dispositivo, com a admissão, inclusive, de mandado de segurança contra a decisão denegatória.⁶⁰

Constata-se, assim, que o autor (que a lei já considera "credor") deve comprovar, previamente, a relação de parentesco, a permitir imediata "agressão" ao patrimônio do devedor para satisfação prática do crédito alegado.

Portanto, a concessão de alimentos provisórios não depende da discricção do juiz, nem a atuação deste se exerce em juízo de probabilidade, dispensado, como é, o exame da aparência do direito e do risco de dano.⁶¹

⁶⁰ Nesse sentido: RJTJESP 104/44; MS 275.859-1/5 - TJSP, 6ª C. - j. 20.12.1995, Rel. Des. Pinheiro Franco com a seguinte declaração de voto: "O E. Supremo Tribunal Federal, abrandando o rigor da Súmula 267, tem admitido o Mandado de Segurança quando a decisão, embora comportando recurso sem efeito suspensivo, possa acarretar dano de difícil reparação (RTJ 70/504, 72/743, 81/879, 84/1071, 89/159, 91/181, 94/274, 95/335; RT 503/222, 521/270, 592/257). No caso concreto, não obstante a impetrante tenha se utilizado do recurso de agravo como o remédio processualmente cabível, é evidente que ele não traduz a solução eficaz para amparar o seu direito líquido e certo violado, posto que desobedecidas na espécie as regras imperativas contidas nos artigos 4º e 13 da Lei de Alimentos. Por motivos óbvios, não pode a impetrante ficar aguardando a demorada tramitação do agravo interposto... Apesar do ensinamento acima transcrito, o Tribunal não pode fixar o *quantum* dos alimentos provisórios, posto que se isso ocorresse estar-se-ia suprimindo um grau de jurisdição, salientando-se, ainda, que em sede de Mandado de Segurança fica difícil estabelecer as reais possibilidades do devedor e as efetivas necessidades da alimentanda. Desta forma, concede-se, em parte, a segurança, para o fim que os alimentos provisórios sejam fixados de imediato em 1º grau de jurisdição, em quantia suficiente e razoável, à luz dos elementos constantes dos autos, inclusive com efeito retroativo ao despacho inicial, para que se cumpra a norma imperativa dos artigos 4º e 13º da Lei de Alimentos."

⁶¹ Conforme OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A tutela... op. cit.*, p. 86.

Ao contrário, tratando-se de alimentos provisionais, que poderiam ser pedidos por quem fosse apenas "um provável credor", como se daria, por exemplo, na ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, a fixação da verba alimentar, via cognição sumária, sujeita-se a verificação da probabilidade da existência do direito afirmado, diante da inexistência da prova da relação de parentesco.

Assim, dispõe o artigo 854 do Código de Processo Civil que, na petição inicial, exporá o requerente as suas necessidades e as possibilidades do alimentante.

Nesta linha, dispõe o parágrafo único que, "o requerente poderá pedir que o juiz, ao despachar a petição inicial e sem audiência do requerido, lhe arbitre, desde logo, uma mensalidade para manutenção."

Logo, a diversidade procedimental entre as duas tutelas, concedidos os provisionais em razão de probabilidade e os provisórios quando demonstrado inicialmente o dever de sustento, conduz, ainda, a outra consequência: enquanto os alimentos provisionais são devidos até o julgamento dos recursos ordinários, salvo revogação anterior à sentença ou se o acórdão desfavorecer o autor, os provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário (artigo 13, parágrafo 3º da lei n.º 5.478/68).

Vale dizer, a fixação de alimentos provisórios pode sofrer apenas modificação em relação ao

valor. Logo, pode haver uma variação, podem ser diminuídos ou majorados, mas a revogação, por expressa disposição legal, somente poderá ocorrer no julgamento do recurso extraordinário.

5.5 A TUTELA ANTECIPATÓRIA DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS (LEI N.º 5.478/68) E DOS ALIMENTOS PROVISIONAIS CUMULADOS À AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE (ARTIGO 852, III DO CPC E LEI N.º 8.560/92).

Analisando, em conjunto, as características da tutela antecipatória diante das particularidades inerentes aos alimentos provisórios e provisionais, é possível uma sistematização acerca do tema.

Como dito, tratando-se de ação alimentar típica, ajuizada por qualquer dos filhos menores não emancipados, em razão do dever de sustento devidamente comprovado (artigo 231, IV do Código Civil), assegura-se-lhes a ação especial da lei n.º 5.478/68, caso em que lhes serão concedidos alimentos provisórios previstos no artigo 4º desta lei.

Por outro lado, tratando-se de ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, terá direito o autor a alimentos provisionais, desde que lhe seja favorável a sentença de 1ª instância, nos termos do art. 7º da lei n.º 8.560/92 (sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade,

nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite).

"Nota-se que, nas hipóteses de impossibilidade de prévia comprovação da paternidade, o legislador contemplou a fixação dos alimentos provisionais na sentença de procedência, importa dizer, via cognição exauriente.

Entretanto, isto não significar dizer que o magistrado estaria impedido de fixar os alimentos provisionais via decisão, através de cognição sumária."⁶²

Assim, a análise do diploma legal em tela, ainda que demonstre um progresso em relação a estrutura normativa anterior (lei n.º 883/49)⁶³, não pode

⁶² OLIVEIRA, Flávio Luís. A tutela antecipatória e os alimentos provisionais: uma breve análise. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, v. 9, p. 471-472, jul./set., 1998.

⁶³ "Fundada na proteção da família constituída pelo casamento e dos filhos oriundos dela, o Código Civil (artigo 358) impedia a investigação de paternidade provocada pelos filhos espúrios (adulterinos e incestuosos), somente admitindo a fixação da paternidade, se ocorresse voluntariamente em sentença não provocada para este fim ou em confissão ou declaração do pai. Aos filhos naturais, concedia-se a ação de investigação de paternidade, e, cumulada com esta, o pedido de alimentos, caso o reconhecimento não se operasse espontaneamente (por confissão, reconhecimento em escritura pública, no ato de nascimento ou outro documento autêntico). Por conseguinte, os filhos naturais recebiam alimentos como direito decorrente, tanto do reconhecimento voluntário como do forçado, enquanto os espúrios só tinha direitos de natureza alimentícia, se o ato de estabelecimento da paternidade fosse espontâneo. Isto não se manteve incólume. Em cotejo da realidade social que não poderia conceber filhos sem a imprescindível garantia de sobrevivência, a lei 883/49 estabeleceu no direito de filiação a chamada "paternidade alimentar", ou seja, aquela estabelecida apenas para efeitos alimentares em virtude da proibição do estabelecimento da paternidade ordinária. Outrossim, disciplinou o direito de alimentos na sentença de primeiro grau que reconhecesse a procedência do pedido de investigação de paternidade (Artigo 5º da lei 883/49: "Na hipótese de ação investigatória da paternidade, terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja, desta, interposto recurso). Da comparação entre o artigo 5º da lei 883/49 e

prescindir desta concepção, sob pena de revelar-se incapaz de satisfazer as pretensões de direito material de forma célere e adequada.

Indubitavelmente, a necessidade de sobrevivência e os problemas econômico-financeiros da maioria da população (desvalida e vitimada pelo "realismo" social), não permitem ao investigador receber alimentos somente após a decisão de primeiro grau, sendo que o procedimento ordinário não distribui (entre as partes), adequadamente, o ônus do tempo do processo, onerando assim, aquele que já se encontra "onerado".⁶⁴

Atualmente, os mecanismos materializados na tutela antecipatória permitem superar tais óbices, tornando realidade a efetividade do processo através de uma ótica de análise exógena, não puramente endógena.

Neste ponto, a aparente "incompletude do ordenamento por exuberância",⁶⁵ gera interpretações inadequadas, oriundas do hermetismo que permeia o nosso sistema jurídico, inexplicável diante das relações

o artigo 7º da lei n.º 8.560/92, percebe-se que há profunda semelhança, embora o contexto do sistema de filiação seja totalmente diverso nos dois momentos de edição das referidas leis. (FACHIN, Luiz Edson. *Averiguação e Investigação da Paternidade Extramatrimonial - Comentários à lei n.º 8.560/92*. Curitiba: Genesis, 1995, p. 72-73)

⁶⁴ "Ora, a sociedade sem dúvida evoluiu de 1949 até 1992, no que diz respeito às relações sociais, ao modo de viver e, em nosso tema, quanto à família em todas as suas formas. Se, em relação à sociedade brasileira de 1.949, esboçava uma adequação diante da concepção social acerca dos efeitos imediatos da sentença reconhecedora da paternidade em ação cumulada com pedido de alimentos, a fim de possibilitar mesmo antes do trânsito em julgado o gozo desse direito pelo autor, hoje tal concatenamento não existe." (FACHIN, Luiz Edson. *Averiguação... op. cit.*, p. 76)

⁶⁵ Conforme BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1982, p. 119.

sociais, zetéticas por essência.

Este choque entre a realidade social (carente de alocação de tutelas jurídico-políticas) e o ordenamento jurídico civil (empoeirado, velho, esquecido), calcado em ideologias díspares, revela a não utilização de critérios capazes de dar "àquele que tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele teria direito de obter."⁶⁶

Não há nada mais contraditório!

Nesta linha, os tribunais "criaram" o deferimento liminar de alimentos provisionais na ação de investigação de paternidade (pedidos cumulados), em virtude da situação aflitiva do investigante, da demora do procedimento causado pelo investigado e da existência de indícios veementes da paternidade.⁶⁷

Assim, a aplicação da norma se torna uma atividade laboriosa e de difícil concreção, o que exige dos magistrados uma leitura interdisciplinar, embasada, dentre outros, no artigo 5º da lei de Introdução ao Código Civil.⁶⁸

⁶⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell'azione... op. cit.*, p. 94

⁶⁷ Vide RJTJERGS 162/217-218; especialmente RT 615/50 que trata do AI 74.480-1, TJSP, 1ª C - j. 19.08.86, do qual foi relator o eminente Desembargador Renan Lotufo, nesses termos: "Em ação de alimentos cumulada com investigação de paternidade entende-se admissível a fixação dos provisionais no curso da demanda se a demora no processamento da investigatória decorre de diligência requerida pelo alimentante e o alimentando encontra-se em situação aflitiva em virtude de ação de reintegração de posse movida pelo suposto pai, tudo aliado ao fato de haver fortes indícios no sentido da efetiva paternidade."

⁶⁸ "A lei é ponto de partida, não de chegada. O juiz tem o poder/dever de completar a lei no momento de sua aplicação ao caso concreto. A justiça conduzida dessa maneira livra-se das

Logo, o juiz não poderá atuar apenas como prolator da lei, tampouco negar as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico que acabam por traduzir as mutações sociais, verdadeiras fontes materiais do direito.⁶⁹

Entretanto, a verossimilhança era temida, pois abria margem ao subjetivismo do magistrado, o que demonstra uma relação entre a "busca da verdade" e a "neutralidade".

Neste silogismo reside a problemática da compreensão do núcleo da reforma, pois, os operadores do direito ainda não estavam acostumados à produção antecipada da tutela, sendo que a condenação sempre esteve vinculada à sentença proferida após as delongas do procedimento ordinário, como fator de "segurança"

tecnicidades e vai ao ponto essencial. É muito bom que os juízes estejam percebendo isso." (DALLARI, Dalmo de Abreu de. O Direito e a necessidade de justiça. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 08 de março de 1.997. Cotidiano, caderno 3, p. 2.)

⁶⁹ "A par dos tradicionais métodos de interpretação - literal ou filológico, histórico, comparado e lógico-sistemático -, a hermenêutica tem evoluído com marcante desenvoltura, dotando o intérprete de novos parâmetros exegéticos, incentivando-o a pautar-se, na aplicação da lei, por critérios mais eficazes, como o evolutivo, o teleológico e o axiológico, dentro da lógica do razoável (*logos del razonable*), a exemplo do que recomenda a norma do artigo 5º da "Lei de Introdução". Dentro desta nova moldura, em que está inserido o Direito de Família, e orientado por métodos e critérios de hermenêutica que melhor refletem o avanço da ciência jurídica, cumpre ao juiz dar às causas sob sua apreciação e julgamento uma visão de vanguarda, a compatibilizar a segurança jurídica com os novos ventos que sopram, impulsionados por novos fatores - legais, científicos e sociais." (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O direito de família na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *In: Repensando o direito de família - Anais do I congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 226)

social.

No entanto, em relação aos alimentos não há que se falar em "segurança", já que não ocorre o trânsito em julgado, devido as características da condicionabilidade e variabilidade, encartadas nos artigos 400 e 401 do vetusto Código Civil. Em virtude destas características é criticável a denominação alimentos "definitivos", em oposição aos alimentos provisórios ou provisionais.⁷⁰

Além disso, em relação ao parentesco, a sentença transitada em julgado, ou seja, a "certeza", em alguns casos, pode caracterizar aquilo que não é certo, e, por conseqüência, ser desfeita via ação rescisória, nos termos dos artigos 485 e 495 do Código de Processo Civil.

Ora, o argumento da segurança não é tão seguro!

É necessário observar, sobretudo, que no processo de conhecimento, devido a contemplação da ordinariedade, o juiz pode declarar tudo, mas nada faz no campo da executividade, pois, trata-se de procedimento de cognição plena no plano horizontal e exauriente no plano vertical, que abrange a totalidade do conflito e que tem por fim a decisão "definitiva" com base no chamado "juízo de certeza", derivado da "busca

⁷⁰ Vide artigo 13, § 1º, especialmente, artigo 15, ambos da lei n.º 5.478/68.

da verdade".⁷¹

Diante desta "tradição", seria fácil concluir que a tutela antecipatória não poderá ser concedida quando puder causar um dano maior do que aquele que pretende evitar (perigo de irreversibilidade do provimento antecipado). Contudo, para que o juiz possa concluir se é justificável ou não o risco, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com os valores do momento histórico.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade assume fundamental importância no que concerne a atividade jurisdicional, pois "determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, a qual deve ser juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o conteúdo essencial de direito fundamental, com o desrespeito intolerável do valor/princípio que o define: a dignidade humana".⁷²

Tal princípio, entendido como um mandamento de otimização, revela-se em sua plenitude apenas no momento em que se há de decidir, concretamente, sob a constitucionalidade ou "justiça" de alguma situação jurídica; neste caso, a vida do

⁷¹ Conforme MARINONI, Luiz Guilherme, *Efetividade... op. cit.*, p. 33.

⁷² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios gerais: isonomia e proporcionalidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n.º 719, p. 139-152, set./1995.

necessitado impõe mitigações aos aspectos econômico-financeiros.

Portanto, a otimização das formas de tutela pressupõe a aplicação do juízo de verossimilhança, que limita-se a afirmar a provável existência do direito e a ocorrência de situação de perigo.

No âmbito dos alimentos provisionais, a antecipação da tutela poderá ser concedida com base na matéria probatória, como por exemplo, o exame em DNA (positivo) que materializar a "certeza", que até então era identificada apenas na sentença.

Desta forma, o juízo de verossimilhança e a probabilidade da existência do direito do autor, justificam a concessão da tutela antecipatória quando a cognição, ainda que sumária, incidir sobre prova tida pelo julgador como inequívoca. Por sua vez, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação estará materializado na situação aflitiva do investigante, carente de alimentos.

5.5.1 As hipóteses de deferimento e o grau de cognição

No âmbito procedimental, se o magistrado entender que o exame em DNA comprova a

relação de parentesco do suposto pai, por constituir prova inequívoca, poderá conceder a antecipação da tutela.

Assim ocorre, porque o exame em DNA com resultado positivo ainda não constitui, por si só, meio de reconhecimento da paternidade. Logo, o magistrado poderá antecipar os efeitos da tutela pretendida, a título de alimentos provisionais, com cognição sumária, via decisão interlocutória, sem que tal ato materialize violação ao artigo 7º da lei n.º 8.560/92.

Por outro lado, nas hipóteses em que sejam fixados com cognição exauriente, via sentença, nos termos do artigo 7º da lei 8.560/92, não se trata de uma forma de antecipação dos efeitos da sentença.

Nessa hipótese, não haverá antecipação quanto ao momento da prestação da tutela pois, a fixação ocorre na própria sentença. Importa dizer, a satisfatividade decorrerá do artigo 520 do CPC, que disciplina os casos em que a sentença, apesar de provisória, produz efeitos imediatos.

É certo, que ambas hipóteses materializam a satisfação do direito, ainda que não haja um pronunciamento judicial "definitivo", o que comprova

que não é o grau de cognição que qualifica a tutela como satisfativa ou não.

No entanto, como dito anteriormente⁷³, a decisão que materializa a tutela antecipada genérica, contida no artigo 273 do Código de Processo Civil, apresenta critérios estruturais diversos em relação a sentença provisória com efeitos imediatos.

Logo, nas ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos provisionais, a fixação da prestação alimentícia, via cognição sumária, caracteriza uma medida tipicamente antecipatória, pois permite a realização (satisfação) do direito material desde logo.

Entretanto, evidenciamos que a tutela sumária satisfativa foi prestada sob o rótulo de cautelar (artigos 852 a 854 do CPC), sendo o veículo para a realização urgente dos direitos, na tentativa de contornar os defeitos do sistema.

A diferença não é abstrata, pois não há que se alegar apenas a proteção ou acautelamento de um direito referido, mas sim a própria realização do direito, onde se opera a satisfatividade, ainda que

⁷³ Vide item 4 (Breves considerações acerca da distinção entre antecipação da tutela e sentença provisória com efeitos imediatos).

ambas apresentem a característica em comum da provisoriedade.

Portanto, diante do critério funcional, poder-se-ia alegar que ambas hipóteses (alimentos provisórios e alimentos provisionais) são aptas a prover, desde logo, o requerente que necessita de alimentos, "satisfazendo" o direito estampado no pedido inicial.

Devido a este fato, não basta a alegação de que os alimentos provisionais, somente por estarem disciplinados no Livro III do Código de Processo Civil, constituem espécie de tutela cautelar.

Desta feita, é necessária, sobretudo, uma visão acerca da possibilidade de realização do direito material encartado na petição inicial. Se esta possibilidade se torna realidade, não podemos olvidar que estamos diante de uma tutela satisfativa.

Esta conclusão decorre, inclusive, do âmbito terminológico, pois, "provisionais" (no sentido de provisão), é, antes de tudo, provimento, ato ou efeito de prover.⁷⁴

⁷⁴ Conforme FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1409. Contudo, no plano jurídico, isto não significa que os alimentos "provisionais" não sejam provisórios, pois podem ser revogados a qualquer tempo. Por outro lado, os alimentos "provisórios" materializam a provisão (no sentido de prover) do requerente, devido a natureza eminentemente satisfativa. Portanto,

Assim, o fato da lei n.º 8.560/92, ter contemplado apenas a "execução imediata", derivada da sentença provisória, por óbvio, via cognição exauriente, contribui muito pouco ou quase nada, para tornar o processo efetivo. Por esta razão, não é apta a agasalhar as necessidades do indivíduo que carece de alimentos de forma célere.

Mas, a análise da temporalidade do surgimento da cogitada norma, importa dizer, antes da generalização da tutela antecipada, além de justificar, até certo ponto, a omissão legislativa, impõe aos operadores do direito uma interpretação adequada à realidade social.

Nesta ótica, podemos concluir que a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, comporta, além da hipótese prevista na lei n.º 8.560/92 (via cognição exauriente), a fixação de alimentos, via decisão, através de cognição sumária.

Desta forma, poderíamos sistematizar a prestação da tutela jurisdicional, nesses casos, da seguinte forma:

ambos são formas de antecipação da tutela: uma de natureza genérica (provisionais - artigo 273 do CPC), outra de natureza específica (provisórios - artigo 4º da lei 5.478/68). Daí resulta a impropriedade do termo "alimentos definitivos".

1 - Antecipação de um dos efeitos da futura sentença declaratória, com cognição sumária em relação a prestação alimentícia, que permitiria ao julgador, com base na prova inequívoca, fixar os alimentos provisionais, no curso do procedimento, como meio adequado à realização do direito material.

Mediante esta forma, o juiz poderá decidir, desde logo, com fulcro no artigo 273 do Código de Processo Civil (tutela antecipatória genérica), tendo em vista a alta probabilidade da existência do direito pleiteado, reservando a ordinariedade para os casos em que a probabilidade da existência ou inexistência do direito que as partes alegam possuir, seja idêntica.

Tal conduta não seria tida como ilegal, já que o juiz não está impedido de fixar alimentos antes de proferir a sentença, vale dizer, o artigo 7º da lei n.º 8.560/92 não contém a locução "somente na sentença", mas sim "sempre que na sentença".

Importa dizer, sendo a sentença procedente, diante da necessidade do investigante, o juiz fixará um determinado valor, a título de alimentos provisionais, a serem pagos desde logo, ainda que a mesma esteja pendente de recurso. Tal fato não o impede de fixar a prestação alimentícia com cognição sumária, com base em prova tida como inequívoca, antecipando um dos efeitos da futura declaração.

Poder-se-ia sustentar que a prova tida como inequívoca pelo julgador incide sobre a relação de parentesco e não sobre os alimentos, mas não se pode olvidar que a prova acerca da existência da relação de parentesco enseja a configuração da autoridade parental, sendo que um dos principais deveres naturais do genitor em relação ao filho menor não emancipado é, sem dúvida, o dever sustento, que por sua vez, é passível de antecipação.

Assim, não há razão que justifique a impossibilidade da antecipação de um dos efeitos (alimentos) decorrentes da futura sentença de declaração, em relação à qual (parentesco) existe prova que permite a afirmação da provável existência do direito material alegado.

Portanto, não se trata de defender a possibilidade de antecipação da própria declaração em si mesma, pois, caso isto fosse possível, nasceria, automaticamente, uma gama de direitos e deveres (o que caracteriza a autoridade parental como um instituto de natureza bifronte), como por exemplo, o direito à averbação no registro de nascimento, a condição de herdeiro, e ainda, o dever de assistência imaterial.

Nesta linha, não convém perder de vista a lição sempre sábia da história, pois o direito romano já admitia a ação de alimentos do filho natural,

sem anterior estabelecimento judicial da relação de paternidade. Efetivamente, lê-se no D. 25, 3, 5, § 8º:

"Se o pai nega que seja seu filho e por isso sustenta não dever alimentá-lo, ou o filho nega que ele seja o pai, convém que os juizes conheçam sumariamente deste caso; e, verificando que aquele era seu filho ou seu pai, então mandarão prestar-lhe alimentos, porém, não o verificando, não decretam alimentos. Mas convém lembrar que, ainda tendo declarado que deve dar alimentos, tal declaração não prejudica a verdade, pois não se declara ser filho, mas que deve dar alimentos."⁷⁵

Por outro lado, como dito, a lei n.º 8.560/92 reflete um avanço em relação à lei n.º 883/49 no que concerne, dentre outros, à questão da legitimidade, devido à proibição da discriminação entre os filhos, insculpida no artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1.988.

Sabe-se, contudo, que o artigo 4º da antiga lei n.º 883/49, em razão da proibição dos filhos tidos como "espúrios" (incestuosos e adulterinos) de investigarem a paternidade (permitida somente aos filhos naturais, nos termos do artigo 5º da cogitada lei), permitia, para efeito de prestação de alimentos, que o

⁷⁵ O precedente, de grande atualidade, foi invocado em erudito voto proferido no Supremo Tribunal Federal por Alfredo Buzaid (ver RTJ,

filho ilegítimo pudesse acionar o pai em segredo de justiça.⁷⁶

Assim, a evolução legislativa ocorreu apenas em relação a legitimidade, sendo que a possibilidade de se fixar alimentos provisionais, antes da declaração da paternidade, portanto, antes da sentença, independentemente da "qualidade" do filho, até certo ponto, restou esquecida pelos operadores do direito.

Em parte isso ocorreu em razão do artigo 7º da lei n.º 8.560/92 se assemelhar (e muito) ao artigo 5º da antiga lei n.º 883/49, mantendo assim, a mesma concepção, ou seja, fixação dos alimentos provisionais via cognição exauriente.

115/1234) *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A tutela... op. cit.*, p. 85.

⁷⁶ "A aplicação da lei n.º 883/49 trouxe uma situação peculiar. É que aos filhos espúrios, na forma do artigo 4º, não se lhes possibilitava a investigação de paternidade, bastando que esta ficasse provada de maneira incidental na própria ação de alimentos. Os filhos naturais que, a princípio, não poderiam sofrer maiores restrições por parte do próprio ordenamento jurídico, acabaram, de certo modo, inferiorizados em relação aos espúrios, pois para que aqueles auferissem o direito aos alimentos, seria necessária a investigação de paternidade, e, após a procedência desta, a atribuição daquele direito (art. 5º). O motivo dessa aparente contradição no tocante à aplicação dos alimentos para os filhos naturais e espúrios estava na impossibilidade de que estes tivessem a sua paternidade determinada, enquanto aqueles poderiam obter o reconhecimento forçado da paternidade. Na prática, todavia, a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos e a ação de alimentos com a paternidade reconhecida de forma incidental tinham os mesmos requisitos, apenas de diferenciando quanto aos seus efeitos. Na primeira, a paternidade e os alimentos seriam estabelecidos, ao passo que, na segunda, a paternidade seria fixada apenas para efeito de alimentos." (FACHIN, Luiz Edson. *Averiguação... op. cit.*, p. 73).

Em outras palavras, a fixação dos alimentos independentemente da declaração da paternidade, que acabava provada de maneira incidental, importa dizer, apenas para fins de alimentos, somente se justificava porque aos filhos espúrios não era reconhecida legitimidade para investigar a paternidade.

Entretanto, a evolução do direito processual não ocorreu apenas em relação ao acesso ao judiciário de um maior número de pessoas, de maneira igualitária, mas também em relação à necessidade de simplificação e racionalização do procedimentos devido, inclusive, ao progresso tecnológico.⁷⁷

Assim, a antecipação de um dos efeitos da futura sentença de declaração da relação de parentesco, especificamente, a fixação dos alimentos provisionais, via cognição sumária, fundada em prova inequívoca, se justifica devido a necessidade de superação dos óbices (tidos como "pontos sensíveis"), que ameaçam a qualidade da prestação jurisdicional.

Logo, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, contribui (e muito) para a utilidade das decisões, possibilitando assim, a efetividade do processo.⁷⁸

⁷⁷ Vide DENTI, Vittorio. Intervento. *La tutela d'urgenza* (Atti del XV Convegno Nazionale, Bari, 4-5 Ottobre 1985) Rimini: Maggioli Editore, 1985, p. 171.

⁷⁸ "A fase instrumentalista, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e

Lembre-se ainda, não se compadecer com a índole da tutela antecipatória a exigência de ficar provada, desde logo, a relação de parentesco e o conseqüente dever de sustento. Nesta, o que importa é a verossimilhança da alegação - embora baseada em prova inequívoca -, com vistas à instante necessidade de prevenção do dano.⁷⁹

Por outro lado, a decisão antecipatória de alimentos não condiciona ou prejudica a questão de estado subjacente à lide alimentar. Mantém-se, contudo, intimamente dependente da futura sentença de mérito, não perdendo o caráter condicional e provisório, sem importar em prejulgamento da relação de parentesco.

passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária. A concretização desse desiderato é algo que depende menos das reformas legislativas (importantes embora), do que da postura mental dos operadores do sistema. É indispensável a consciência de que o processo não é um mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado." (CINTRA. Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 43-45).

⁷⁹ Quem desvia os olhos do procedimento ordinário e passa a se preocupar com a "tutela dos direitos" rompe com a relação entre satisfatividade e coisa julgada material, e mesmo com a ligação entre esta última e a executividade, já que a efetividade da tutela de um direito nada tem a ver com a coisa julgada material. Não é essa que satisfaz, mas sim a tutela jurisdicional, que, para ser efetiva, em alguns casos terá de ser prestada com base em cognição sumária." (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação... op. cit.*, p.54-55)

2 - Alimentos provisionais, fixados na sentença de procedência, com cognição exauriente, sendo deferida após esgotadas as fases do processo de conhecimento com a realização ampla do contraditório, ainda que a sentença esteja pendente de recurso, nos termos do artigo 7º da lei n.º 8.560/92.

Assim ocorre, já que o recurso que porventura seja interposto é recebido apenas no efeito devolutivo, como determina o artigo 520 do CPC, ou seja, o requerido deverá cumprir a ordem, independentemente do seu trânsito em julgado.

Portanto, nesta hipótese, não ocorre a antecipação dos efeitos da sentença, pois o julgador, além de fixar os alimentos provisionais somente na sentença (cognição exauriente), ainda que pendente de recurso, determinará a satisfação do direito, desde logo, em virtude do comando legal.

Importa dizer, o não cumprimento da ordem judicial, fundada em cognição exauriente (mas não "definitiva"), ensejará a chamada "execução provisória" no que concerne ao valor determinado.⁸⁰

⁸⁰ Note-se que, dependendo da amplitude da matéria devolvida à apreciação do Poder Judiciário, a relação de parentesco dar-se-á por "definitiva". Basta pensar, por exemplo, na hipótese de apelação (parcial) que devolva ao tribunal apenas a questão acerca do *quantum* da prestação alimentícia.

Por outro lado, tais hipóteses não se confundem com os alimentos provisórios, definidos pela n.º 5.478/68. Nestes, não há cumulação de pedidos já que o requerente pleiteia apenas a fixação da pensão alimentícia, pois apresenta prova da relação de parentesco, nos termos da legislação vigente.⁸¹

Convém, entretanto, estabelecer a natureza jurídica da decisão que fixa os alimentos provisórios.

Devido a comprovação do parentesco, que já foi objeto de ato jurídico ou cognição anterior, o artigo 4º da lei 5.478/68 determina, de maneira cogente, que o juiz, ao despachar o pedido, fixará desde logo os alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

Como dito, a tutela sumária satisfativa da lei n.º 5.478/68 exhibe feição nitidamente "executiva" na medida em que é concedida apenas a quem disponha de prova da relação de parentesco, devendo o órgão judicial, já no despacho inicial, fixar alimentos sem maiores indagações.

⁸¹ "A confusão entre esses dois tipos de tutela emergencial de alimentos tem conduzido, aliás, a injustiças gritantes, como se a norma restritiva e peculiar da Lei de Alimentos pudesse ser transportada simplesmente a outros contextos diversos, a impedir os alimentos "provisionais" da tutela antecipatória, apenas porque não atendidos os pressupostos específicos da tutela sumária especial." (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A tutela... op. cit.*, p. 85)

Assim, o artigo 4º da lei 5.478/68 é cogente, imperativo, dando ao magistrado uma atribuição impositiva. Portanto, como asseverado, a concessão de alimentos provisórios não depende da discricção do juiz, nem a atuação deste se exerce em juízo de probabilidade.

Logo, o ato de fixação dos alimentos provisórios caracteriza uma atividade de natureza satisfativa que, por óbvio, não se confunde com a satisfação decorrente da sentença impugnada por recurso recebido somente no efeito devolutivo, nos termos do artigo 520 do CPC.

Nesta linha, o ato de fixação dos alimentos provisórios pode ser tido como uma forma de tutela antecipatória específica, pois, ao fixar os alimentos no início da lide, devido a comprovação prévia da relação de parentesco, o julgador estará viabilizando o direito material encartado no pedido inicial.

Porém, nesta hipótese, a cognição do magistrado se limita a verificar a existência da prova preconstituída da relação de parentesco, que não constitui objeto da demanda, mas enseja a fixação dos alimentos provisórios.

Entretanto, cabe ressaltar, que a tutela antecipada genérica comporta revogação a qualquer

tempo, nos termos do parágrafo 4º do artigo 273 do CPC, ao passo que, a fixação de alimentos provisórios permanecerá até o julgamento do recurso extraordinário, podendo ocorrer somente modificação em relação ao valor da prestação alimentícia.⁸²

Assim, diante do quadro, a possibilidade da fixação de alimentos provisionais antecipatórios (portanto, via cognição sumária) nas ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos, merece a atenção dos magistrados, pois materializa uma forma de adequar o direito à realidade social.

Em outras palavras, a fixação dos alimentos provisionais escorados em uma sentença, portanto, com cognição exauriente, nos termos do artigo 7º da lei n.º 8.560/92, bem como, a decisão que fixa os alimentos provisórios, apoiada na comprovação

⁸² Neste ponto, fundamental o magistério do professor Ovídio A. Baptista da Silva, no sentido que "a *res deducta* da ação alimentar tem sua *causa petendi* formada por dois elementos peculiares que a definem: a necessidade em que se encontra o alimentando de obter a prestação de alimentos; e a disponibilidade financeira do demandado, a quem se pede os alimentos. De nada vale ao julgador que concede os chamados "alimentos provisórios" saber, com segurança, da existência da relação jurídica prejudicial de parentesco, se ele, neste momento da causa, nada souber sobre a necessidade do "credor" de alimentos, ou a respeito da disponibilidade financeira do "devedor", capaz de permitir-lhe pagar os alimentos. É certo que a área de controvérsia pode expandir-se quando os alimentos sejam pedidos como provisionais, não havendo ainda prova preconstituída da relação jurídica prejudicial, coisa que, em princípio, não deve acontecer com os alimentos "provisórios" da Lei de Alimentos. Mas a certeza com que o julgador contará a respeito da prejudicial, de modo algum o auxiliará para decidir, a favor do "credor", em relação ao valor da prestação. Quanto a isto, nada ainda ficará demonstrado ao ensejo da concessão liminar de alimentos." (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso... op. cit.*, p. 312).

anterior do parentesco, nos termos do artigo 4º da lei n.º 5.478/68, não são suficientes para solucionar, de maneira célere e eficiente, todas as hipóteses fáticas.⁸³

Feitas essas observações, pode-se concluir que a ação especial de alimentos (provisórios), regulada pela lei n.º 5.478/68, compreende uma forma de tutela antecipada específica, com mandado liminar e possibilidade de satisfação imediata, em face do peculiar interesse de ordem pública que a informa.

Por outro lado, em relação aos alimentos provisionais antecipatórios, incidem os requisitos genéricos da tutela antecipada, insculpidos no artigo 273 do Código de Processo Civil, o que possibilita que esta medida possa ser revogada a qualquer tempo, diferentemente do que ocorre com os alimentos ditos provisórios.

Logo, a decisão que materializa a concessão de alimentos provisionais antecipatórios, justificada no princípio da proporcionalidade e na efetividade do processo, tendo em vista o seu custo-benefício, apresenta-se como um meio adequado a superar os entraves processuais inerentes a ação de investigação

⁸³ Além dessa conclusão, sem perder de vista a perspectiva do direito material, a questão da tutela dos alimentos nos remete à outra reflexão: a tutela dos alimentos apresenta uma natureza reintegratória, ressarcitória ou inibitória? (apesar de não mencionar, expressamente, a tutela dos alimentos vide o pensamento de vanguarda de MARINONI, Luiz Guilherme. Um aprofundamento da questão da tutela dos direitos: tutelas inibitória, reintegratória, do adimplemento e ressarcitória. *Revista de direito processual civil*, Curitiba, v.10, p. 720-727, out./dez., 1998)

de paternidade; já que o tempo é o maior inimigo do juiz.⁸⁴

Portanto, a compreensão desta sistematização permitirá a utilização adequada dos institutos em exame, repercutindo, inclusive, na qualidade da prestação jurisdicional, cuja possibilidade de aferição decorre da exigência de fundamentação, nos termos do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.⁸⁵

⁸⁴ "Aqui está a síntese de tudo. É preciso romper conceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de "alterar o mundo", ou seja, de conduzir as pessoas à "ordem jurídica justa". A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as possibilidades de que dispõe, e não o homem a serviço da sua técnica." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1.993, p. 297)

⁸⁵ Imagine a hipótese em que o julgador concede os alimentos provisionais no curso da ação de investigação de paternidade, fundamentando a decisão nos pressupostos da tutela cautelar, por entender que a prova não é inequívoca. Na verdade, trata-se de medida eminentemente satisfativa. Importa dizer, o magistrado satisfaz, quando tem a noção de que está apenas acautelando. Esta noção equivocada deriva da análise dos alimentos provisionais apenas quanto ao aspecto estrutural, bem como, da noção equivocada acerca do conceito de prova inequívoca. Por outro lado, suponhamos que o julgador indefira o pedido de antecipação da tutela em relação aos alimentos provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade, sob a justificativa de que, apesar da possibilidade de dano irreparável, a prova contida nos autos não é inequívoca, ensejando, quando muito, apenas o *fumus boni juris*. Diante da denegação, o autor pleiteia a concessão dos alimentos provisionais, agora, sob o rótulo de medida cautelar "satisfativa" (uma impropriedade jurídica) e o julgador, "mais seguro", em razão da utilização cotidiana das medidas cautelares, concede os cogitados alimentos provisionais. Ora, a contradição é cristalina, fruto da confusão entre prudência e medo. Assim, "não há dúvida de que não é apenas a prova documental que permite a concessão da tutela antecipatória. A verossimilhança pode ser encontrada através de outras provas, como já foi dito. A verossimilhança a ser exigida pelo juiz, contudo, deve considerar: (i) o valor do bem jurídico ameaçado, (ii) a dificuldade do autor provar a sua alegação, (iii) a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação e (iv) a própria urgência descrita. (MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *A antecipação... op. cit.*, p. 69).

5.6 O MITO DA IRREPETIBILIDADE

Na esfera da obrigação alimentícia, uma das características, segundo a doutrina tradicional, é a irrepetibilidade dos alimentos.⁸⁶

Assim, o mito da irrepetibilidade traduziria, a primeira vista, um bom argumento para se sustentar o perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado, o que impediria a sua concessão, nos termos do artigo 273, § 2º do Código de Processo Civil.

Entretanto, adverte a professora Iara de Toledo Fernandes, tratando de forma generalizada dos alimentos provisionais, que "a magnitude da função jurisdicional não pode ficar ofuscada, desprestigiada em nome do tabu da irrepetibilidade, que, num rigor jurídico, não encontra sustentação, faltante até mesmo, norma definidora da não restituição de valores alimentares pagos indevidamente."⁸⁷

Diante deste fato, conexo com a lei francesa⁸⁸, haverá que ser analisada a possibilidade da

⁸⁶ Vide BRUM, Jander Maurício. *Comentários à Lei de alimentos*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 38-40. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 114-118. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Lei de alimentos comentada*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4-11.

⁸⁷ FERNANDES, Iara de Toledo. *Alimentos... op. cit.*, p. 151.

⁸⁸ "Inovação da reforma, a ação para fins de subsídios, na lei francesa de 1972, permite a todo o filho, em face do qual a filiação ainda não esteja estabelecida, o exercício do direito de reclamar subsídios de quem teve relações sexuais com a sua mãe durante o período legal da concepção. O tema merece ser aqui referido para melhor elucidar a determinação da paternidade nesta análise. A ação para fins de subsídios não é uma ação de investigação de

ocorrência da repetibilidade dos alimentos, diante do enriquecimento indevido que o verdadeiro pai obteve com o pagamento dos alimentos pelo terceiro, reconhecido indevidamente como pai.

"O terceiro, nesta condição, deveria acionar o verdadeiro pai e, estando estabelecida a paternidade, poderia obter a restituição dos pagamentos indevidamente realizados; mas, jamais o dever de restituir recairia sob o beneficiário dos alimentos, pois, a necessidade dos mesmos, de antemão, expressa a inaplicabilidade da restituição."⁸⁹

Além do mais, é cediço que para a concessão da tutela antecipatória, há necessidade da chamada prova inequívoca. No âmbito da relação de parentesco por consangüinidade, em linha reta, em primeiro grau, tal prova poderá ser materializada pelo exame em DNA (decorrente do progresso científico). Esta afirmação, porém, não significa, como dito, que o magistrado somente concederá a antecipação de um dos efeitos da futura sentença declaratória diante de prova documental ou pericial.⁹⁰

paternidade, e isso já diz muito *per se*. Não se trata de estabelecer a paternidade, mas sim de provar a existência de relações das quais teria sido provável advir a paternidade. Mesmo assim (e por isso), exagero falar-se em paternidade alimentar. Essa dimensão seria insustentável, ainda que aparentemente possa se aproximar da paternidade socioafetiva quando diante da ausência de vínculo biológico. No entanto, com a prova que tal ação se contenta, inviável falar-se nesse âmbito em paternidade que se constrói. (FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade... op. cit.*, p. 37-38)

⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Averiguação... op. cit.*, p. 76.

⁹⁰ Assim, a adoção do critério da repetibilidade dos alimentos, devido ao aspecto do enriquecimento indevido que o verdadeiro pai obteve com o pagamento de alimentos pelo terceiro, é fundamental para a superação do "mito da irrepetibilidade", incutindo na mente do julgador a possibilidade de satisfação do direito pretendido,

Assim, a constatação da viabilidade da antecipação da tutela deverá ocorrer no caso concreto, levando-se em consideração o fato de que a relação jurídica processual contempla, nestas hipóteses, um direito fundamental (a vida) em confronto com um bem aferível economicamente.

Tal análise deve partir do pressuposto de que os fatos surpreenderam o direito, já que a certeza não reside mais na atividade do magistrado, cristalizada na sentença produzida após as sossegadas fases do procedimento ordinário, mas sim na célere colaboração da biologia, através de resultados tidos como "exatos".

Logo, aquilo que se obtinha após a atividade cognitiva do julgador, hoje se obtém via processos tecnológicos, informatizados, e ainda assim o direito não consegue superar o ônus do tempo do processo.

ainda que através de cognição sumária e não apenas via cognição exauriente, devido ao fato da sentença, nesses casos, apesar de provisória, produzir efeitos imediatos (art. 520 CPC). Entendimento diverso materializaria um equívoco cristalino, pois, diante da concepção que se construiu acerca da irrepetibilidade, analisada em conjunto com o artigo 7º da lei 8.560/92, poder-se-ia concluir, incoerentemente, que o julgador, via sentença, devido ao grau de cognição, nunca ensejaria o pagamento de alimentos por terceiro que não o verdadeiro pai, o que não é verdade, pois, basta pensar na modificação, via recurso, do conteúdo da prestação jurisdicional no que tange a própria relação de parentesco. Como dito, essa concepção deriva do silogismo sentença = verdade. Em outras palavras, o "mito da irrepetibilidade" contribui, de certa forma, para a neutralidade do julgador. Nesta linha, assevera o professor Luiz Edson Fachin: "no direito francês, já se questiona a real utilidade da ação para fins de subsídios, preponderantemente fundada no desenvolvimento tecnológico que permite o estabelecimento com grau de certeza, extinguindo a noção de paternidade possível que instigou a criação da lei. Todavia, esta perspectiva não ocorre em relação ao Brasil, devido a falta de recursos estatais para a elaboração dos exames de altos gastos, embora precisos." (*Ibidem*, p. 77).

Ora, não admitir tal realidade é negar o inegável, e o que é pior, com base e fundamento em fórmulas menos seguras, construídas há décadas e que têm como suporte um magistrado inerte, descompromissado com a efetividade do processo.

É evidente que o resultado técnico-pericial não é suficiente para vincular o julgador, tendo em vista os princípios do livre convencimento e da persuasão racional que permeiam a atividade do magistrado; mas não admitir a possibilidade da antecipação da tutela, em certos casos, ensejará uma enorme contradição.

Conclui-se, portanto, que em virtude da interpretação restritiva do artigo 7º da lei 8.560/92, a sentença (ainda que pendente de recurso) foi eleita a via "adequada" para materializar a prestação alimentícia nas ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos.

Este fato revela "a influência carneluttiana no sentido de que é a sentença que compõe a lide. A teoria unitária, como se sabe, faz supor a insuficiência das normas de direito material para a composição da lide, a qual somente poderia se dar no pensamento de Carnelutti, através da sentença de cognição plena e exauriente. Nessa perspectiva, como é obvio, as decisões via cognição sumária não seriam aptas a ensejar a satisfação do direito."⁹¹

⁹¹ Apud MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação ... op. cit.*, p. 46.

Portanto, resta aos operadores do direito reconhecer as insuficiências de nossas estruturas, cedendo à realidade sócio-cultural que nos impõe uma interpretação axiológica do ordenamento.⁹²

Por outro lado, o "mito da irrepitibilidade", em regra, não causa dificuldades no âmbito dos alimentos provisórios disciplinados pela lei 5.478/68, já que nessa hipótese a paternidade não é objeto de julgamento, razão pela qual os alimentos são prestados a título de dever de sustento, decorrente da autoridade parental.⁹³

6. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE UM DOS PEDIDOS CUMULADOS

⁹² "Na hipótese dos alimentos provisionais não há efetivamente problema para a concessão da tutela antecipada, de vez que, apesar de existir o entendimento de que não se pode pedir ao beneficiário dos alimentos repetição dos valores pagos, faticamente (ao menos em tese) a situação pode ser revertida ao estado anterior". (BELINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado, *In: Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 241)

⁹³ Entretanto, não se pode perder de vista a possibilidade de interposição da ação contestatória da presunção de paternidade e ação contestatória de paternidade, bem como, a impetração de ação rescisória, nos termos legais. Essa possibilidade enseja uma reflexão: ora, se existe o risco, ainda que num grau menor, de prestar alimentos provisórios e depois constatar que não é o pai biológico, o medo decorrente do "mito da irrepitibilidade" estaria afastado pela própria lei (artigo 4º da lei 5.478/68)! Qual a razão para o julgador não afastá-lo? A respeito do tema vide

Primeiramente, convém ressaltar que o exame em DNA, ainda que instrua a propositura da ação, não materializa, de plano, forma de reconhecimento da relação parental, constituindo prova tida como inequívoca a ser apreciada pelo magistrado no curso da lide.

Caso contrário, ou seja, se fosse suficiente para o reconhecimento da relação parental, o artigo 1º da lei n.º 8.560/92 teria contemplado tal hipótese, o que comprova que o progresso científico ainda não foi absorvido pela lei, exigindo-se a cognição do magistrado para a ratificação do resultado obtido com o exame em DNA.

Aliás, caso ocorra a futura contemplação (pela lei) do exame em DNA com resultado positivo, como meio de constituição da relação parental, não haverá necessidade da propositura de ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, mas somente da ação de alimentos.

Logo, o surgimento de prova tida como irrefutável, aliada à reforma processual que introduziu a antecipação dos efeitos da sentença, fez emergir a possibilidade de se antecipar a tutela dos alimentos provisionais.

Assim, nos resta analisar se a antecipação da tutela em relação a prestação alimentícia, ensejaria a antecipação da tutela quanto ao parentesco, e ainda, se é possível a antecipação em relação a um dos pedidos, no caso em tela, da prestação alimentícia, sem que se tenha deferido o pedido antecedente (relação de parentesco).

Primeiramente, é necessário consignar que esta análise não abrange os alimentos provisórios, onde se postula pedido único.

Assim, no caso em exame, ou seja, ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, a dificuldade resulta, inclusive, do fato de se tratar de pedidos cumulados sucessivos, onde, em tese, o julgador somente poderia apreciar o pedido subsequente (alimentos) após ter deferido o pedido antecedente (paternidade).⁹⁴

cit., p. 67.

⁹⁴ "Na conexão por prejudicialidade impeditiva a causa que deve, lógica e necessariamente, ser decidida antes, torna dispensável ou impossível o conhecimento da posterior. É o caso, p. ex., da relação existente entre a ação de reconhecimento da paternidade e daquelas que normalmente lhe acompanham, como a ação de alimentos ou de petição de herança. Se ao decidir sobre a paternidade, o juiz reconhece que o réu não é pai do autor, então a decisão sobre os alimentos e a partilha da herança não é possível, uma vez que esse direito não assiste ao autor. A declaração de que não existe paternidade elimina a relação de direito material que daria origem ao direito aos alimentos e à herança, não restando ao juiz outra alternativa que não julgar improcedente as ações conexas à investigação." (OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 86)

Entretanto, mesmo que o juiz declare a paternidade, terá de examinar, ainda, a necessidade do investigante diante das possibilidades do genitor, já que não se trata de causas conexas segundo o critério da prejudicialidade determinativa.⁹⁵

Feitas essas observações, cabe analisar a possibilidade da antecipação da tutela em relação a um dos pedidos cumulados, utilizando como argumento o próprio artigo 7º da lei n.º 8.560/92.

A primeira vista, poderia causar estranheza, pois o mencionado dispositivo tem como fundamento a atividade jurisdicional exercida com cognição exauriente, após as sossegadas fases do procedimento ordinário.

Entretanto, como dito, não me parece correto determinar ao magistrado a fixação de alimentos

⁹⁵ A respeito da conexão por prejudicialidade determinativa vide OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão... op. cit.*, p. 86. Porém, este dado nos convida à reflexão: é possível que o magistrado, no curso do procedimento, disponha de prova inequívoca em relação ao parentesco (DNA positivo), mas em relação ao valor da prestação tenha em mãos apenas a "fumaça do bom direito". Assim, caso ocorra a antecipação dos efeitos da sentença, o valor fixado poderá ser insuficiente diante das reais necessidades do investigante. No entanto, ainda que se fixe um valor menor (ou maior) do que o necessário para a manutenção do investigante, não se pode negar que o magistrado estará satisfazendo a pretensão, provendo o necessitado de alimentos provisionais. Em outras palavras, ainda que o valor não seja o ideal, já que ainda depende de instrução probatória em relação as possibilidades do investigado, no tocante ao valor antecipado, haverá satisfação. Isso reforça a tese de que não é o grau de cognição de julgador, tampouco, a natureza da prova, que qualifica a tutela como satisfativa.

provisionais apenas no momento de proferir a sentença.

Esta concepção contém um equívoco que se ressentem o direito processual pátrio, pois a sentença sempre foi tida como sinônimo de verdade, e, em alguns casos, aquilo que era tido como verdade, revelou-se uma "inverdade."

Importa dizer, ao contemplar a ação rescisória, no artigo 485 do CPC, o sistema processual permite, mesmo após a ocorrência do trânsito em julgado, que a sentença seja rescindida, operando-se a constatação de uma inverdade.

Portanto, se a fixação dos alimentos via cognição exauriente, revela uma verdade relativa, o argumento de que o magistrado somente poderá fixar alimentos provisionais, após "exaurir" as fases processuais, não convence.⁹⁶

Ademais, o magistrado não deve se esquecer que a instrumentalidade do processo exige a sua colaboração para a consagração de um processo efetivo, célere.⁹⁷

⁹⁶ Vale a pena reproduzir o pensamento de Ricci: "não estaria propenso a entender o conceito de "verossimilhança" como qualquer coisa menor de um verdadeiro e próprio juízo de "verdade". Os juízos de "verdade", que se conferem às alegações mediante a apreciação das provas, constituem sempre juízos de "verossimilhança" (RICCI, Edoardo F. *A tutela antecipatória... op. cit.*, p. 695).

⁹⁷ Conforme MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação... op. cit.*, p. 86.

Esta concepção coaduna-se, inclusive, com os artigos 125, 130, 330, 335 e 342 do Código de Processo Civil.

Assim, o que dizer quando a lei (artigo 273 do CPC) permite ao julgador, expressamente, a efetivação da antecipação da tutela. Ao que parece, o legislador consignou no diploma processual, regra que já poderia ser observada, com fundamento no mencionado 335 do CPC e, principalmente, no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Por outro lado, devido a natureza jurídica da sentença que reconhece a paternidade, a doutrina ainda impõe alguns obstáculos à concessão dos alimentos, no curso da lide, nas ações de investigação de paternidade, sob a justificativa de que estar-se-ia antecipando a relação de paternidade, pois o investigado somente estaria obrigado a prestar alimentos, a título de dever de sustento, caso fosse o pai.⁹⁸

Nesta hipótese, seria possível a fixação de alimentos provisionais, mediante cognição sumária, ser revogada pelo mesmo julgador, após ter exercido cognição exauriente? Neste caso, haveria a declaração provisória da paternidade? Como seria possível alguém ser pai apenas durante um período e depois deixar de sê-lo?

⁹⁸ Vide SATTI, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Borsói, 1973, p. 174.

A resposta deriva, novamente, da análise do próprio ordenamento jurídico. Nesta linha, ao analisarmos o artigo 7º da lei 8.560/92, verificamos que ao magistrado foi franqueado a fixação de uma verba alimentar, ainda que a sentença esteja pendente de recurso.

Assim, de acordo com o mesmo critério, como seria possível a fixação de alimentos provisionais na sentença provisória, com efeitos imediatos, se existe o risco do tribunal reformar a mencionada sentença, inclusive, quanto a relação de parentesco?

Logo, se o próprio sistema prevê a possibilidade da fixação de alimentos provisionais, com cognição exauriente, nas ações de investigação de paternidade, ainda que a sentença esteja pendente de recurso, não há nenhuma incoerência no fato do juiz fixar os alimentos com cognição sumária, fundada em prova inequívoca, e ainda, em razão de fundado receio de dano irreparável, já que em ambas hipóteses o ato judicial (decisão ou sentença) é provisório.

Vale lembrar, mais uma vez, que o fato do magistrado fixar os alimentos provisionais na sentença (cognição exauriente) não significa juízo de "certeza", ensejador da satisfação do direito, pois não é o grau de cognição que justifica a satisfação do

direito material, mesmo porque, a cognição exauriente (sentença) nem sempre conduz ao juízo de "certeza".⁹⁹

Por esta razão, a cogitada "segurança" não é capaz de afastar a possibilidade de reforma da sentença, ou, até mesmo, a rescisão do julgado.

Tais assertivas, repita-se, devem ser interpretadas em razão do progresso científico que erigiu o exame em DNA, devido a grande margem de certeza, a qualidade de prova inequívoca.

Nesta linha, é óbvio que o magistrado, deve formar a sua convicção com base em outros elementos ou fatos provados nos autos, nos termos do artigo 436 do CPC.

Tem razão de ser, pois se o juiz estivesse vinculado ao laudo pericial, melhor seria erigir o exame em DNA com resultado positivo a condição de materializar, de plano, a relação de parentesco; o que não ocorre.

Mas, desde que o juiz se convença do valor probatório do exame pericial, ensejador, salvo

⁹⁹ Note-se que, se o grau de cognição justificasse a satisfação do direito, a execução imediata da sentença seria a regra, pois, se houve cognição exauriente, ensejadora da "certeza" e "segurança",

raras exceções, de prova irrefutável, nada o impede de antecipar os efeitos da sentença, no que tange ao alimentos provisionais, colaborando para a utilidade prática de suas decisões.¹⁰⁰

Cumprido asseverar ainda que, nos casos de ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos, a antecipação da tutela que ensejar a materialização da prestação pecuniária, necessária à sobrevivência do investigante, não significará a declaração da paternidade, mas apenas a satisfação de um dos efeitos inerentes à futura sentença de declaração.

Assim, a concessão dos alimentos provisionais antecipatórios pressupõe o perigo de dano, decorrente da possibilidade de que falte sustento ao autor até a solução da demanda.

Portanto, ainda que ao pedido declaratório, se acumule um condenatório, que pressupõe o prévio acolhimento do primeiro, como é o caso em tela, ainda assim, será possível a antecipação da tutela do pedido condenatório.

Isto não significará, de forma alguma, a declaração provisória da paternidade, mas

não haveria razão para não satisfazer, desde logo, a pretensão da parte acolhida na sentença.

¹⁰⁰ "É possível antecipar alguns efeitos reflexos da futura declaração, como a concessão de alimentos quando, por exemplo, se instruir a inicial com o exame de DNA." (LOPES, João Batista. A tutela antecipada e o artigo 273 do CPC *In: Aspectos polêmicos da*

apenas a fixação dos alimentos, um dos deveres em relação a complexidade de direitos e deveres que caracterizam a autoridade parental que, por sua vez, serão disciplinados na sentença.

Aqui reside o núcleo da questão, pois, diversamente da hipótese encartada no artigo 7º da lei n.º 8.560/92, o magistrado apenas determinará o pagamento dos alimentos provisionais, já que a cognição é sumária, fundada em prova inequívoca.

Naquela hipótese, o julgador, ao sentenciar acolhendo o pedido do investigante (cognição exauriente), determina o cumprimento de todos os deveres inerentes à autoridade parental, inclusive, os de natureza imaterial. Assim, não ocorre apenas a fixação do dever de sustento que materializa a assistência material, pois o julgador, com a sentença, cumpre e acaba a sua função jurisdicional, nos termos do artigo 463 do Código de Processo Civil.

Assim, quando se tratar das hipóteses do artigo 7º da lei n.º 8560/92, ou seja, fixação dos alimentos provisionais na sentença, é certo que a interposição do recurso de apelação não será hábil a suspender o pagamento da prestação alimentícia, nos termos do artigo 520 do CPC, mas os demais direitos e deveres decorrentes da autoridade parental são suspensos, já que a sentença ainda está pendente de apreciação pelo tribunal.

antecipação da tutela, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 217.)

Importa dizer, o magistrado já terá prestado a tutela jurisdicional, apreciando a totalidade da demanda, só podendo inovar no processo, nos termos do artigo 521 do CPC, pois a sentença, apesar de provisória, produz efeitos imediatos.

Por outro lado, ao antecipar apenas os alimentos provisionais, estar-se-á extraíndo a pretensão executiva inerente ao pedido condenatório que constitui, como dito, apenas um dever em relação à uma complexidade de direitos e deveres que decorrem da comprovação da relação de parentesco.

Em outras palavras, a autoridade parental decorrente da paternidade não se resume à fixação dos alimentos provisionais, e estes, por sua vez, não são capazes, isoladamente, de caracterizar a paternidade.¹⁰¹

Assim, não há que se interpretar a *mens legis* de forma a concluir que o magistrado, ao fixar os alimentos provisionais antecipatórios, estaria acolhendo o pedido anterior (declaração da paternidade).

Portanto, o conceito de que o pedido cumulado sucessivo se caracteriza pelo fato de somente ser apreciado após o deferimento do pedido antecedente, deve ser adequado à realidade processual, de forma que se possa sustentar, para a viabilidade da antecipação da

¹⁰¹ Basta pensar, por exemplo, que o ordenamento contempla a hipótese de se pleitear alimentos provisionais a título de obrigação alimentícia, onde não há dever de sustento, bem como, nos casos em que os litigantes sequer apresentam relação de parentesco como, por exemplo, nas ações de dissolução da sociedade ou do vínculo

tutela, que a probabilidade da existência do direito material (paternidade), devido a prova inequívoca, permite o deferimento do pedido sucessivo (alimentos), de maneira provisória, extraindo-se o efeito executivo (condenatório) decorrente da futura declaração.¹⁰²

Assim, reitera-se, não há razão para aceitar a concessão dos alimentos provisionais cumulados às ações de investigação de paternidade somente na sentença de 1º grau, ainda que pendente de recurso.

Tal incorreção, como dito, deriva do fato de identificar a sentença, fruto da cognição exauriente do julgador, como "verdade", pois já haveria uma declaração positiva quanto a paternidade, o que justificaria a fixação dos alimentos provisionais.

Mas, sabemos que nas hipóteses em que a sentença, por ser provisória, fosse modificada em segundo grau, poder-se-ia dizer, utilizando o mesmo argumento, que o requerido foi pai durante um período, compreendido entre a sentença de 1º grau e o acórdão do tribunal.

conjugal, e ainda, nos casos de responsabilidade civil, nos termos do artigo 1537 do Código Civil.

¹⁰² O professor Marinoni ilustra outro exemplo: "seria viável, no caso de uma ação de resolução de contrato cumulada com reintegração de posse, a antecipação do efeito executivo que abre oportunidade para a reintegração imediata? Para a execução imediata da reintegração basta a probabilidade do êxito da demanda constitutiva, já que o fim visado pelo autor, neste caso, é o de obter um resultado que pressupõe a desconstituição. A valoração, em termos de probabilidade, do êxito da demanda constitutiva sempre admite a antecipação do efeito executivo ou do efeito mandamental próprio da demanda cumulada." (MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela antecipatória nas ações declaratórias e constitutiva*, In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 276-277)

Portanto, aqueles que temem a antecipação dos alimentos provisionais (via cognição sumária) nas ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos, baseados no argumento de que isto importaria a declaração da paternidade, que poderá, posteriormente, ser rechaçada pela sentença, também têm que temer a concessão de alimentos provisionais nos termos do artigo 7º da lei n.º 8.560/92 (via cognição exauriente), em razão das possibilidades expostas.

Na verdade, há maior preocupação na segunda hipótese, já que a modificação do conteúdo da sentença será proporcionada via apelação, julgada após um lapso temporal maior do que na primeira hipótese.¹⁰³

Esta conclusão decorre do fato da condenação em alimentos caracterizar uma sentença provisória com efeitos imediatos, já que a apelação será recebida somente no efeito devolutivo, nos termos do artigo 520, inciso II do Código de Processo Civil.

Na primeira hipótese (concessão mediante tutela antecipatória, portanto, decisão), o agravante, devido aos seus argumentos, poderá levar o julgador a reformar a sua decisão, nos termos do artigo 529 do CPC, ou obter um efeito suspensivo ao recurso com fulcro no artigo 527, II do mesmo diploma legal.¹⁰⁴

¹⁰³ Neste ponto, cabe ressaltar que não seria possível a efetivação do juízo de retratação do julgador, já que a situação não se amolda ao artigo 296 do Código de Processo Civil. Em outras palavras, ainda que se demonstre o equívoco, o juiz singular nada poderá fazer.

¹⁰⁴ Vale lembrar, porém, que é possível, em tese, obter efeito suspensivo à sentença que fixou os alimentos provisionais, nos termos do artigo 558, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Além disso, neste âmbito, a evolução tecnológica suplantou os demais meios de prova, possibilitando obter, ainda no curso do procedimento, a conclusão tida como "verdadeira", o que gera, como principal consequência, a possibilidade de se antecipar um dos efeitos da futura declaração.

Portanto, ao constatarmos que o ordenamento prevê apenas a fixação dos alimentos provisionais na sentença de procedência (cognição exauriente), bem como, dos alimentos provisórios quando já houver a "certeza" da relação de parentesco, obtida através de um ato voluntário do genitor (reconhecimento) ou através de uma cognição exauriente anterior (declaração da paternidade, via reconhecimento forçado), verificamos que o legislador não atentou para esses fatos.¹⁰⁵

Na verdade, o artigo 273 do CPC, no caso em tela, regulou as concessões que já se efetivavam, antes de sua entrada em vigor. No entanto, essas raras hipóteses, foram fundamentadas no processo cautelar, sob o rótulo (equivocado) de "medida cautelar satisfativa".

Logo, evidente a possibilidade de antecipação da tutela quanto aos alimentos pleiteados cumulativamente à ação de investigação de paternidade. Nesta hipótese, o limite do julgador, ao apreciar o

¹⁰⁵ Entretanto, não podemos olvidar que a lei n.º 5.478/68 e a lei n.º 8.560/92 são anteriores à lei n.º 8.952/94, importa dizer, o contexto jurídico era diverso do atual, mas, indubitavelmente, o contexto social reclamava uma conduta legislativa diversa, já que a efetividade do processo constitui um anseio não apenas dos "consumidores da justiça", mas do próprio Estado.

pedido, será a avaliação dos requisitos legais contidos no artigo 273 do Código de Processo Civil.

A par desta análise, como aludido, o julgador deverá levar em conta o princípio da proporcionalidade, pois estará diante de um direito de natureza extrapatrimonial do investigante (direito à vida) em face de um dever de cunho patrimonial, ainda que provisório, mas calcado em prova inequívoca, do investigado.

6.1 A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS E CONSTITUTIVAS

“Em todo o processo de conhecimento, o órgão judicial procede a juízo declarativo sobre a existência ou inexistência do direito subjetivo debatido nos autos. Em alguns casos a atividade judicial se limita a essa declaração e a sentença então se diz meramente declaratória; em outros, o julgamento ultrapassa o plano da declaração para impor uma prestação à parte (sentença condenatória) ou para alterar a situação jurídica material existente entre os litigantes (sentença constitutiva).

As sentenças declaratórias e constitutivas exaurem, em si, toda a prestação jurisdicional esperada do juiz. Já as condenatórias encerram atividade cognitiva, mas deixam ainda pendente de realização a prestação imputada ao vencido, a qual,

se necessário, será objeto de outro processo - o de execução."¹⁰⁶

Como não há, nos termos do artigo 584, I do CPC, execução de sentença declaratória ou constitutiva, há quem negue cabimento da antecipação da tutela em relação a esses tipos de provimento, restringindo a aplicação do artigo 273 do Código de Processo Civil tão apenas aos procedimentos tendentes à obtenção da sentença condenatória, únicos que ensejariam a execução forçada.

Nesse sentido, J. E. Frias entende que, "como a sentença de cunho meramente declaratório não admite execução, porque o autor se contenta com o mero acertamento do direito litigioso, claro que quando o pedido tiver sido de tal espécie, não tem cabimento pretensão antecipatória."¹⁰⁷

Nesta linha, a declaração ou a constituição de uma nova situação jurídica poderiam ser obtidas apenas pela sentença "definitiva" de mérito, após cognição completa e exauriente, não havendo como antecipar (provisoriamente) o puro efeito declaratório ou constitutivo.

Há, porém, que se fazer a distinção entre a declaração e a constituição e os efeitos práticos que decorrem da declaração e da constituição de uma situação jurídica. Se a declaração e a constituição,

¹⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação da tutela em ações declaratórias e constitutivas. *op. cit.*, p. 710-719.

¹⁰⁷ FRIAS, J. E. S. Tutela antecipada em face da Fazenda Pública. *Revista dos tribunais*. São Paulo v. 728, p. 72-77, jun./1996.

em si mesmas, não correm risco de dano pela demora do processo, o mesmo não se pode dizer em relação aos efeitos práticos que o titular da pretensão tem em mira alcançar com apoio no provimento judicial.¹⁰⁸

A antecipação de tutela, muito embora faculte atos executivos à parte, antes da sentença, não o faz somente para compreender providências que seriam tecnicamente objeto de futuro processo de execução forçada. Qualquer tipo de processo de conhecimento pode ter a eficácia de sua sentença sob risco de encontrar um direito subjetivo material sem condições de atuar praticamente.¹⁰⁹

“É possível, portanto, pretender algum tipo de medida satisfativa que afaste o perigo não de eficácia executiva da sentença, mas de efetividade dela perante o direito substancial do litigante, que já terá perdido toda capacidade de atuar em concreto pela supressão total ou profunda de seu suporte fático, enquanto se aguardava a sentença declaratória ou constitutiva.”¹¹⁰

Por outro lado, os que se recusam a admitir a tutela antecipatória em ação declaratória

¹⁰⁸ A propósito, adverte Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “nada impede que, para evitar o dano, possa o órgão judicial adotar providências de ordem mandamental, se convencido da verossimilhança do direito constitutivo alegado pelo autor. Exemplo típico tem-se na constituição sentencial da servidão de passagem, que, embora não possa ser antecipada, não impede o órgão judicial de ordenar a passagem ou desfazimento da obstrução à luz, para prevenir o dano” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Alcance e natureza da tutela antecipatória, In: *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 113)

¹⁰⁹ Vide TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d’urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983, p. 258.

argumentam com a impossibilidade lógica de estabelecer-se a certeza em caráter provisório. Para eles a certeza ou existe ou não existe. E se existe, somente pode ser definitiva.

Além disso, a declaração de certeza seria sempre possível, em qualquer tempo, não havendo propriamente um risco de impossibilitar-se tal tipo de provimento principal. O mesmo aconteceria com o provimento constitutivo, que independe de execução, e não corre risco de frustração pela demora do processo, dispensando, por isso mesmo, a antecipação da tutela.¹¹¹

Entretanto, a lógica do direito não é a formal, mas a do razoável. Essa lógica se inspira na busca do justo, revelando-se, por isso deontológica ou pragmática-dialética. "Pragmática porque visa resultados, e a validade do discurso vai ser aferida por sua maior ou menor eficiência. E é dialética à medida

¹¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação da tutela em ações declaratórias e constitutivas. *op. cit.*, p. 714.

¹¹¹ "O procedimento ordinário, ao não permitir ao juiz, através de liminar, qualquer interferência no conflito de interesses, não só mantém a postura da "neutralidade" que era esperada do magistrado como, também, faz valer a hipótese de que o juiz não pode julgar com base em verossimilhança. O julgamento com base em verossimilhança era incompatível com um julgador que se esperava "neutro", o que evidencia uma nítida relação entre "busca da verdade" e neutralidade. É fácil perceber, portanto, que os juízos de verossimilhança eram temidos exatamente à medida que abriam margem ao "subjetivismo" do julgador. A impossibilidade de uma verdadeira execução anterior à declaração definitiva parte da premissa de que não é possível execução sem encontro da verdade. Parte-se da idéia de que o juiz, ao final do processo, porque o contraditório já se desenvolveu, julga com base na verdade. Se erro houver, esse é provocado pela parte, que não trouxe aos autos as provas necessárias à elucidação da matéria fática. Imagina-se que o juiz, mantendo-se inerte, não prejudica ninguém, e certamente estará iluminado pela verdade quando proferir a sentença, já que a verdade no processo civil seria a verdade resultante da realização plena e integral do princípio do contraditório." (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação... op. cit.*, p. 49-50). Vide VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile* (parte generale). Napoli: Jovene, 1988, p. 39.

que o raciocínio é argumentativo, pesando e selecionando argumentos a favor das diversas soluções possíveis.”¹¹²

E, como já se expôs, a antecipação de tutela não se exaure na garantia da sentença de mérito. Vai mais além para se preocupar com a plena efetividade da prestação jurisdicional e, nesse plano, cogita não só de efeito imediato decorrente da futura declaração e constituição de direitos subjetivos materiais, como procura garantir ao respectivo titular o reconhecimento de situação jurídica que lhe seja dinamicamente útil.

Além disso, “a análise da tutela antecipatória em face das ações declaratória e constitutiva deve considerar, além dos pontos da antecipação das eficácias declaratória e constitutiva, as questões da cumulação de pedidos e da necessidade de se tutelar, em face do fundado receio de dano, um direito que dependa de uma sentença declaratória ou de uma sentença constitutiva.”¹¹³

Assim, eis o magistério insuperável de Kazuo Watanabe:

“O *caput* do artigo 273 do CPC alude à antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”. A expressão “pedido inicial” é abrangente, também, da reconvenção e do pedido formulado em ação dúplice. Mas, em alguns tipos de ação, principalmente nos provimentos constitutivos e declaratórios, deverá o juiz, em linha de princípio,

¹¹² SCHNAID, David. A interpretação jurídica constitucional e legal. *Revista dos Tribunais*. V. 733, p. 39-45, nov./1996.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela... op. cit.*, p. 277.

limitar-se a antecipar alguns efeitos que correspondam a esses provimentos, e não o próprio provimento.

Em relação à ação declaratória, a utilidade está, precisamente, na certeza jurídica a ser alcançada com a sentença transitada em julgado. Antes do seu julgamento, porém, a parte poderá ter interesse em obter os efeitos práticos que correspondam à certeza jurídica a ser alcançada com o provimento declaratório.

Isto ocorre, principalmente, em relação àquelas ações declaratórias que tenham repercussões práticas, como a ação declaratória de paternidade em relação aos alimentos, ou que contenha alguma carga constitutiva, como a de desfazimento da eficácia de um ato nulo, ou a sua propriedade de, apesar de nulo, produzir alguns efeitos."¹¹⁴

Por outro lado, embora as sentenças constitutivas não ensejam (porque dispensam) a prática de atos de execução, a simples vedação à execução "definitiva" não impede que se antecipem efeitos da sentença constitutiva.¹¹⁵

¹¹⁴ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, *In: Reforma do Código de Processo Civil*, Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 35. Neste ponto, Edoardo F. Ricci é enfático: "o artigo 273 do Código de Processo Civil não contém qualquer limitação, dando a impressão de uma tutela antecipatória de caráter geral. Em primeiro lugar, não parece que a tutela antecipada seja prevista para alguns direitos e não para outros. Em segundo lugar, a norma não coloca qualquer obstáculo textual a uma possível antecipação de todos os efeitos da sentença, compreendendo inclusive os declaratórios e constitutivos." (RICCI, Edoardo F. *A tutela...* *op. cit.*, p. 697)

¹¹⁵ Conforme YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação de tutela específica nas Obrigações de Declaração de Vontade no Sistema do CPC", *In: Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 171-180.

Portanto, é possível extrair consequências condenatórias de um provimento que supõe a probabilidade da procedência de uma demanda declaratória ou de uma demanda constitutiva.¹¹⁶

Assim, o que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura postulada como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos da futura sentença de procedência, assim entendidos os efeitos que a futura sentença tem aptidão para produzir no plano empírico.

Efeitos executivos podem ser identificados não apenas nas sentenças condenatórias, mas também nas constitutivas e mesmo nas declaratórias.

Como enfatizou Pontes de Miranda, "não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva." E, referindo-se especificamente à primeira: "a ação somente é declaratória porque a sua eficácia maior é a de declarar. Ação declaratória é ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute."¹¹⁷

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco observou que "o ato concessivo da tutela pode

¹¹⁶ TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti... op. cit.*, p. 257.

¹¹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado... op. cit.*, p. 124.

ter natureza constitutiva, antecipando situações novas desejadas pelo demandante.”¹¹⁸

Portanto, têm-se admitido a antecipação dos efeitos executivos da futura sentença de procedência, ainda que se trate de ação declaratória ou constitutiva.¹¹⁹

6.2 A DISCUSSÃO ACERCA DA UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA: BREVE ANÁLISE

Apesar das razões até aqui expostas, já se decidiu acerca do cabimento de mandado de segurança contra decisão que, liminarmente, concede alimentos provisionais nas ações de investigação de

¹¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma...* op. cit., p. 144. No mesmo sentido pronunciaram-se JÚNIOR, Nelson Nery. *Atualidades...* op. cit., p. 73. SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1.996, p, 10.

¹¹⁹ “A análise precedente autoriza-nos a concluir que o campo de incidência das liminares antecipatórias previstas pelo artigo 273, em sua nova redação, coincide com os efeitos - nunca com o conteúdo - de qualquer uma dessas três ações (declaratórias, constitutivas e condenatórias) que se caracterizam por sua natureza de efeitos práticos, não normativos, o que corresponde a afirmar que os efeitos que poderão ser antecipados serão sempre, e exclusivamente, os efeitos executivos e mandamentais, já que, como acabamos de ver, os efeitos normativos da sentença (declarar e constituir) não podem ser (provisoriamente) antecipados. Sendo um juízo provisório, tomado com base em prova precária e insuficiente, essa porção declaratória da decisão liminar sustenta-se num juízo de plausibilidade da existência do direito alegado pelo autor. Este juízo declaratório, enquanto declaração provisória, seria inútil se ao juiz não fosse dado extrair dele alguma consequência capaz de operar praticamente, traduzindo-se como efeito executivo ou mandamental. Temos então que o efeito declaratório que, em si mesmo, enquanto declaração, seria inoperante, passa a sustentar a ordem que consubstancia o efeito executivo ou mandamental. Assim, é possível antecipar estes efeitos, apoiando-se em um juízo de verossimilhança do direito alegado pelo autor.” (SILVA, Ovídio A. Baptista. *A Antecipação da tutela na recente reforma processual*, In: *Reforma do Código de Processo Civil*,

paternidade, sendo possível a fixação, segundo a motivação do acórdão, somente na sentença.¹²⁰

Verificou-se, na verdade, a ocorrência de uma confusão terminológica, já que o julgado parte do princípio que o juiz "somente" poderá fixar os alimentos provisionais na sentença, sendo que o artigo 7º da lei n.º 8.560/92 utiliza a expressão "sempre" que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

Entretanto, a utilização do mandado de segurança visaria reformar a decisão, evitando assim, a possibilidade de prisão civil do devedor inadimplente (de forma voluntária e inescusável), já que o direito à liberdade, por constituir uma garantia fundamental, não poderia ser mitigado por uma atividade jurisdicional baseada em cognição sumária, portanto, provisória.¹²¹

Nesta linha, o deferimento liminar do mandado de segurança evitaria a prisão do investigado, bem como, impediria o investigador de auferir, desde logo, os alimentos provisionais.

Nessa hipótese, devido as delongas do procedimento ordinário, a sentença será proferida posteriormente. Sendo procedente, declarará a relação

Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 129)

¹²⁰ Vide RJTJERGS 146/157

¹²¹ É certo que a parte poderá agravar da decisão e solicitar a concessão do efeito suspensivo, nos termos do artigo 527, II do CPC, já que a situação fática se amolda as hipóteses contempladas pelo artigo 558 do CPC. No entanto, ao optar pelo mandado de segurança, o

de parentesco ensejando a aplicação do artigo 7º da lei n.º 8.560/92, podendo determinar, inclusive, que os alimentos serão devidos a partir da citação, aplicando analogamente a regra do artigo 13 § 2º da lei n.º 5.478/68, visando evitar discriminação entre os filhos.¹²²

Desde que se parta do princípio de que o investigado, declarado em 1ª instância como sendo o pai do requerente, não cumpra a ordem judicial, estará sujeito à prisão civil.

Vale lembrar, porém, que o investigante já poderia estar auferindo os alimentos provisionais desde a data da concessão da decisão que, posteriormente, foi revogada por uma suposta ilegalidade, que na verdade não existe.

Logo, a possibilidade do devedor ser compelido a pagar os alimentos em virtude da sentença de procedência (provisória, mas com efeitos imediatos) sob pena de prisão, retrata a mesma consequência da decisão anteriormente concedida.¹²³

cerne da discussão passa a ser a legalidade ou ilegalidade da decisão judicial.

¹²² Como dito, determinar que os alimentos provisionais retroagem à data da citação vale muito pouco ou quase nada, pois o que importa é a satisfatividade que poderia ter ocorrido desde a antecipação dos efeitos executivos decorrentes da futura sentença de declaração.

¹²³ Indubitavelmente, o que importa é a satisfação do direito do investigante e não a prisão civil do investigado. No entanto, "não sendo crível a imprudência ou a inadmissibilidade da pretensão creditícia, garantida a ampla defesa ao alimentante (art. 5º, LV da CF/88), no prazo de 3 dias previsto no artigo 733, *caput*, do CPC, o mecanismo se mostra apto à efetivação do crédito. E outra vez a experiência indica que o executado, salvo raras exceções, não possui razão plausível e relevante para retardar o adimplemento da prestação, escudando-se em ódio vil e em acintosa obstinação. A preterição do meio executório da coação, a favor da expropriação de quaisquer bens, contraria a ordem sadia e indiscutível estampada nos

Importa dizer, o investigado que já poderia estar pagando alimentos provisionais, retardou o pagamento da quantia devida, bem como, evitou a possibilidade de prisão, e agora, mesmo sem ter pago nenhuma prestação, poderá suportar a mesma consequência.

Note-se que o requerido ainda não foi penalizado e poderá sê-lo da mesma forma, o que nos permite dizer que a sua situação não se agravou, ao contrário.

Por outro lado, o reconhecido que necessitava (e necessita) de alimentos, continua carente e sem ter o seu direito satisfeito.

Ora, apesar do grau de cognição ser diverso, a prestação da tutela jurisdicional continua sendo provisória. Logo, a possibilidade de reforma da prestação jurisdicional ainda persiste, apesar da cognição do juiz singular ter exaurido. Assim, sob este argumento, não é justificável que se sacrifique um direito provável do requerente em face de um direito improvável do requerido.

Portanto, o critério pretoriano segundo o qual "somente" a cognição exauriente justifica a possibilidade de incidência da prisão civil não é adequado à realidade social, podendo, inclusive,

artigos 16, 17 e 18 da lei n.º 5.478/68, Ademais, é exegese que colide frontalmente com as características da obrigação alimentar, com a urgência de que se reveste o crédito de alimentos, com a relevância social do tema, com o significado humano que impregna o assunto." (ASSIS, Arakem de. *Da execução de alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 140-141)

favorecer o réu em detrimento do autor que tem direito à adequada prestação da tutela jurisdicional.¹²⁴

7. O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE DE UM DOS PEDIDOS CUMULADOS. POSSIBILIDADE OU IMPOSSIBILIDADE ?

Apesar do tema contemplar a antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade, a análise do julgamento antecipado da lide de um dos pedidos cumulados revela-se oportuna por contribuir, na medida do possível, para a efetividade do processo.

Nesta linha, "antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil não era possível a cisão do julgamento de pedidos cumulados ou o julgamento antecipado de parcela do pedido, prevalecendo o princípio Chiovendiano *della unità e unicita della decisione*.

Este princípio, elaborado há muito, não se concilia com a atual leitura de outros princípios igualmente formulados por Chiovenda, especialmente com o princípio de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão.

¹²⁴ Aliás, o artigo 733 do CPC faz menção expressa a possibilidade de prisão do devedor em virtude do não pagamento dos alimentos "provisionais", e estes, não são fixados apenas via cognição exauriente.

Se um dos pedidos apresentados pelo autor está maduro para o julgamento, seja porque diz respeito apenas a matéria de direito, seja porque independe de instrução dilatatória, a necessidade, cada vez mais premente, de uma prestação jurisdicional célere e efetiva justifica a quebra do velho princípio da *della unità e unicita della decisione*.¹²⁵

O julgamento antecipado da lide de um dos pedidos cumulados, antecipa o momento (compreendido este momento como o final do processo) do julgamento do pedido. Antecipa-se o momento do julgamento, mas não se julga com base em probabilidade ou cognição sumária.

O juiz somente pode julgar antecipadamente um dos pedidos cumulados quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova além da documental.

Nesta hipótese, o provimento jurisdicional não é fundado em cognição sumária, mas sim em cognição exauriente. Assim, se é possível a realização antecipada de um direito que se afigura apenas provável, seria uma gritante contradição não admitir o julgamento antecipado de um dos pedidos, mediante cognição exauriente.

Na hipótese de julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados, não há razão para se temer

¹²⁵ Apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória... op. cit.*, p. 146.

a irreversibilidade, pois, como dito, o julgamento é feito com base em cognição exauriente e não sumária.

Nesta linha, a existência nos autos, desde logo, de prova inequívoca, como por exemplo, o exame pericial em DNA com resultado positivo, poderá ensejar, com base no artigo 330 I do CPC, o julgamento antecipado da relação de parentesco, reservando a ordinaryidade à determinação do valor da pensão alimentícia.

Caso também exista prova inequívoca (ou consenso) em relação à determinação do valor da prestação alimentícia, o julgador poderá proferir julgamento antecipado dos pedidos cumulados e não de apenas um.

Entretanto, na hipótese de julgamento antecipado apenas do pedido acerca da relação de parentesco, haverá necessidade da fixação, desde logo, dos alimentos provisionais, ainda que seja necessário reservar o *quantum* da prestação para a discussão com contraditório amplo.

Caso não ocorra a fixação dos alimentos provisionais, em analogia ao artigo 7º da lei n.º 8.560/92, a utilidade prática do julgamento antecipado da lide em relação ao primeiro pedido, incidirá apenas em relação aos demais direitos e deveres inerentes à autoridade parental, pois o autor permanecerá carente de uma determinada quantia para o seu próprio sustento, caso necessite.

Convém ressaltar, porém, que apesar do julgamento antecipado de um dos pedidos ter sido efetivado via cognição exauriente, o provimento jurisdicional não caracterizará uma sentença, mas sim uma decisão interlocutória.

Isto ocorre, pois, o julgador ainda não cumpriu a função jurisdicional no seu todo, restando o julgamento do outro pedido cumulado. Além disso, o provimento jurisdicional proferido, portanto, não é apto a por fim ao processo, nos termos do artigo 162 § 2º do Código de Processo Civil.

Por sua vez, o pedido subsequente, no que tange a determinação do valor permanecerá, agora, como único objeto do procedimento.

Portanto, tal provimento, apesar de ser fruto de cognição exauriente, não se identifica com àquele previsto no artigo 7º da lei 8.560/92, pois no julgamento antecipado da lide de um dos pedidos cumulados tal ato se apresenta, como afirmado, via decisão interlocutória e não via sentença, como ocorre na lei especial.

Além disso, nesta hipótese só é julgado um dos pedidos cumulados, ao passo que nos termos da cogitada lei, o magistrado cumpre e acaba a sua função jurisdicional, razão pela qual, os recursos também são diversos.

Outra característica diferenciadora reside no fato de que, com base na mencionada lei

esparça, o juiz determina o *quantum* da prestação com base em cognição exauriente, ao passo que no julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados, a fixação do *quantum* da prestação deriva de cognição sumária.

Por outro lado, em relação a argumentação de cerceamento de defesa, comum nas hipóteses de julgamento antecipado da lide, o magistrado deverá aferir, no caso concreto, diante da existência do exame pericial positivo nos autos, a necessidade de produção de prova oral.

A análise deste fato poderá conduzir o julgador a assumir uma outra postura, importa dizer, conceder alimentos provisionais antecipatórios, com base em cognição sumária, fundada em prova inequívoca.

Logo, em razão da incidência da antecipação da tutela, sem abrir margem a discussão acerca da ocorrência de cerceamento de defesa, bem como, da natureza do provimento jurisdicional e os efeitos que dele possa advir (coisa julgada), e ainda, acerca da necessária adequação recursal, o procedimento seguirá o seu curso, com a oportunidade de produção de prova oral.¹²⁶

¹²⁶ Note-se, todavia, que o professor Marinoni é enfático: "A revogação da tutela, assim, somente tem cabimento quando o direito ainda não foi declarado. No caso de tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados há juízo de cognição exauriente; a ela não se aplica, portanto, o § 4º do artigo 273. Na verdade, a referida norma deve ser lida da seguinte forma: *a tutela antecipada, quando fundada em cognição sumária, poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada*. Se a tutela não é provisória, também não há motivo para a incidência do disposto nos incs. II e III do artigo 588. Aliás, o § 3º do art. 273 é claro ao afirmar que a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incs. II e III do art. 588. Perceba-se, porém, que o relator pode receber o recurso de agravo no efeito

Assim, em razão da natureza da antecipação dos efeitos da tutela pretendida, ainda que o autor proponha a ação com a prova pericial instruindo a inicial, fato que (em tese) possibilitaria o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados, ainda assim o magistrado poderá optar pela concessão da antecipação de um dos efeitos da futura declaração, inclusive, *initio litis*.

Esta possibilidade, em alguns casos, revelar-se-á fundamental. Imaginemos o seguinte exemplo:

É proposta uma ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, sendo que a petição inicial é distribuída acompanhada do exame pericial positivo (DNA) ou este é anexado antes da decisão de saneamento, devido a concordância do suposto pai em se submeter à perícia.

Diante da natureza da prova, o magistrado, na fase intermédia de ordenamento do processo, julga antecipadamente a lide em relação a um dos pedidos cumulados, com fulcro no artigo 330 I do CPC, fixando, via cognição sumária, o dever de sustento. Em relação à determinação do valor da pensão, determina o prosseguimento do feito.

O requerido, tempestivamente, agrava a decisão interlocutória, fruto de cognição exauriente

suspensivo, nos termos do artigo 558 do CPC. A tutela antecipatória, nos casos ora estudados, não precisa ser confirmada pela sentença e conserva sua eficácia mesmo após a extinção do processo. O processo prossegue, após a tutela antecipatória, apenas para averiguar a existência do direito que não foi definido." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória... op. cit.*, p. 169)

em relação ao parentesco, aduzindo, dentre outros, o fato de que é impossível ser o pai da criança, pois, no período da concepção, estava no exterior. Para tanto, anexa documentos comprobatórios.

O tribunal não concede provimento ao recurso de agravo, por unanimidade de votos. A questão, portanto, apesar de não ter sido disciplinada por uma sentença, se tornaria "imutável" em relação ao parentesco.

Entretanto, a genitora do requerente admite, posteriormente, ainda que perante o julgador, ter obtido o laudo positivo de maneira fraudulenta. O requerido, diante da falsidade do laudo, tenta vislumbrar uma medida judicial, mas não é possível rediscutir a questão via recurso.

Importa dizer, o requerido "deverá", o mais rápido possível, firmar um acordo em relação ao valor da pensão. Tal acordo, após a devida homologação por sentença não deverá ser atacado por apelação, pois este recurso não poderá abarcar a matéria inerente a relação de parentesco, já decidida pelo tribunal quando do julgamento do agravo que atacou a cogitada decisão com cognição exauriente.

Assim, restará ao requerido a possibilidade de discutir a questão via ação rescisória, com pedido de antecipação da tutela *initio litis*, diante

da prova inequívoca da falsidade, mesmo porque estará prestando alimentos.¹²⁷

Além disso, em razão da situação, terá que convencer o tribunal, já que a ação rescisória (na literalidade do artigo 485 do CPC) visa rescindir sentença de mérito e, como dito, a relação de parentesco não foi decidida por sentença de mérito, mas sim por decisão interlocutória.

Portanto, se o julgador, diante da prova inequívoca, tivesse antecipado a tutela no que tange aos alimentos provisionais, via cognição sumária, seria possível a revogação da medida, devido a provisoriedade.

Por outro lado, em situação diversa, a problemática revela-se, aparentemente, mais amena, senão vejamos:

Ocorrendo o reconhecimento voluntário da paternidade no curso do procedimento, mas não havendo acordo em relação ao *quantum* dos alimentos provisionais, o magistrado poderia julgar antecipadamente um dos pedidos, reservando a instrução para a determinação do valor da prestação alimentícia.

¹²⁷ É necessário observar que este exemplo não retira a importância do tema, bem como, o valor das construções doutrinárias acerca do assunto, pois, esse "risco" também existe em relação a sentença transitada em julgado, independentemente do momento do julgamento da lide (antecipado ou não). Acerca da possibilidade de antecipação da tutela em ação rescisória vide ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 179-188.

Nesta hipótese, a posterior alegação de cerceamento de defesa não seria coerente, já que o requerido reconheceu a paternidade voluntariamente.

Entretanto, nos termos do artigo 1º da lei n.º 8.560/92, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito (*caput*), dentre outras formas, por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido objeto único e principal do ato que o contém (inciso IV).

Importa dizer, o julgador não estará diante de uma prova inequívoca, que materializa um dos requisitos para a antecipação da tutela, mas sim de um ato de reconhecimento (expresso) da relação de parentesco que enseja, desde logo, o próprio julgamento da lide no que tange a ação de investigação de paternidade.¹²⁸

Quanto a necessidade de fixação dos alimentos provisionais, como decorrência da autoridade parental, o magistrado poderá determinar um valor suficiente para a manutenção do requerente, reservando a ordinary e a possibilidade de produção de prova oral para o julgamento da causa em relação ao *quantum* da prestação alimentícia.¹²⁹

¹²⁸ Tanto é verdade, que, nas hipóteses de pedido único (investigação de paternidade) o reconhecimento, ainda que não haja sido objeto único e principal do ato que o contém, enseja a extinção do processo com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, II do Código de Processo Civil.

¹²⁹ Nesse caso, a questão acerca da possibilidade de cerceamento do direito de defesa, no que concerne a relação de parentesco, restaria esvaziada. No entanto, permaneceria a discussão acerca da natureza do ato judicial, os efeitos que dele decorrem e a abrangência do recurso a ser utilizado. Poder-se-ia evitar tais digressões através

Feita esta observação, ainda que se admita o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados, a fixação dos alimentos deverá ser efetivada a título de alimentos provisionais e não provisórios.

Assim ocorre, pois a finalidade do artigo 4º da lei n.º 5.478/68 é impor ao juiz a fixação, *initio litis*, de uma determinada quantia a título de alimentos provisórios, em razão da prova da paternidade preconstituída. No caso de julgamento antecipado da lide de um dos pedidos cumulados, a relação de parentesco poderá (dependendo do caso) estar pendente de recurso.

Quanto a esse fato, cabe ponderar ainda, que não seria possível alterar o procedimento ordinário para o procedimento da lei n.º 5.478/68, com o processo já em curso, pois, nas ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos, a cumulação só é permitida em razão do autor empregar o procedimento ordinário, nos termos do artigo 292, IV do CPC.

Portanto, apesar das ponderações externadas, o julgamento antecipado do pedido acerca da relação de parentesco, nas ações de investigação de

do julgamento antecipado de toda a lide, importa dizer, de ambos pedidos. Nesta hipótese, apesar do recurso de apelação ser parcial, poderá surgir, dependendo do momento do julgamento dos pedidos, a discussão acerca do cerceamento do direito de defesa, agora, em relação a fixação do valor da prestação alimentícia. Entretanto, não será apto a suspender a eficácia da sentença no que concerne aos alimentos provisionais já que, apesar de provisória, produz efeitos imediatos (artigo 520 do CPC). Em suma, dependendo do momento do julgamento dos pedidos cumulados não há razão para se cogitar de julgamento "antecipado". Por outro lado, ainda que o julgamento seja "antecipado", caso englobe os dois pedidos, não há que se falar em julgamento (antecipado) de um dos pedidos cumulados, mas sim de ambos. Logo, ambas hipóteses dizem respeito a aplicação do artigo 7º da lei n.º 8.560/92, com a diferença que na segunda hipótese a

paternidade cumulada com alimentos, merece maior atenção da doutrina processual, pois representa uma forma de atuação do Poder Judiciário com características que a tutela antecipada não oferece.

Como vimos, ao conceder os alimentos provisionais antecipatórios, nas ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos, o magistrado não estará declarando, provisoriamente, a paternidade.

Por esta razão, apenas o dever de sustento (um dos efeitos executivos decorrentes da futura sentença de procedência), dentre o complexo de direitos e deveres inerentes à autoridade parental, deverá ser cumprido.

Tratando-se de julgamento antecipado da lide de um dos pedidos cumulados (parentesco), devido à cognição exauriente, toda a gama de direitos e deveres inerentes à autoridade parental, inclusive de natureza extrapatrimonial, será apreciada e julgada.

Por esta razão, à primeira vista, a maior incidência da antecipação da tutela de um dos pedidos cumulados poderia nos levar a crer que a tentativa de sistematização do julgamento antecipado da lide de um dos pedidos cumulados (no que tange ao tema em tela) não teria razão de ser, o que não é verdade.

8. CONCLUSÕES

incidência do dispositivo se daria "antecipadamente" no que tange as fases lógicas do procedimento ordinário.

Não há dúvida acerca das diferenças entre tutela antecipatória e tutela cautelar, pois além dos requisitos, apresentam estrutura e funções diversas.

Como restou evidente, não existe diferença funcional entre alimentos provisórios e provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade.

Por outro lado, a diversidade estrutural que inspirou o legislador processual (segundo o CPC, já que não se cogitava - àquela época - a generalização da antecipação da tutela) não é capaz de retirar o caráter satisfativo da prestação alimentícia, verdadeira forma de antecipação dos efeitos da sentença.

A diferença em relação ao grau de cognição não influencia na tutela satisfativa, razão pela qual podemos evidenciar tutela antecipada mediante cognição exauriente, apesar de, em regra, se contentar com a cognição sumária.

Da mesma forma, a "satisfatividade" e a coisa julgada material, devido a necessidade de um processo efetivo, nem sempre andam juntas (ainda que a cognição seja exauriente).

Nessa perspectiva, a sentença provisória com efeitos imediatos é, indubitavelmente, satisfativa, ao passo que a sentença provisória atacada por recurso recebido em seu duplo efeito, portanto sem efeitos imediatos, não é satisfativa.

Em alguns casos, porém, admitir a satisfatividade via cognição sumária (antecipação da tutela) e não admiti-la via cognição exauriente (sentença provisória impugnada por recurso recebido no efeito devolutivo e suspensivo) ensejará uma enorme contradição.

Logo, a cognição, bem como, o conjunto probatório (em relação ao qual a cognição incide), não são aptos a classificar as formas de tutela que, por sua vez, satisfaz ou não satisfaz.

A satisfação decorre da capacidade de realização, desde logo, do direito material. Se satisfizer, estamos diante da tutela antecipatória.

Assim, não é correto dizer que o julgador, por não se convencer que a prova seja inequívoca, mas por ensejar a fumaça do bom direito, estaria autorizado a conceder a medida "cautelar" (segundo o CPC) de alimentos provisionais. Em outras palavras, não é a prova (segundo o critério subjetivo do julgador) que caracteriza a tutela.

Menos correto ainda seria tentar justificar a flagrante característica da satisfatividade, privilegiando o critério estrutural, sob o rótulo de "medida cautelar satisfativa".

Nesse caso, o critério estrutural não é apto a determinar que os alimentos provisionais seriam cautelares, somente pelo fato de estarem disciplinados no livro III do CPC.

Desta forma, surgem os alimentos provisionais antecipatórios, cuja natureza satisfativa a doutrina tradicional já evidenciava, sem indagar, entretanto, a sistematização acerca da ação de investigação de paternidade.

Os fatores que motivaram a despreocupação com a possibilidade de antecipação dos alimentos provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade residem na evolução legislativa que focou apenas a ampliação da legitimidade (no plano processual) dos investigantes, extirpando a desigualdade entre os filhos, nos termos constitucionais, bem como, na "cegueira" derivada da busca incessante da verdade, derivada da cognição exauriente (o que reflete a inércia do julgador) que, por sua vez, ensejaria a "certeza".

Além disso, a natureza da sentença proferida na ação de investigação de paternidade (declaratória) conduziu (e conduz) a atividade pretoriana no sentido de retroagir a incidência dos alimentos provisionais à data da citação o que, por ilusão de ótica, evitaria os efeitos nocivos do tempo do processo.

Tal fato, aliado ao conceito tradicional acerca dos pedidos cumulados sucessivos e da indistinção entre declaração e efeitos decorrentes da futura declaração (motivada pela regra do processo de execução - artigo 584, I do CPC), ensejaram, inclusive, a aplicação do mandado de segurança em face das decisões proferidas via cognição sumária, como se fossem "ilegais".

Os alimentos provisórios, por sua vez, sempre materializaram uma forma de antecipação dos efeitos da sentença (específica), já que a relação de parentesco não é objeto da demanda, constituindo seu pressuposto, pois trata-se de pedido único.

Se é verdade que na sentença a fixação se efetiva com prévia cognição exauriente, após as delongas do procedimento ordinário, também é verdade que a cognição, no plano abstrato temporal do processo, poderá ser sumária.

Os alimentos provisórios, entretanto, não se subordinam as regras do parágrafo 4º do artigo 273 do CPC, quanto a possibilidade de revogação a qualquer tempo, que só pode ocorrer via recurso extraordinário.

Assim ocorre, pois a relação de parentesco derivou de um ato cognitivo anterior (ação de investigação de paternidade precedente e procedente) ou de um ato do próprio genitor (reconhecimento voluntário).

Por esta razão, o magistrado não poderá deixar de fixar os alimentos, sendo cogente a norma contida no artigo 4º da lei 5.478/68, já que a denegação comporta, inclusive, a impetração de mandado de segurança.

Nesta seara, não há espaço para o juízo fundado em probabilidade do direito afirmado, pois a lei determina a fixação dos alimentos provisórios,

initio litis, desde que haja comprovação da relação de paternidade.

Logo, não se trata de juízo de verossimilhança que adviria da atividade cognitiva do julgador, mas sim de política legislativa, o que não retira a característica da satisfatividade, já que satisfatividade e cognição são coisas diversas e independentes.

Basta pensar, por exemplo, na tutela antecipatória (cognição sumária - satisfatividade) e na sentença provisória sem efeitos imediatos (cognição exauriente - ausência de satisfatividade), apesar de ambas serem provisórias.

Por outro lado, é um equívoco sustentar a inadmissibilidade da concessão da tutela antecipatória com base na irreversibilidade do provimento, que sempre é reversível. Tampouco na irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento, calcada no "mito da irrepitibilidade" dos alimentos.

Quando se analisa os alimentos provisionais, pleiteados de maneira cumulada à ação de investigação de paternidade, verifica-se que o progresso científico fez emergir a chamada "prova inequívoca", possibilitando que esta espécie de alimentos seja concedida com fundamento no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Porém, isto não significa dizer que o conceito de prova inequívoca está ligado ao conceito de

prova documental ou pericial, mas o exame em DNA (com resultado positivo) "encoraja" os julgadores a enfrentarem o "mito da irrepetibilidade", da "neutralidade" e da "certeza".

Não há como negar a necessidade de adequação das formas de tutela à realidade social. Os operadores do direito não podem se contentar com fórmulas ultrapassadas que não são capazes de enfrentar os efeitos nocivos do tempo.

Assim, a sentença (cognição exauriente) não pode ser vista como sinônimo de "certeza", pois o nosso sistema processual permite que se comprove que aquilo que era tido como verdade, como por exemplo a declaração de paternidade (devido, inclusive, ao trânsito em julgado), é na verdade, uma inverdade!

Logo, o "medo" do "mito da irrepetibilidade" também estaria presente nas fixações de alimentos via cognição exauriente (sentença). Logo, o grau de cognição do julgador não pode justificar o "medo", que é confundido, freqüentemente, com a necessidade de prudência na prestação da tutela jurisdicional, independentemente da natureza do direito controvertido. Importa dizer, o "mito" não justifica a "neutralidade".

Nesse ponto, o legislador da década de 60 (artigo 4º - lei n.º 5.478/68) foi menos temeroso, pois apesar desse risco, embora em menor grau,

contemplou a fixação (de maneira cogente) dos alimentos provisórios, *initio litis*.

Por outro lado, uma coisa é dizer que os alimentos são irrepetíveis em relação ao beneficiário, o que justifica, inclusive, o caráter satisfativo. Outra coisa é sustentar, genericamente, que os alimentos são irrepetíveis.

Em outras palavras, dizer que os alimentos são irrepetíveis em relação ao beneficiário não significa dizer que eles sejam irrepetíveis em relação ao pai biológico que obteve um locupletamento com o pagamento por parte daquele que, na verdade, não era o pai biológico.

Desta feita, se os efeitos práticos decorrentes do provimento são (ao menos em tese) reversíveis, não há que se falar em irreversibilidade.

Por outra via, apesar de se tratar de pedidos cumulados sucessivos, nada impede que o juiz antecipe apenas um deles, ou seja, o deferimento de alimentos provisionais.

Isto não significa que o julgador antecipará a própria declaração, mas sim a antecipação de um dos efeitos da futura sentença de procedência.

Portanto, tal conduta não significará a declaração da paternidade provisoriamente, mas a antecipação de um efeito prático da relação de

parentesco a ser declarada, que comporta execução desde logo.

Note-se que, sendo possível extrair da futura sentença de declaração, efeitos passíveis de execução, como é o caso da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, é possível a antecipação desses efeitos, ensejando a satisfatividade.

Assim, é necessária uma releitura acerca do conceito de pedidos cumulados sucessivos, pois havendo probabilidade da existência do direito afirmado no pedido anterior, é possível a antecipação do pedido sucessivo que constitui, na verdade, um dos efeitos decorrentes da futura procedência do pedido anterior (que ainda não foi julgado), mas não o único.

Importa dizer, se é possível a antecipação, como dito, dos efeitos executivos decorrentes da futura declaração e, se a ação de investigação de paternidade (declaratória) pode ser cumulada à ação de alimentos (condenatória), não vislumbro obstáculos a antecipação dos alimentos provisionais. Tal fato, não traduzirá, de forma alguma, a declaração provisória da paternidade.

Portanto, se isso é possível, o conceito de pedidos cumulados sucessivos deve ser revisto pela doutrina, desmistificando o dogma (da neutralidade) de que o julgador somente estaria autorizado a "apreciar" o pedido subsequente, após ter deferido o antecedente.

Para tanto, o julgador deverá levar em conta o princípio da proporcionalidade, pois a necessidade premente da criança ou do adolescente, não permite um provimento tardio, ao contrário, justifica uma prestação jurisdicional de maneira célere, eficaz, o que justifica a antecipação da tutela, fundada em juízo de verossimilhança e de probabilidade do direito afirmado.

Além da possibilidade da tutela antecipatória em relação a um dos pedidos cumulados é possível julgar antecipadamente a lide em relação a um dos pedidos cumulados.

Se é possível antecipar um dos pedidos, via cognição sumária, não há razão para não se admitir o julgamento antecipado da lide em relação a um dos pedidos, com cognição exauriente.

Assim, é possível o julgamento antecipado da lide em relação a paternidade, reservando a ordinaryidade para as hipóteses em que não haja um consenso em relação ao *quantum* da prestação alimentícia.

O julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados ocorre via decisão, com cognição exauriente, pois o juiz singular ainda não exauriu a sua função jurisdicional.

Logo, seria um contra-senso admitirmos a tutela antecipatória de um dos pedidos cumulados e não admitirmos o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados, já que a primeira se efetivaria

via cognição sumária e o segundo, via cognição exauriente.

Desta feita, a realidade social nos mostra que o conceito de Pontes de Miranda não é restrito, pois entre o direito à subsistência e a sua efetivação, residem aspectos que ensejam reflexões acerca do ordenamento jurídico.

Portanto, o processo (em relação ao tema analisado - ainda que de maneira perfunctória), somente será efetivo se estas questões forem pensadas, enfrentadas, mas sobretudo superadas.

ANEXO - JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Antes de principiar a reprodução comentada dos acórdãos que seguem, se fazem oportunas algumas palavras de explicação.

A verificação, no plano empírico, da qualidade da prestação jurisdicional nos conduz à reflexão teórica, principalmente num sistema em que a produção legislativa é sensivelmente tardia.

A atividade pretoriana, portanto, como manifestação de um poder estatal, assume fundamental importância, ora aplicando as fontes de cognição do direito (imediata ou mediata), ora suprimindo "incompletudes" (seja através das regras de interpretação ou integração do ordenamento jurídico), desmistificando dogmas e mitos.

A verificação desses fatores, aliados a necessidade de um processo célere e efetivo, nos fornecerá os elementos necessários para a efetivação de um juízo de valor.

Por estas razões, a constatação do conteúdo da atividade jurisdicional é imprescindível.

1. AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 96.002148-5/SC

EMENTA:

Investigação de paternidade. Alimentos. Antecipação de tutela. Prova inequívoca. Juízo de verossimilhança. Fundado receio de dano irreparável. Irreversibilidade. Provimento do recurso para decretar a medida.

Em tese, é possível a concessão da antecipação da tutela em qualquer processo de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC. Na ação declaratória é possível a antecipação da tutela quanto a algum efeito executivo ou mandamental da sentença.

Prova inequívoca, segundo a doutrina, é aquela que, por sua clareza e precisão, autorizaria, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor, se o litígio, hipoteticamente, fosse julgado naquele momento.

As verbas alimentares são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Apesar da irreversibilidade que lhes é inerente, se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil.

RELATÓRIO

F.K.C. interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão do Juiz de Direito do Juizado da UFSC, da comarca da capital, que, nos autos da ação de investigação de paternidade cumulada com

alimentos, aforada contra J.M., indeferiu pedido de antecipação de tutela quanto a verba alimentícia, por entender serem incabíveis alimentos provisionais em investigação de paternidade.

Sustenta, em resumo, que ante a prova inequívoca da paternidade decorrente de um termo de conciliação subscrito pelo agravado perante o serviço social das varas de família da capital onde a reconhece expressamente, a antecipação da tutela deveria ter sido deferida. Assim, pugna pela procedência do recurso, para que seja concedida a tutela antecipada, com a fixação dos alimentos em 30% dos vencimentos do agravado.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo ao recurso, sem manifestação do agravado, uma vez que ainda não havia se estabelecido a relação processual quando da prolação do despacho objurgado, foram os autos remetidos à douta Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo conhecimento e desprovimento do inconformismo.

Muito embora o agravante, sob uma análise mais rigorosa, possa carecer de interesse em recorrer, porquanto poderia buscar a tutela pleiteada promovendo a execução do termo de conciliação de fls. 24, na forma do art. 57, da Lei 9.099/95, deve-se conhecer do agravo ante a natureza do interesse jurídico discutido, qual seja, prestação de alimentos.

Segundo consta dos autos, F.K.C. aforou ação de investigação de paternidade contra J.M., requerendo a concessão *initio litis* de tutela antecipada

quanto aos alimentos, baseando sua pretensão em prova inequívoca do reconhecimento expresso da filiação pelo agravado num documento assinado perante o serviço social das varas da família da comarca da capital.

Entendendo que são descabidos alimentos provisórios em ação de investigação de paternidade, o Juiz de Direito indeferiu a pretensão do autor, dando ensejo ao presente recurso.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o pedido do agravante não se circunscreve à fixação de alimentos provisórios, como entendeu o prolator do despacho objurgado, mas à concessão de tutela antecipada, ou seja, no dizer de Ovídio A . Baptista da Silva, à "(...) antecipação dos efeitos da futura sentença de procedência" (Curso de Processo Civil. Porto Alegre, Fabris 3^a ed., 1996, vol. I, p. 111), considerando-se que a obrigação de prestar alimentos constitui uma das conseqüências do reconhecimento da paternidade.

Conforme lição de Humberto Theodoro Júnior, é possível a concessão da antecipação da tutela "(...) em qualquer processo de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos que o novo texto do artigo 273 arrola (...)" (Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro, Forense, 18^a ed., 1996, vol. 1, p. 367). Tem-se daí que inexiste óbice à concessão da medida perseguida pelo agravante em sede de investigação de paternidade.

O agravante fundamenta sua pretensão no artigo 273, inciso I, do CPC. Assim, cumpre verificar

se restaram demonstrados os requisitos estabelecidos pelo referido dispositivo legal, ou seja, se o agravante demonstrou de forma inequívoca os fatos arrolados na inicial, de maneira que possibilite a formação de um juízo de verossimilhança em torno da alegação, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Prova inequívoca, segundo Humberto Theodoro Júnior, é aquela "(...) que, por sua clareza e precisão, autorizaria, desde logo; um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor (mérito), se o litígio, hipoteticamente, devesse ser julgado naquele instante. Não a elide a possibilidade, também hipotética, de que contraprova futura possa eventualmente desmerecê-la. No momento, porém, da concessão da medida provisória, a prova disponível não deve ensejar dúvida na convicção do julgador" (op. cit. p. 370).

In casu, o agravante pede a antecipação de tutela no que concerne aos alimentos, embasando sua pretensão em um termo de conciliação onde o agravado reconhece expressamente a paternidade do autor. Referido documento firmado perante o serviço social das varas de família da comarca da capital e por duas testemunhas é apto para demonstrar de forma extrema de dúvidas, enquanto não for produzida outra prova capaz de desmerecê-lo, a verossimilhança dos fatos alegados pelo agravante.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação resta evidenciado pela natureza

do pleito do agravante, verbas alimentares, que segundo Orlando Gomes, citado por Maria Helena Diniz "(...) são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si" (Curso de direito civil brasileiro. São Paulo, Saraiva, 10^a ed., 1995, vol. 5, p. 317).

Embora a concessão da medida possa criar uma situação irreversível, em razão da impossibilidade de restituição dos alimentos, o pleito deve ser deferido tendo em vista a relevância que o interesse pretendido exerce sobre o ordenamento jurídico, sendo aqui oportuna a lição de Ovídio A. Baptista da Silva, *verbis*:

"O parágrafo 2º do artigo 273, exagerou na prudência que deve orientar o magistrado na concessão das antecipações de tutela, proibindo-lhe de concedê-las quando "houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado". Pode acontecer - e esta ocorrência não é rara na prática forense - que o estado perigoso imponha ao juiz uma opção entre alternativas capazes, em qualquer sentido que a decisão seja tomada, de gerar risco de irreversibilidade dos efeitos práticos, seja esta irreversibilidade do decreto decorrente do "estado perigoso" contra o qual se busca a tutela, seja uma irreversibilidade análoga provocada pela concessão da medida.

Pode ocorrer que o risco da irreversibilidade seja uma consequência tanto da concessão quanto do indeferimento da medida antecipatória. Se a verossimilhança pesar

significativamente em favor do autor, o magistrado estará autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil, posto que como disse TOMMASEO '*sacrificare l'improbabile ao probabile, in questo consiste l'etica della giurisdizione d'urgenza*' (Les mesures provisoires en procédure civile. Colloqui internazionale, Milano, 1985, p. 304).

Em vista do exposto, impõe-se a concessão da antecipação de tutela. Com relação ao *quantum*, no entanto, o recurso deve ser provido em parte.

Pretende o agravante sejam fixados os alimentos num percentual de 30% sobre os vencimentos do agravado. Ocorre que inexistente nos autos qualquer elemento capaz de demonstrar se o agravado tem efetivamente condições de arcar com este ônus.

Por outro lado, verifica-se do termo de conciliação que o agravado comprometeu-se a pagar uma pensão alimentícia correspondente à 15% de seus vencimentos, equivalente em 24 de novembro de 1995 a R\$ 50,00.

Embora seja módica esta quantia, deve-se observar que o agravado é policial militar, categoria de vencimentos notoriamente arrojados, não se podendo, com base nos elementos contidos nos autos, aferir suas reais condições de prestar os alimentos.

O artigo 401 do CC estabelece que não se deve fixar alimentos em percentual superior aos recursos da pessoa obrigada. Sobre o tema, Maria Helena Diniz assevera que para a fixação da verba alimentícia deve-se atentar para "a possibilidade econômica do alimentante, que deverá cumprir seu dever sem que haja desfalque do necessário ao seu próprio sustento, daí ser preciso verificar sua capacidade financeira porque se tiver apenas o indispensável à própria manutenção, injusto seria obrigá-lo a sacrificar-se e a passar privações, para socorrer parente necessitado, tanto mais que pode existir parente mais afastado que esteja em condições de cumprir tal obrigação alimentar, sem grandes sacrifícios (op. cit. p. 320)

Assim, ante a falta de dados acerca das condições econômicas do agravado, fixa-se os alimentos em 15% sobre seus vencimentos, quantia a que havia se comprometido no compromisso firmado perante o serviço social das varas de família da capital, os quais deverão ser descontados diretamente em folha de pagamento.

Acrescente-se que o *dies a quo* da obrigação alimentícia, para efeito da execução, é a data da citação, porquanto nas ações de investigação de paternidade os alimentos são devidos a partir daquele momento, e não se pode, através da antecipação da tutela, obter resultado diverso daquele que se conseguiria com o acolhimento do pedido, conforme adverte Cândido Rangel Dinamarco, *verbis*:

"Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e sua concessão equívale *mutatis mutandis*, a procedência da demanda inicial - com a diferença fundamental representada pela provisoriedade." (A reforma do código de processo civil, São Paulo, Malheiros, 2ª ed., 1.995, p. 139/140)

Por fim, ressalte-se que a antecipação da tutela foi deferida com base nos elementos trazidos pelo agravante com a inicial, inexistindo qualquer embaraço a que seja revogada a medida, ou modificado o percentual de alimentos, no curso da instrução, à vista de novas provas a serem produzidas.

Em vista do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.º 96.002148-5, da comarca da Capital (Juizado da UFSC), em que é agravante F.K.C., sendo agravado J.M., acordam, em 4 Câmara Civil, por votação unânime dar provimento parcial ao recurso.¹³⁰

¹³⁰ Louvável a atividade jurisdicional dos desembargadores no sentido de conceder a antecipação da tutela quando da análise do agravo interposto, pois a confissão do indigitado pai, sem qualquer vício de vontade, constitui a prova necessária para embasar o pedido no âmbito da lei de alimentos. Desta feita, não haveria necessidade da aludida investigação de paternidade, pois esta já estava cristalizada no plano fático, com conseqüências na órbita jurídica, inclusive com espeque legal, importa dizer, artigo 1º, inciso II da Lei n.º 8.560 de 29/12/92, que abarca o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento como irrevogável. Nesse ponto, equivocou-

2. APELAÇÃO N. 3.906/96 - RJ

EMENTA:

Investigação de paternidade e Alimentos. Impossibilidade da concessão de alimentos provisórios antes da sentença favorável ao autor, quando contestada a paternidade, estando a postulação desacompanhada de prova preconstituída.

Artigo 7º da lei 8.560/92 a impedir a pretensão manifestada através de agravo retido. Conjunto probatório, inclusive com o exame de DNA, a abonar as assertivas da inicial.

A sentença que julga procedente a ação deve fixar o termo inicial das prestações alimentares a partir da citação.

A possibilidade de concessão de alimentos provisórios, a partir da data da sentença de primeiro grau, favorável ao investigante, criada pela lei 883/49, artigo 5º, coexiste com a regra de que os alimentos, uma vez concedidos, retroagem à data da citação inicial (artigo 13, parágrafo 2º, da Lei

se o patrono do autor. Por outro lado, o juiz singular partiu do princípio, incoerentemente, de que o pedido versava acerca dos alimentos provisórios, justificando que estes são descabidos na ação de investigação de paternidade. Sob este argumento, indeferiu o pedido de tutela antecipada, ensejando o recurso. Mas, apesar desses equívocos, o julgado aflora o pensamento do colegiado no sentido de ser possível a antecipação de um dos efeitos executivos decorrente da futura declaração. (Vide comentário ao julgado em tela efetivado por OLIVEIRA, Flávio Luís de. A antecipação da tutela na ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v.4, p. 184-193, jan./abr. 1997)

5.478/68), pois aquela não impôs um termo inicial para os alimentos definitivamente fixados, mas apenas facultou ao autor pleitear o benefício que, concedido, pendente lide, pode, eventualmente, cessar com a decisão final da causa.

Redução do valor do pensionamento, ante a prova existente nos autos. Provimento parcial dos apelos. (TJRJ AC 3.906/96 - Ac. 5ª Câmara Cível - Rel.: Des. MIGUEL PACHA).

RELATÓRIO

Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer da ilustre Procuradora da Justiça, fls. 46/47, que será lido quando do julgamento.

Acrescento, ainda, que sua conclusão foi no sentido do desprovimento do agravo retido e da acolhida parcial das duas apelações, respectivamente quanto ao termo inicial e ao valor dos alimentos.

Em atendimento ao solicitado pelo Ministério Público foi nomeado curador especial ao menor, ora primeiro apelante.

É o Relatório.

VOTO

O agravo que ficou retido, fls. 34/36, cuja apreciação foi requerida, em preliminar,

pelo primeiro apelante, conforme determina a lei processual civil, não está a merecer provimento, eis que a decisão de fls. 17, verso está correta em face do que dispõe o artigo 7º da lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que subordina a concessão dos alimentos provisionais aos filhos havidos fora do casamento à existência da sentença que reconheça a paternidade.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Turma, como se vê da Revista STJ 11/268, decidiu que: "a doutrina e o direito pretoriano afirmam possível demandar o filho "ilegítimo" o pretense pai para dele obter alimentos, mesmo que a filiação não esteja judicialmente reconhecida, bastando apenas, a existência de fortes indícios e presunções quanto à respectiva paternidade.

A tal pretensão não se imprime o rito especial da Lei 5.478/68, quando negada a relação de parentesco, mas sim o rito ordinário através do qual se abre oportunidade aos litigantes para ampla realização de provas."

Assim, também, é o entendimento doutrinário, conforme se pode conferir da obra Dos Alimentos, de YUSSEF SAID CAHALI, 2ª edição, pp. 465, 474 e 475. Na hipótese o Juiz não poderia, como pretende o agravante, arbitrar alimentos provisórios antes da sentença favorável ao autor.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo retido.

Quanto ao mérito, impunha-se a procedência da ação, pois as provas constantes do processo, sem qualquer sombra de dúvida, são unânimes em afirmar a existência de um relacionamento amoroso entre a mãe do autor e o réu, sendo certo que àquela não foi atribuída, no mesmo período, qualquer ligação sentimental com outra pessoa.

Do conjunto probatório restou demonstrado o relacionamento amoroso e sexual entre o réu e a sua empregada, mãe do Postulante, em 1975 e que durou mais de um ano, tendo sido a concepção do filho nessa época.

O exame pericial do DNA veio confirmar as alegações da inicial, informando, textualmente, que existe a probabilidade de 99,999994% de ser o réu o pai do autor.

O segundo apelante, embora discorde das conclusões do laudo, não ofertou qualquer prova capaz de infirmá-lo.

Os recursos, contudo, estão a merecer provimento parcial: o primeiro quanto ao termo inicial dos alimentos, que devem ser da data da citação e não da sentença e, o segundo, para que o seu valor seja fixado em 1 (um) salário mínimo, como sugerido pela ilustre Procuradora da Justiça, fls. 218.

Na forma do artigo 13, parágrafo 2º, da Lei 5.478 de 1968, os alimentos devem ser concedidos a partir da citação, aplicando-se o princípio

constitucional que equiparou os filhos ilegítimos aos legítimos, proibindo qualquer discriminação.

O artigo 7º, da Lei 8.560/92, como foi dito acima, estabelece a precedência do pedido investigatório como pressuposto da exigibilidade dos alimentos provisórios, não querendo isto significar que a sentença constitui o termo inicial dos alimentos.

O Tribunal de São Paulo, em incidente de Uniformização de Jurisprudência, na Apelação 125.825-1, através da Primeira Seção Cível, afirmou que "nas Ações de Alimentos cumuladas com as de Investigação de Paternidade a sentença que julgar procedente deve fixar o termo inicial das prestações a partir da citação".

As recentes decisões do STJ se orientam no mesmo sentido, conforme assevera YUSSEF SAID CAHALI, em sua obra citada, pp. 493/495.

Por elastério do artigo 13, parágrafo 2º da lei 5.478/68, quando se acumulam pedidos de investigação de paternidade e o de alimentos, a sentença deve assegurar ao vencedor o direito à pensão alimentícia desde a citação.

É ainda CAHALI quem ensina: "a possibilidade de concessão de alimentos provisórios, a partir da data da sentença de primeiro grau, favorável ao investigante, criada pela lei 883/49, artigo 5º, coexiste com a regra de que os alimentos, uma vez concedidos, retroagem à data da citação inicial (artigo 13, parágrafo 2º, da lei 5.478/68), pois a lei 883 não

impôs um termo inicial para os alimentos definitivamente fixados, mas apenas facultou ao investigante pleitear, o benefício que concedido, pendente lide, pode eventualmente cessar com a decisão final da causa."

O valor do pensionamento, conforme sugerido a fls. 218, deve ser reduzido à quantia equivalente a 1 (um) salário mínimo, pelos fundamentos que apresentou, ante a debilidade da prova sobre os valores que informam o binômio necessidade-possibilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação cível n.º 3.906/96, em que são Apelantes M.F.S. e L. F. e apelados os mesmos.

Acordam, por unanimidade de votos os Desembargadores que compõem a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, integrado neste o relatório de fls., em negar provimento ao agravo retido e dar parcial provimento a ambos os recursos: ao primeiro para que o termo inicial dos alimentos seja da data da citação e, ao segundo, para que o pensionamento seja fixado em 1 (um) salário mínimo.¹³¹

¹³¹ Note-se, em primeiro lugar, que o agravo retido não é o melhor meio para se combater o indeferimento do pedido de antecipação da tutela em relação aos alimentos provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade, já que o "tempo" entre o indeferimento e a sentença, onde fixar-se-ão os alimentos provisionais (artigo 7º da lei n.º 8.560/92) acarretará dificuldades ao necessitado. É certo que o julgador poderá, devido ao juízo de retratação (art. 523, § 2º do CPC) reformar a sua decisão, mas se não o fizer, a análise da questão somente virá a tona quando do julgamento do recurso de apelação, oportunidade em que o postulante, caso a sentença seja de

3. AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 9.414/SC

EMENTA:

Processo civil. Prova fotográfica. Ação de investigação de paternidade. Imposição coercitiva pelo juízo. Impossibilidade. Conseqüências da recusa.

A prova fotográfica tem sido admitida pela jurisprudência em ação de investigação de paternidade, posto que a semelhança física, desde que aliada a outros elementos de convicção existentes no processo, pode levar à procedência da ação.

procedência, já estará auferindo os alimentos, devido ao fato da sentença, apesar de provisória, ser apta a surtir efeitos imediatamente. Assim, o recurso deveria ter sido efetivado na modalidade por instrumento, mesmo porque o exame DNA positivo, pelo que consta, carrega os autos. Sendo assim, a finalidade do agravo retido se limitaria ao *dies a quo* da efetivação do dever de sustento. No entanto, o entendimento dos tribunais no sentido de que os alimentos devem ser pagos a partir da citação, para que se evite discriminação, "esvaziaria" o objetivo do cogitado agravo, sendo, inclusive, matéria inerente ao objeto da apelação, caso a sentença materialize solução diversa. Verifica-se ainda, a impropriedade terminológica, pois o requerente se refere à alimentos provisórios, quando a hipótese cuida de alimentos provisionais. Mas, a maior incoerência, reside no fato de que os julgadores reconhecem a existência de DNA positivo nos autos, no entanto, somente aceitam a fixação dos alimentos provisionais na sentença, numa visão extremamente positivista, calcada no dogma da "certeza", bem como, no descompromisso com a efetividade do processo. Assim, como dito anteriormente, de nada adianta consignar que os alimentos provisionais retroagem à data da citação, pois, o que importa é a satisfatividade que poderia ter ocorrido desde a antecipação dos efeitos executivos decorrentes da futura sentença de declaração, e não somente na sentença. Importa dizer, a regra da retroatividade à data da citação não é capaz de satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, e quando satisfaz (sentença), satisfaz tardiamente, com a probabilidade de se tornar inoperante, pois em alguns casos, a pensões acumuladas representam um valor excessivo, cujo cumprimento se torna praticamente impossível para o devedor de alimentos.

Cabe à parte interessada trazê-la aos autos, não se podendo, porém, obtê-la sob constrangimento da parte eventualmente prejudicada com a sua produção. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

Na inexistência de norma disciplinadora expressa no Código de Processo Civil sobre o tema, outras há, análogas, suficientes à definição das conseqüências da recusa, como nas hipóteses dos artigos 343, § 2º e 359 do mesmo diploma, onde não há execução específica da ordem judicial, mas o legislador encontrou outra solução, a admissibilidade - ficta é certo - dos fatos. Agravo conhecido e provido. (TJSC-AI 9.414 - Ac. 2ª Câmara Cível - Rel.: Des. VANDERLEI ROMER).

RELATÓRIO

Em ação de investigação de paternidade, o magistrado determinou que o agravante se submetesse à perícia fotográfica.

Insurge-se contra a determinação judicial, ao argumento de que ninguém pode ser coagido ao exame judicial, além do que precluiu o direito de requerer prova pericial.

Formado o instrumento, com a resposta do agravado e a manifestação do *Parquet*, os autos ascenderam a este grau, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. SÉRGIO TORRES PALADINO, opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Nessa mesma ação investigatória o magistrado determinou a realização de perícia hematológica, o que motivou a interposição do AI n.º 9.425, pelo ora agravante, que acabou sendo desprovido por esta Câmara em 7 de março do corrente ano.

Agora, rebela-se o agravante contra a realização de perícia fotográfica. A prova fotográfica em ação de investigação de paternidade tem sido largamente admitida pela jurisprudência pátria, posto que a semelhança física, desde que aliada a outros elementos de convicção existentes nos autos, pode constituir-se em prova bastante a levar à procedência da ação.

O que se questiona é a possibilidade de provimento judicial que, em ação desse jaez, implique determinação no sentido de comparecer o réu em local e hora fixados para se submeter a sessão fotográfica, sem que o mesmo isto aceda.

Em que pese o poder do juiz, contido no art. 130 do Código de Processo Civil, não podem as

fotos ser obtidas na forma pretendida, sem que haja voluntariedade do agravante.

É irrecusável o direito da parte de não comparecer, ou de não ser conduzido mediante coação física, a determinado lugar para determinado exame. É certo que compete aos cidadãos em geral colaborar com o Judiciário, ao menos na prevalência dos respectivos interesses e que o inconveniente - simples pose para fotografia - não é tão grande assim.

Todavia, princípios constitucionais insculpidos naquela que o Dr. ULISSES GUIMARÃES chamou de "Carta Cidadã" consagram a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e a imagem das pessoas, não se podendo compelir ninguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público se sobrepõe ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, de convicções religiosas que acabam por conduzir à perda da nacionalidade e de obtenção de fotografias para fins de identificação e qualificação criminal.

Isto não obsta a utilização da prova em questão, mas tão somente a forma da sua obtenção como determinada, sendo oportuno transcrever o entendimento do Dr. SÉRGIO TORRES PALADINO, digno Procurador de Justiça, acerca da matéria:

"Evidente que a mencionada prova, ao lado de outras que se faça, pode ajudar no convencimento do juiz. Incumbe, contudo, à parte a quem interessa, trazê-la aos autos, não se podendo, porém, com base em nenhum dispositivo, obtê-la sob constrangimento da parte que, eventualmente, seria prejudicada com a sua produção.

Assim, embora possa e deva o magistrado buscar, de ofício, as provas ao seu convencimento, não pode fazê-lo, contudo, obrigando a parte à prática de qualquer ato a que não esteja obrigada por lei."

É importante gizar, todavia, que o recurso é provido apenas no que toca à obtenção coercitiva da prova. A bem da verdade, o provimento em questão explica-se pela cautela que a questão exige, porquanto o digno prolator da decisão atacada, com outras palavras, já se posicionou praticamente pela mesma trilha.

Corretíssima, porém, a advertência feita pelo juiz *a quo* acerca das conseqüências no caso do agravante se recusar à produção da prova fotográfica voluntariamente: "(...) Atrairá contra si a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor".

É que, em tais situações, já o firmou o Supremo Tribunal Federal, a recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

Naquela oportunidade, o eminente Min. MARCO AURÉLIO, relator do HC n.º 71.373-4-RS expôs que, na inexistência de norma disciplinadora expressa para tais casos no Código de Processo Civil, outras há suficientes à definição das conseqüências da recusa, referindo-se ao teor dos artigos 343, § 2º e 359 do mesmo Código, onde não há execução específica da ordem judicial, mas o legislador encontrou outra solução, a admissibilidade - ficta é certo - dos fatos (Informativo Consulex, ano IX, n.º 25, p. 727).

Por tais razões, dá-se provimento ao recurso, nos estritos termos antes expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.º 9.414, da comarca de Xanxerê, em que é agravante P. D. R., sendo agravado L. C. P., acordam em 2 Câmara Civil, sem voto discrepante, dar provimento ao agravo.¹³²

¹³² A análise de cogitado acórdão aflora diversas questões tidas como fundamentais ao tema. Assim, o conceito de prova inequívoca não decorrerá exclusivamente do exame de DNA positivo nos autos. Se é certo que o magistrado poderá se contentar com a perícia fotográfica, analisada no bojo do conjunto probatório, também é certo que este convencimento pode se dar em sede de cognição sumária, ainda mais quando se trate de réu que se rebela, inclusive, à perícia hematológica. Por outra via, o princípio da proporcionalidade que resguardaria, neste caso, a imagem e a intimidade do requerido não impede que o julgador analise a não submissão à perícia fotográfica diante do conjunto probatório, sem perder de vista a presunção de veracidade dos fatos trazidos pelo autor. Importa dizer, "a proposição fundamental da proporcionalidade e do meio menos lesivo são adequadas para servir de critério de valoração dos interesses, sobretudo quando se trate de saber em que medida um interesse (em si mesmo) legítimo deve ceder perante outro de valor superior (superior em geral ou só nas circunstâncias do caso), isto é, quando o problema consista em determinar onde se

4. APELAÇÃO N. 56.271-8/PR

EMENTA:

Apelação cível. Investigação de paternidade. Provas. Evidências. Indícios. Suficiência. Recurso. Improvimento.

Se não exuberante, a prova carreada aos autos é, pelo menos suficiente o bastante para que se conclua como positiva a investigação.

O exame hematológico pelo sistema ABO e fator RH não exclui a hipótese da paternidade, assim como outros indícios e circunstâncias.

Sentença monocrática confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recurso. Improvimento. (TJPR - AC 56.271-8 - Ac. 2ª Câmara Cível 13.774 - Rel.: Des. ALTAIR PATITUCCI).

RELATÓRIO

Trata a espécie de Ação de Investigação de Paternidade cumulada com Alimentos, a qual o digno juiz a quo julgou procedente, fixando a

situa o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro interesse também digno de tutela". (LARENZ, Karl. *Metodologia... op. cit.*, p. 578)

obrigação alimentar em 1/3 (um terço) do salário mínimo a partir da citação do requerido.

Adveio recurso propugnatório à inversão do *decisum*, sob o argumento de que as provas nos autos não são concludentes para levar à convicção à respeito da paternidade.

Alega o apelante que: "nos presentes autos a prova pericial deixa a desejar, uma vez que a mesma simplesmente fala em possível exclusão de uma suposta paternidade, abrindo um campo muito grande para qualquer indivíduo com fator RH positivo ser pai da apelada.

No que se refere à prova testemunhal vinda aos autos, ficou claro que a mesma é capenga, suspeita e mal formada, donde o magistrado *a quo* tirou sua convicção para reconhecer a procedência do pedido inaugural."

Razão não lhe assiste.

A prova pericial - hematológica pelo sistema ABO e fator RH, concluiu pela compatibilidade genética através da identidade sangüínea, segundo o qual se não afirma categoricamente a paternidade, não a exclue.

Existe a necessidade em se compatibilizar com outros indícios e circunstâncias, elementos adicionais para a convicção moral de certeza.

A própria decisão monocrática impugnada assim se manifestou: "na espécie dos autos verifica-se que o Réu E. L. C., tanto em sua contestação, quanto por ocasião do depoimento pessoal prestado nestes autos, afirma categoricamente que não manteve nenhum relacionamento amoroso com a mãe da autora, negando também que tivesse com ela mantido relacionamento sexual, afirmando conhecê-la somente de vista.

Entretanto, os elementos probatórios carreados ao presente caderno processual nos leva a conclusão de que as afirmações feitas pelo Réu, não correspondem a verdade dos fatos."

"No que tange ao comportamento, à conduta da mãe da Autora, ao contrário do que alegou o Réu em sua contestação, a prova testemunhal produzida neste caderno processual, através do depoimento das testemunhas L. F. G. O. (fls. 43-vs), M. G. (fls. 44), J. F. (fls. 44-vs), M. F. S. (fls. 45) e V. G. G. (fls. 45-vs), dentre estas as testemunhas arroladas pelo próprio Réu, foram unânimes em afirmar que a mãe da Autora é moça de família, honesta, e que reside na companhia dos pais e nenhum dos depoimentos traz qualquer informação que possa macular sua idoneidade.

Ademais, o próprio réu, em seu depoimento pessoal (fls. 40), afirma que nunca soube de nada de anormal da genitora da autora.

Certo é que não há provas de conduta irregular da genitora da Autora, como alegado na

contestação. Não está provado que no período legal da concepção da investigante (os primeiros 121 dias, dos 300 que antecederam seu nascimento) a mãe da Autora tivesse tido relações sexuais com diversos homens, como alegou o Réu, ônus de prova que lhe incumbia, afastando-se assim, a alegada *exceptio plurium concumbentium*.

Portanto, se não exuberantes, as provas carreadas aos autos, no seu todo é, pelo menos suficiente o bastante para que se conclua, como positiva a lide investigatória.

Vale transcrever ainda a análise formulada no parecer da emérita Procuradoria, *verbis*: "no mérito, vale ressaltar que embora nenhuma das testemunhas tenha efetivamente declarado ter presenciado um relacionamento mais íntimo entre o requerido e a genitora da criança, com a exceção das informações prestada pelo parente da interessada (fls. 40-verso), e que o exame de tipagem sangüínea serve apenas para não excluir o suposto pai, é possível formar convicção em desfavor do requerido principalmente porque não contribuiu para a realização de uma perícia mais completa que definiria com certeza e segurança a sua negativa de ser o pai da criança.

É claro que a prova testemunhal nestes casos é relativa e muito difícil, a menos que houvesse a despropositada alegação da autora de que as relações sexuais teriam sido mantidas em local público, e que o simples exame de tipagem sangüínea não é definitivo também para resolver a questão. Todavia, a não exclusão do examinado como possível pai sem sombra

de dúvida é indício para justificar a consideração de outros elementos para a solução da hipótese investigada.

E neste caso específico, não bastasse a informação do parente da genitora da criança afirmando que presenciou o requerido demonstrando intimidade com a mesma, nenhuma das outras pessoas que depuseram em juízo descartaram com segurança não existir o tal namoro.

Mas o que pesa realmente para definir o impasse, é o fato de que o requerido não teve qualquer interesse em se submeter a um exame mais completo para provar a sua afirmação de que não é o verdadeiro pai da criança.

Entendo que as conseqüências e responsabilidades decorrentes de uma paternidade são tão sérias e comprometedoras, que qualquer um faria questão do teste para se livrar da dúvida, principalmente quando afirma ter certeza quanto à negativa. Embora o requerido não estivesse obrigado a se submeter ao referido exame, o interesse de fazê-lo para livrar-se de uma 'acusação falsa' justificaria qualquer custo que certamente seria bem menor daquilo que deverá obrigá-lo como pai responsável no sustento da criança em conjunto com a mãe, caso seja confirmada a sentença.

Este mesmo argumento serve para rebater a tese segundo a qual a perícia foi requerida pela autora que assim deveria ter providenciado os meios para a sua realização.

É sabido que, nas ações de investigação de paternidade, a prova é quase sempre indiciária, circunstancial e indireta. *In casu*, estão comprovados os requisitos mais importantes exigidos para casos dessa natureza.

Da Jurisprudência:

Ação de Investigação de Paternidade.

Na investigatória de paternidade, admite-se a prova meramente indiciária, sendo indispensáveis, porém, indícios fortes e veementes.' (TJRS - 3º Grupo - Câm. Civ. - Embargos Infringentes 58.703.2897 - Rel. Des. ALBERTO LIBÓRIO BARROS -RJTJRGs - vol. 140/118)

Investigação de Paternidade. Prova. Elementos. Convicção. Embora tenha negado o investigado haver mantido qualquer tipo de relacionamento com a mãe do investigante, a prova dos autos lhe é adversa, pois demonstra a existência do relacionamento amoroso como também a sua coincidência com o momento da concepção do autor, não tendo o exame hematológico, por outro lado, excluído a possibilidade da paternidade. Assim, por todo o contexto probatório, impunha-se a procedência da ação.' (TJPR - AC. N.º 8833 - 4ª Câm. Cível. - Rel. Juiz CORDEIRO CLÈVE)

"Ação ordinária. Investigação de paternidade. Alimentos. Elementos probantes convincentes. Exame hematológico. Ônus da prova. (CPC: art. 333). Se a autora da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, apresentou, com testemunhas, indícios fortes da paternidade,

corroborados pelo exame hematológico, que não a excluiu, e o réu não provou os fatos que alegou para ilidir o parentesco, a sentença que deu pela procedência da ação não merece reparo.' (TJPR - AC. n.º 9068 - 3ª Câmara Cível - Rel. Des. SILVA WOLFF)."

A apelada ficou-se *in albis* quanto à fixação da prestação alimentar.

Por tais razões é de se dar pelo improvimento do presente recurso confirmando-se, de conseqüência, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a decisão monocrática.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 56.271-8, de Jaguapitã - Vara Cível, em que são: E. L. C. - Apelante e E. R. F. - Apelada, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento à apelação.¹³³

¹³³ Apesar de tratar-se de um acórdão proferido em apelação, o que retira, até certo ponto, a discussão acerca da antecipação dos efeitos da sentença, verifica-se a fundamentação do colegiado no sentido de evidenciar a aplicação do princípio dispositivo no âmbito probatório, a impor ao requerido a obrigação de requerer os meios de prova hábeis a ensejar o indeferimento da pretensão do requerente, nos termos do artigo 333, II do CPC. Entretanto, a aplicação desmesurada desse princípio poderá conduzir à "neutralidade". Outro ponto fundamental reside no reconhecimento da natureza bifronte e complexa dos direitos e deveres decorrentes da autoridade parental que, por sua vez, deriva da relação de parentesco o que, por si só, importaria ao investigado a utilização de todos os meios de defesa para que se obtenha a "certeza" ou a "verdade" acerca dos fatos. Por fim, nota-se ainda, um discurso ultrapassado, por parte da defesa, no que tange a tentativa de menosprezar a conduta da mulher, típica de uma sociedade desigual, machista e, portanto, ultrapassada. Tais condutas, comuns outrora, não encontram mais espaço devido uma nova

5. AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 8.137/SC

EMENTA:

Ação de investigação de paternidade. Teste de impressões digitais de DNA indeferido. Decisão de saneamento reformada nesta parte. Agravo de instrumento provido.

A paternidade, como laço de parentesco que une imediatamente a pessoa a um ascendente, constitui, sem sombra de dúvida, núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem ao patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou até mesmo direitos de natureza real ou obrigacional. Como direito da personalidade, a paternidade não pode deixar de ser investigada da forma mais ampla possível, respeitados os princípios fundamentais da bioética.

A defesa dos direitos da personalidade, se é objetivo da permanente preocupação do Estado, através de seus órgãos próprios, visualizados em suas três funções, não pode ser concebida como princípio absoluto.

Deve ser flexibilizado o individualismo extremado se o exercício da prática científica segura e confiável não atentar contra a saúde, a vida ou a debilidade de órgão, sentido ou

mentalidade acerca do exercício dos direitos e deveres em sociedade, pois constitui objetivo fundamental do Estado a promoção do bem estar, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade, nos termos do artigo 3º, IV da Constituição Federal.

função da pessoa natural, para dar lugar, excepcionalmente, aos avanços da ciência, quando estes, sem qualquer degradação moral ou física, puderem ser úteis ao homem também na área da Justiça.

Não se pode mais, em certos casos, mormente na investigação de paternidade, quando existe o choque de dois interesses, ambos situados na esfera dos direitos da personalidade - direito à inviolabilidade do próprio corpo e direito à identificação paterna - propender-se no sentido da corrente que erige como dogma a não obrigatoriedade da submissão do investigado a teste de Impressões Digitais de DNA.

A tendência internacional na esfera da jurisdição é o recurso a essa perícia, para a indicação correta da verdade biológica, desatendendo-se, inclusive, a solução preconizada largamente na doutrina e na jurisprudência da improcedência da ação em caso da *exceptio plurium concumbentium*, porque os avanços da ciência permitem até nessa hipótese indicar a relação paterna. (TJSC-AI 8.137 - Ac. 2ª Câmara Civil - Rel. Desig.: NAPOLEÃO AMARANTE).

RELATÓRIO

A. C. O., assistida por sua mãe M. O., promoveu ação ordinária de investigação de paternidade cumulada com petição de herança contra os herdeiros de M. L. G. e respectivo Espólio, requerendo, após o relato de fatos a indicarem a paternidade aqui pretendida, entre outras, a produção de exames periciais.

Na fase procedimental própria veio a ser indeferido o exame de determinação de paternidade pelas impressões digitais de DNA, *in verbis*: "é simplesmente ilógico submeter-se os filhos menores, réus na ação, a um exame infesto aos mesmos. Tal pretensão seria indene, se o investigado fosse vivo, para que ele sofresse as conseqüências do exame do DNA, todavia, não seus filhos menores. Concomitantemente, indefiro a exumação do cadáver do investigado, em razão de que, afronta todos os princípios da lógica e do bom-senso" (fls. 160).

Contra essa decisão foi interposto agravo de instrumento com o objetivo de, inadmitida a produção de prova técnica no juízo da retratação, ser a mesma reformada, em segundo grau, por não se poder afastar do contexto de ação de investigação de paternidade referida perícia que, na hipótese, diante do falecimento do investigado, pode ser realizado inclusive nos irmãos, pais ou filhos do *de cujus*.

Devidamente formalizado o instrumento, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. JOEL ROGÉRIO FURTADO, não se desviando, em última análise, da conclusão do órgão do Ministério Público de primeiro grau, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

As conquistas, no campo científico, repercutem, sem dúvida alguma, não só na esfera legislativa como também na própria jurisprudência, de tal forma que os princípios e as diretrizes que poderiam parecer definitivamente consolidados, nestes dois últimos setores, tendem sucumbir ou a afeiçoar-se à nova conjuntura. Assim, preceitos legislativos, orientação pretoriana e fundamentação doutrinária, por outro lado, passam a ser simplesmente substituídos e, daí para a frente, nada mais representam do que uma referência da história evolutiva do direito.

Por ser pertinente com o presente enfoque, que vai ser daqui em diante objeto de consideração mais freqüente nas decisões judiciais, em todos os seus graus, permite-se trazer à colação pequeno excerto de singela monografia de minha autoria, *in verbis*:

"O prodigioso avanço do conhecimento, nomeadamente na área da medicina e da biologia, passou a ser um dado singularmente importante à elaboração, atualização e acomodação de princípios jurídicos indispensáveis para situar-se a pessoa humana num plano compatível com as novas conquistas, sem qualquer restrição, todavia, das suas faculdades, interesses e predicados.

Decorre daí que a relação entre a evolução científica, principalmente quando o produto desta adentra com os seus efeitos na esfera do direito vigente, e a preocupação do jurista e do legislador tem sido uma constante no decurso da história mais recente.

Mas em momento algum se defrontaram estes últimos - o jurista e o legislador - com tão estreita intimidade e com um labor tão complexo, no exame e disciplina da atitude científica diante do corpo humano, como no curto espaço destas últimas décadas.

E isto pela circunstância de que, no afã de desvendar os mistérios da vida ou de prolongá-la, como também no de suplantar os dramas ocasionados pelas enfermidades, defeitos congênitos e conflitos psíquicos de toda a ordem, veio o cientista a manipular de forma muito mais intensa e ampla o corpo humano, criando, deste modo, a possibilidade de maior incidência de violação dos bens que se integram na estrutura conceitual da pessoa, nos termos como deve ser entendida.

Equacionar este quadro de forma a não obstar a marcha do desenvolvimento das ciências, sem a mínima redução das condições indispensáveis à preservação e ao respeito dos direitos iminentes ao próprio homem, não tem sido tarefa fácil. Qualquer diretriz deve ser profundamente trabalhada tendo em vista que a ciência jurídica encontra limitações também na própria realidade social, que lhe é subjacente, e contra as quais nem sempre pode opor-se, sob pena de criar soluções inócuas e supérfluas.

Daí por que, refletindo-se quase sempre a prática editada pela ciência, mormente na esfera da utilização de órgãos, tecidos e substâncias do corpo humano, em considerações de ordem moral, ética e religiosa, o legislador tem sempre que contar com esses

parâmetros na sua tarefa de produzir as normas enunciadoras dos princípios que devem reger esse delicado problema.

Mas essa tarefa específica - a da disciplina tendente a resguardar os direitos da personalidade - tem importância ímpar, sobretudo nos dias atuais, pela circunstância de possuir o homem, como ser distinto da matéria e da sua mecânica, como observa AUREL DAVID, cada vez menos sentido nas ciências, porque a biologia abaixa-o para os mecanismos e quimismos clássicos e a cibernética eleva as máquinas para as funções humanas superiores, jogando-o, uma e outra, para o inumano.

Ora, evidenciada está assim a necessidade, cada vez mais imperiosa, de dotar-se a sociedade de instrumentos indispensáveis à proteção permanente da pessoa humana, na inteireza do que é, ou seja, em termos dos seus elementos corporais e espirituais. E aqui o direito, através da legislação, da doutrina e da jurisprudência, deve fazer-se sempre presente.

E far-se-á porque, de acordo com FRANÇOIS TERRÉ, sendo a vocação do direito a de governar a vida, este, cedo ou tarde, com os seus movimentos, responde sempre aos movimentos da ciência" ("Doação de órgão de Pessoa Viva ou Morta para Fins Terapêuticos ou Científicos", Revista O Direito, Ano 122, 1990, III-IV, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 503/4).

A defesa dos direitos da personalidade, se é objetivo da permanente preocupação do Estado, através de seus órgãos próprios, visualizados em suas três funções, não pode ser concebida como princípio absoluto. Deve ser flexibilizado o individualismo extremado, se o exercício da prática científica segura e confiável não atentar contra a saúde, a vida ou a debilidade de órgão, sentido ou função da pessoa natural, para dar lugar, excepcionalmente, aos avanços da ciência, quando estes puderem, sem qualquer degradação moral ou física, ser úteis ao homem também na área da Justiça.

Não se pode mais, em certos casos, mormente na investigação de paternidade, quando existe o choque de dois interesses, ambos situados na esfera dos direitos da personalidade - o direito à inviolabilidade do próprio corpo e o direito ao reconhecimento da paternidade - propender-se no sentido da corrente que erige como dogma a não obrigatoriedade da submissão, *verbí gratia*, do investigado, à perícia médica, por via dos vários exames técnicos que hoje são oferecidos a todos os setores de interesse da comunidade.

Esta orientação era plausível, no passado, quando a perícia médico-legal constituía mera prova subsidiária porque, por si só, não poderia influir no convencimento do julgador, por razões sobejamente conhecidas. Hoje, entretanto, o conjunto de provas - principalmente a de natureza indiciária - que se erigiam e ainda erigem como a grande expressão instrumental do processo, perdem a sua função, o seu valor, para não

dizer que se desqualificam, diante da técnica de Impressões Digitais de DNA.

A esse respeito assim se manifesta SÉRGIO DANILO JUNHO PENA, Diretor do Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais e Professor Titular do Departamento de Bioquímica e Imunologia da Universidade Federal de Minas Gerais:

"Cada ser humano é geneticamente diferente de todos os outros. A tecnologia das Impressões Digitais de DNA permite caracterizar diretamente estas diferenças genéticas pelo estudo das moléculas de DNA que são o constituinte químico dos genes. As moléculas de DNA, que estão dentro dos cromossomos no núcleo das células, são compostas de duas fitas que encaixam-se como um fecho éclair.

Em outras palavras, existe uma complementaridade química entre as duas fitas, o que permite um alinhamento perfeito e específico. A seqüência específica dos dentes do fecho éclair constitui uma mensagem química escrita em código genético, ou seja, um gene. São os milhares de genes existentes em nossas células que determinam as características únicas de cada um de nós.

Centenas de sítios dos nossos genes a mensagem é interrompida por grupos de pequenas seqüências repetidas de DNA. Estas seqüências repetitivas são chamadas minisatélites e aparentemente não têm qualquer função. Do nosso ponto de vista, o importante é que em cada pessoa o número e o comprimento

destes minisatélites é diferente, ou seja, eles são hipervariáveis. A utilização de sondas específicas de DNA nos permite estudar diretamente o padrão de minisatélites de cada indivíduo, determinando assim as suas impressões digitais de DNA."

E, em seguida, assim conclui, ao tratar da respectiva metodologia:

"Para o estudo das impressões digitais de DNA são necessárias amostras de DNA de todas as pessoas envolvidas. Na grande maioria dos casos usamos DNA extraído dos leucócitos do sangue periférico, que é o tecido mais fácil de ser obtido. Entretanto, o teste pode ser feito em qualquer outro tecido que contenha DNA, como, por exemplo, pele, bulbos capilares, sêmen e células cultivadas.(...)

O critério fundamental para a análise é que todas as bandas presentes no padrão da criança têm de vir da mãe ou do pai biológico. Se a criança apresentar bandas que não estão presentes na mãe nem no possível pai, a paternidade está excluída. Por outro lado, se o possível pai possuir todas as bandas da criança que não estão presentes na mãe, a paternidade está provada. A confiabilidade da inclusão de paternidade ou prova de paternidade baseada no estudo das Impressões Digitais de DNA é superior a 99,999999%" (Determinação de Paternidade pelas Impressões Digitais de DNA, pp. 130v./131).

A determinação da paternidade pela técnica de Impressões Digitais de DNA, que pode incidir,

no caso de falecimento do investigando, sobre tecidos do próprio cadáver, coletados em vida ou *post mortem* - sem olvidar que os próprios filhos do *de cujus* podem ser agentes passivos desse exame -, passa a constituir caminho de prova que, cedo ou tarde, haverá de dispensar, definitivamente, outros meios utilizados para o convencimento judicial.

A própria presunção da *exceptio plurium concubentium* tende a sucumbir como expediente para a improcedência da ação porque a ciência hoje permite, mesmo diante do comportamento desregrado ou dissoluto da mãe, muitas vezes urdido pelo direcionamento de testemunhas, a nomeação correta do respectivo progenitor.

O magistrado, assim, diante de pedido expresso nesse sentido, principalmente se a paternidade, além de inadmitida, é vigorosamente rechaçada, não pode, de modo algum, fechar as portas à realização do teste baseado no DNA. É inconcebível, na atualidade, desacolher essa conquista da ciência no contexto do processo. Nenhum argumento, mesmo dentro da bioética, terá força para que se ofereça pronta recusa a esse instante probatório fundamental.

Se é verdade que não prescinde de tecido ou substância do corpo humano, vivo ou morto, a lesão corporal de que tal resulte, de diminuta repercussão, não chega, no entanto, a comprometer o princípio da inviolabilidade corporal que, em caso como este, comporta exceção. Demais disto, é o teste indispensável para tornar evidente outro direito da

personalidade, que é o da paternidade, e do qual resultam, por evidente, entre outros direitos, o direito ao patronímico paterno e o direito aos alimentos.

Esta Câmara, por decisão unânime, na Apelação Cível n.º 33.643, de Anchieta, da qual fui relator, decidi acolher a realização do exame do DNA, em acórdão assim ementado:

"Investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos. Improcedência do pedido com fundamento na *exceptio plurium concumbentium*. Não produção de prova pelo sistema do DNA apesar de requerida pelo autor. Anulação do processo a partir da sentença, inclusive.

A paternidade, como laço de parentesco que une imediatamente a pessoa a um ascendente, constitui, sem sombra de dúvida, núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem no patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou até mesmo direitos de natureza real. Como direito da personalidade, a paternidade não pode deixar de ser investigada da forma mais ampla possível.

A *exceptio plurium concumbentium* como uma das diretrizes para julgamento de demandas desta natureza, cumpriu a sua função enquanto a ciência não atingiu o grau de evolução que ostenta, atualmente, no tema específico da perfeita identificação da paternidade. Hoje, apesar da vida desregrada da mulher, o filho por ela concebido pode buscar a identificação paterna através do sistema do DNA, cuja conclusão,

quando positiva, passa a ser cientificamente incontestável.

A identificação digital genética do DNA constitui valiosíssimo recurso da distribuição da justiça, rápida e justa, possibilitada mediante considerável economia de tempo e dinheiro.

Todos os anos, a renúncia ou recusa da responsabilidade parental provoca ajuizamento de milhares de investigações do liame genético, que representam pesado fardo para o erário público, comprometendo, pela saturação que acarretam, a própria justiça" (JC 69/120).

No mesmo sentido é o aresto da colenda 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. ELISEU GOMES TORRES, com a seguinte ementa:

"Investigatória de paternidade. Obrigatoriedade do investigado a submeter-se ao exame de determinadores genéticos de paternidade pelo sistema HLA. Correta é a determinação da Juíza *a quo* que ordenou o comparecimento do réu-agravante, pena de condução sob vara, para realização de tal exame, já que, *in casu*, seu corpo é objeto de direitos, sendo-lhe vedado invocar o direito personalíssimo de disposição do próprio corpo. Verifica-se, no caso telado, o interesse maior das agravadas em conhecer suas origens e, conseqüentemente, obterem o direito ao nome paterno" (RJTJRS n.º 162233/234).

Na esfera deste Tribunal, cumpre destacar, ainda, decisão neste mesmo sentido, na Apelação Cível n.º 46.006, de Taió, de cujo acórdão, da lavra do eminente Des. FRANCISCO BORGES, é oportuno transcrever, também pelos precedentes que menciona, o seguinte tópico:

"Não se pode perder de vista que, da filiação surgem os chamados direitos-deveres que reciprocamente unem a vida dos filhos e a dos pais, principalmente enquanto aqueles dependem da assistência moral e material destes.

Assinale-se que, a teor do art. 130, do Código de Processo Civil, ao juiz, ou também ao relator ou à turma julgadora, em Segundo Grau de jurisdição (RT 605/74), caberá determinar a realização de prova que entender necessária à instrução do processo e, conseqüentemente, converter o julgamento em diligência, (RT 593/109).

Esta colenda Câmara, em outras oportunidades e em casos semelhantes, já adotou essa orientação, como se viu na Apelação Cível n.º 43.370, de Itajaí, relator o eminente Des. JOÃO JOSÉ SCHAEFER, DJ de 30/11/93, p. 04, e, recentemente, na Apelação Cível n.º 44.232, de DIONÍSIO CERQUEIRA, relator o não menos eminente Des. ALCIDES AGUIAR, DJ de 13/04/94, p. 10.

Em ambos foi determinada a realização de nova perícia, de preferência pelo sistema do DNA e, na impossibilidade material das partes, de se submeterem

a esse exame, que, então, se levasse a efeito o do sistema HLA.

Sabe-se que a identificação genética pelo DNA contribui, de forma decisiva, para a fixação da paternidade e a lei processual, diante da amplitude das provas permitidas, não impede a sua realização.

Este exame pericial do Fator DNA, apesar da crença generalizada de ter custo elevado, vem sendo, no entanto, realizado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, cujo Departamento de Genética fica localizado na Avenida Bento Gonçalves, 9.500, Bloco 3, Prédio E, Bairro Agrônômico, Campo do Vale, Porto Alegre, RS, que tem atendido as solicitações judiciais, mediante ofício, tal como ocorreu na Apelação Cível nº 46.388, de Chapecó, julgada em 09/12/94, que teve, como relator, o mesmo deste processo, relembrando-se que o perito cumprirá o encargo, independentemente de compromisso (CPC, art. 422, cf. redação da Lei nº 8.455/92)."

Não é demais lembrar sempre o que a esse respeito escreveu no Jornal Folha de São Paulo de 04/05/89 AYUSH MORAD AMAR:

"A análise técnica do material genético fornece 100% de certeza nos casos de paternidade. Além disso, permite identificar o autor de um crime a partir de um fio de cabelo, uma gota de sangue ou esperma. (...)

A manipulação do DNA envolve esmerada tecnologia e complexos mecanismos de Engenharia Genética. Vem-se tentando, amiúde, simplificar o método para tornar o isolamento e o estudo do DNA aplicáveis às necessidades práticas, dentre as quais sobressaem-se duas áreas: a da investigação criminal e a da fixação da paternidade e maternidade.

Os recentes estudos de JEFFREYS, que culminaram com a viabilização do método de purificação e subsequente isolamento do DNA modificaram radicalmente as expectativas de sua utilização prática: os tribunais ingleses, inicialmente, e os dos demais países civilizados, em seguida, adotaram o estudo e determinação do DNA como métodos oficiais de investigação naqueles campos.

O teste desenvolvido por aquele pesquisador possibilita afirmar o vínculo genético, contrariamente aos métodos convencionais (ABO, MN, Rh, HLA, etc.), essencialmente de exclusão, e que não oferecem, senão segurança relativa, jamais alcançando a certeza. Daí dizer-se que a identificação pelo DNA é positiva e representa para o final do século que vivemos o que a descoberta das impressões digitais datiloscópicas significou no século XIX.

Assim, o DNA sai dos sofisticados laboratórios dos principais centros de pesquisa para todos os demais, por mais modestos que sejam, e transforma todos os métodos e sistemas até hoje empregados - ainda utilizados entre nós (!) - para as identificações assinaladas, em superados e obsoletos.

Amontoados de tabelas, cálculos de probabilidade inacessíveis e, quiçá discutíveis, enfim, a parafernália laboratorial - tudo, agora, com tão pouco valor...

Em face da viabilidade da determinação do DNA, os métodos de identificação empregados até hoje não têm mais razão de prosseguir. Para muitos, a investigação de paternidade pelos métodos ainda em vigor é até ofensiva diante do que representa a identificação pelo DNA.

Os fragmentos que contém os *stutters* - intervalos na cadeia de molécula do DNA, que comparecem em padrões repetitivos - são isolados e transferidos para uma membrana que, após tratamento especializado, possibilita a montagem de moldes, específicos para cada pessoa. A tarefa seguinte é a da comparação dos moldes, entre si, buscando a identificação desejada. A probabilidade de se encontrar duas pessoas de DNA iguais varia até mais de 10 trilhões, aproximadamente, o que faz desse processo uma verdadeira impressão digital genética conhecido, por essa razão, pelos ingleses, por DNA *Fingerprints*.

A técnica desenvolvida pode ser empregada com algumas gotas de sangue, fresco ou dessecado, traços de líquido espermático, uma dezena de fios de cabelo, pequenos retalhos de tecido humano, enfim, material este impossível de ser empregado nas determinações do gênero mediante as técnicas atuais. A literatura especializada descreve a determinação da paternidade pelo DNA, ainda durante a gestação.

Aplicações do seu conhecimento transcendem aos campos criminal e de fixação da paternidade e maternidade: já se descrevem determinações para fins de imigração, para a descoberta de adoções irregulares, para o estabelecimento de vínculo genético mesmo após a morte de uma das pessoas, e até para a verificação de liame entre os animais, com vistas ao *pedigree*.

Em alguns países já se pensa em se submeter setores especiais da população - militares, policiais, profissionais de áreas de alto risco, etc. - à determinação sistemática do DNA: seu ulterior estudo e classificação valerá como meio de identificação principal e, mesmo, substitutivo da efetuada, até hoje, mediante a impressão datiloscópica.

A identificação digital genética do DNA constitui valiosíssimo recurso na distribuição da justiça, rápida e justa, possibilitada mediante considerável economia de tempo e dinheiro.

Por um lado, todos os anos, a renúncia ou recusa da responsabilidade parental provoca ajuizamento de milhares de investigações do liame genético, que representam pesado fardo para o erário público, comprometendo, pela saturação que acarretam, a própria Justiça.

Por outro lado, numerosos casos de conjunção carnal mediante violência tardam a ser resolvidos ou, simplesmente, deixam de sê-lo; não sem freqüência falta de convicção mais forte de que um

suspeito é o verdadeiro autor do delito. Um teste conclusivo, seguro e rápido, que conduza à imediata descoberta do autor, evidenciando grande eficiência policial e judicial, valerá - ademais - como efetiva prevenção de novos delitos e, ao mesmo tempo, propiciará absolvição de inocentes que, de outra maneira, não teriam como prová-la.

Grande parte do problema da identificação de indivíduos funda-se na inexistência de um único teste que seja, ao mesmo tempo, simples, rápido e exato. Os sistemas sangüíneos convencionais apenas excluem o liame genético.

O mais sofisticado deles, o HLA (sistema de histocompatibilidade humana) pode apresentar probabilidade de exclusão até superior a 90%, mas, com freqüência, isto não é suficiente. Paternidades estabelecidas com elevadíssima probabilidade (até superior a 99%, juntamente com outros sistemas de grupos sangüíneos convencionais), têm sido excluídas, de maneira categórica e insofismável, mediante o simples estudo dos padrões de DNA dos envolvidos (...)

No modelo tradicional de investigação, pretendendo-se diminuir a incerteza, outros sistemas de grupos sangüíneos são adicionados (ABO, MN, Rh, haptoglobinas, sistemas eritrocitários enzimáticos, sistemas Gm e Gc, etc.), aumentando-se, destarte, o custo e o tempo de execução. Com freqüência os relatórios periciais arrastam-se por dois ou mais meses, sem contar as eventuais complementações ou repetições: o processo judicial, por sua vez, exige

tempo muito maior, porque julga provas não conclusivas ou, simplesmente, de exclusão.

Nos casos criminais, os métodos químicos e bioquímicos tradicionais, utilizados na identificação, podem - no mais das vezes - avaliar o tempo e a origem biológica de dada mancha. Seu valor é relativo, a exclusão do suspeito de dado delito é ocasional; a confirmação e a veracidade do fato, por sua vez, estão distantes da realidade. A identificação positiva lograda pelo DNA veio modificar, profunda e definitivamente, este quadro.

(...)

A paternidade ou a maternidade é determinada pelo exame de ambos os pais, além da criança. Ademais, o teste pode ser aplicado mesmo quando um dos genitores não está presente. Neste caso, o padrão de DNA do ausente pode ser reconstruído mediante exame de amostras de outros parentes. A certeza dos resultados dependerá das circunstâncias de cada caso (quantos e quais os membros da família disponíveis para o teste) (Investigação de Paternidade e maternidade de ABO ao DNA, Ed. ícone, 1990, pp. 167 a 170 e 194)."

Saliente-se que, segundo ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, em seu trabalho HLA e DNA - Novas Técnicas de Definição do Vínculo Genético, os tribunais ingleses e os demais países civilizados não só adotam como utilizam o sistema do DNA como método oficial de investigação criminal e da determinação da paternidade e da maternidade.

Em outro tópico, constante das conclusões, acentua o mesmo autor que, no Brasil a ordem jurídica vigente não impede a sua realização diante da amplitude das provas permitidas.

Adite-se, ainda, apenas para fortalecer a diretriz que se imprime no presente julgado, que, na justiça belga, por exemplo, a despeito da resistência à abertura dessa via, como livre meio de prova, existe não só a consciência de sua utilidade como também, na prática, ainda não disseminada, julgados adotando a perícia sangüínea para a busca da verdade biológica.

Deste modo, pois, é provido o recurso para reformar-se a decisão impugnada, viabilizando-se, assim, a perícia pretendida.¹³⁴

¹³⁴ Esse valioso pronunciamento evidencia um fator inegável: a influência do progresso biotecnológico na ciência processual. Não há como negar a necessidade de adequação das formas de tutela aos avanços obtidos pela sociedade atual. Essa salutar influência constitui, sem dúvida, um dos pilares desta perfunctória análise. Entretanto, não basta o reconhecimento destes fatos, já que a "contribuição maior da sociologia para a democratização da administração da justiça consiste em mostrar empiricamente que as reformas do processo ou mesmo do direito substantivo não terão muito significado se não forem complementadas com outros dois tipos de reformas. Por um lado, a reforma da organização judiciária, a qual não pode contribuir para a democratização da justiça se ela própria não for internamente democrática. E neste caso a democratização deve correr em paralelo com a racionalização da divisão do trabalho e com uma nova gestão de recursos de tempo e de capacidade técnica. Por outro lado, a reforma da formação e dos processos de recrutamento dos magistrados, sem a qual a ampliação dos poderes do juiz carecerá de sentido e poderá eventualmente ser contraproducente para a democratização da administração da justiça que se pretende. As novas gerações de magistrados deverão ser equipadas com conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos) sobre a sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular." (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice - O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1997, p. 180)

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. NAPOLEÃO AMARANTE e participaram do mesmo, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. TORRES MARQUES e, com voto, o Exmo. Sr. Des. RUBEM CÓRDOVA relator do processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n.º 8.137, da comarca de Chapecó, em que é agravante A. C. O., representada por sua mãe, sendo agravado o Espólio de M. L. G., acordam, em 2ª Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1985.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASSIS, Araken de Assis. *Da execução de alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo - influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____ Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. *In: Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil - perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____ Irreversibilidade do provimento antecipado, *In: Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Guarda de filhos*, 3. ed., São Paulo: Universitária do Direito, 1985.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB., 1994.

BORGHESI, Domenico. L'anticipazione dell'esecuzione forzata nella riforma del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giufrè, 1991.

BRUM, Jander Maurício. *Comentários a lei de alimentos*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1955.

CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia como programma di riforma e como metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1982.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Aspectos da antecipação da tutela - CPC, art. 273. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 9, p. 451-455, jul./set. 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Jovene, 1958.

CARPI, Federico. *La provvisoria Esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979.

_____ La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito. In: *La Tutela d'Urgenza*. Rimini: Maggioli Editore: Cedam, 1985.

_____ Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare in: *Saggi di diritto processuale civile*, v. I, Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1998.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1.949.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu de. O Direito e a necessidade de justiça. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 08 de março de 1.997. Cotidiano, caderno 3, p. 2.

DENTI, Vitorio. Intervento. *La tutela d'urgenza* (Atti del XV Convegno Nazionale, Bari, 4-5 Ottobre 1985) Rimini: Maggioli Editore, 1985.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Direito e processo *In: Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____ *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____ *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 5, São Paulo: Saraiva, 1996.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1992.

_____ *Comentários à lei n.º 8.560/92*. Curitiba: Genesis, 1995.

_____ *Da paternidade - relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FERNANDES, Iara de Toledo. *Alimentos provisionais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Pinto. *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

- _____ *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. *Direito de paternidade*. São Paulo: LTr, 1997.
- FRIAS, J. E. S. Tutela antecipada em face da Fazenda Pública. *Revista dos tribunais*. São Paulo, v. 728, p. 72-77, jun./1996.
- FRIEDE, Roy Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FRISINA, Pasquale. La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1986.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GARBAGNATI, Edoardo. *Il procedimento d'ingiunzione*. Milano: Giuffrè Editore, 1979.
- GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1984.
- _____ *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. vol. II, tomo I, 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 1955.

GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios gerais: isonomia e proporcionalidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n.º 719, p. 139-152, set./1995.

LA CHINA, Sergio. *Diritto processuale civile: la novella del 1990*. Milano: Giufrè, 1991.

LACERDA, Galeano. *Comentários ao código de processo civil*, v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____ *Limites ao poder cautelar geral à concessão de liminares*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 700, p. 40-45.

_____ *Função e processo cautelar: revisão crítica*. Livro de Estudo Jurídicos, Rio de Janeiro, v. 5/1-9, 1993.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família*, v. 1. Curitiba: Juruá, 1991.

_____ *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____ *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1968.

LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____ A tutela antecipada e o artigo 273 do CPC *In: Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale*, V. 3. Torino, 1981.

_____ Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinale. *Rivista di Diritto Processuale*, XIX, p. 550-581, 1964.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1994.

_____ A antecipação da tutela na reforma do processo civil. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____ *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____ *Tutela inibitória: A tutela de prevenção do ilícito*. Revista de direito processual civil. Curitiba: Genesis, v.2, p. 347-359, maio/ago., 1996.

_____ *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____ A tutela antecipatória nas ações declaratórias e constitutiva, *In: Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____ *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____ Um aprofundamento da questão da tutela dos direitos: tutelas inibitória, reintegratória, do adimplemento e ressarcitória. *Revista de direito processual civil*, Curitiba, v.10, p. 720-727, out./dez., 1998.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, v. III. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RAMOS FILHO, Wilson et al. *Direito e neoliberalismo - Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996.

MATTEI, Ugo. *Tutela inibitória e tutela risarcitoria*. Milano: Giufrè, 1987.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias*. *Revista Brasileira de Direito Processual* 56/43-52. Out-dez./87.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Estampa, 1994.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo IX e X. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____ *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____ *Tratado de direito privado*, tomo IX, Rio de Janeiro: Borsói, 1955.

MONTESANO, Luigi. *Le tutele giurisdizionali dei diritti*.
Bari: Cacucci, 1983.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da
efetividade do processo *In: Temas de Direito
Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____ *O novo processo civil brasileiro*. Rio de
Janeiro: Forense, 1993.

NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre processo civil*.
São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Lei de alimentos comentada*. São
Paulo: Saraiva, 1995.

_____ *Estatuto da criança e do adolescente comentado*.
São Paulo: Saraiva, 1993.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A tutela de urgência
e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____ Alcance e natureza da tutela antecipatória, *In:*
*Estudos de direito processual em memória de Luiz
Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. A antecipação da tutela na
ação de investigação de paternidade cumulada com
alimentos (comentário a julgado). *Revista de Direito
Processual Civil*, Curitiba, v.4, p. 184-193, jan./abr.
1997.

_____ A tutela antecipatória e os alimentos
provisionais: uma breve análise. *Revista de Direito
Processual Civil*, Curitiba, v. 9, p. 471-472,
jul./set. 1998.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família* (Direito Matrimonial). Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1990.

OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PAINI, Reynaldo José Castilho. *Reconhecimento de paternidade e união estável*. São Paulo: Saraiva, 1996.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações do código de processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PENA, Sérgio D. J. Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA: estado de arte no Brasil. In: *Direitos de família e do menor: inovações e tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____ Engenharia genética - DNA: a testemunha mais confiável em determinação de paternidade. In: *Repensando o direito de família - Anais do I congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____ *Instituições de Direito Civil*, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família - Uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Ação de alimentos*, 3ª ed.,
Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1983.

PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla tutela di condanna*.
Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
Milano: Giufrè, 1978.

_____ *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*.
Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1979.

_____ *Intervento. La tutela d'urgenza* (Atti del XV
Convegno Nazionale, Bari, 4-5 Ottobre 1985). Rimini:
Maggioli Editore, 1985.

PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*.
Rio de Janeiro: Relume-dumará, 1995.

RAPISARDA, Cristina. *Profilli della tutela civile
inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São
Paulo: Saraiva, 1988.

_____ *Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo:
Saraiva, 1996.

RICCI, Edoardo F. *I provvedimenti interinali e
cautelari*. In: *La riforma del processo civile*. Milano:
Giufrè, 1991.

_____ *A tutela antecipatória brasileira vista por um
italiano*. *Revista de direito processual civil*,
Curitiba, v.6, p. 691-720, set./dez. 1997

_____ *Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na
Itália*. *Revista de direito processual civil*, Curitiba,
v.7, p. 87-93, jan./mar. 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de alice: O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____ *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1.996.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. V. 6, 7. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. *A técnica de elaboração da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SATTA, Salvatore. *La successione nel diritto controverso* (a proposito di una recensione). Padova: Cedam, 1968.

_____ *L'esecuzione forzata*. Turim: Utet, 1963.

_____ *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsói, 1973.

SCHNAID, David. A interpretação jurídica constitucional e legal. *Revista dos Tribunais*. V. 733, p. 39-45, nov./1996.

SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado - Histórico e contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____ *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____ *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____ *A Antecipação da tutela na recente reforma processual*, In: *Reforma do Código de Processo Civil*, Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TARUFO, Michele. *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giufrè, 1988.

TARZIA, Giuseppe. *Considerazione conclusive* In: *Les mesures provisoires en procédure civile*. Milano: Giufrè, 1985.

_____ *Intervento*. *La tutela d'urgenza* (atti del XV Convegno Nazionale, Bari, 4-5 Ottobre 1985) Rimini: Maggioli Editore, 1985.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O direito de família na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: *Repensando o direito de família - Anais do I congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

- _____ Antecipação da tutela em ações declaratórias e constitutivas. *Revista de direito processual civil*, Curitiba, v.10, p. 710-719, out./dez. 1998.
- TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza, struttura e limitti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983.
- _____ Intervento. *Les mesures provisoires en procédure civile*. Milano, Giufrè, 1985.
- VERDE, Giovanni. *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (como è e come su vorrebbe che fosse)*. I Processi Speciali, Studii Offerti a Virgilio Andrioli dai suoi Allievi. Napoli: Jovene, 1979.
- _____ *Profili del processo civile (parte generale)*. Napoli: Jovene, 1988.
- VILELLA, João Baptista. O reconhecimento de paternidade entre o pós-moderno e o arcaico: primeiras observações sobre a lei n.º 8560/92. *Repertório IOB de jurisprudência*. São Paulo, n.4, 2.quinz./fev./93.
- WATABANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____ Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, *In: Reforma do Código de Processo Civil*, Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____ Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade no sistema do CPC, *In: Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ZUMPANO, Mariangela. *Tutela d'urgenza e rapporto di lavoro*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1989.