

FLÁVIO LUÍS DE OLIVEIRA

**A NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA DOS
ALIMENTOS DECORRENTES DO DEVER DE
SUSTENTO À LUZ DE UMA CLASSIFICAÇÃO DAS
TUTELAS ADERENTES AO DIREITO MATERIAL**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à
obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA


— 2001 —

FLÁVIO LUÍS DE OLIVEIRA

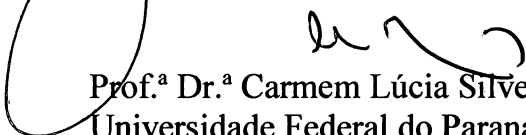
A NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA DOS ALIMENTOS DECORRENTES
DO DEVER DE SUSTENTO À LUZ DE UMA CLASSIFICAÇÃO DAS
TUTELAS ADERENTES AO DIREITO MATERIAL

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

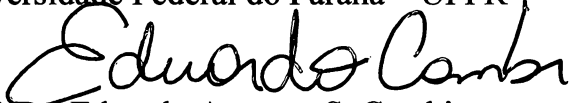
Orientador:




Prof. Dr. Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni
Universidade Federal do Paraná – UFPR



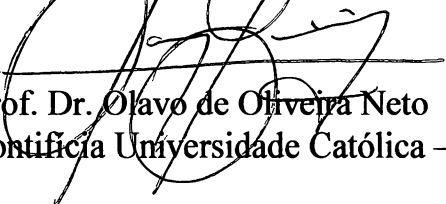
Prof.ª Dr.ª Carmem Lúcia Silveira Ramos
Universidade Federal do Paraná – UFPR



Prof. Dr. Eduardo Augusto S. Cambi
Universidade Federal do Paraná – UFPR



Prof.ª Dr.ª Iara de Toledo Fernandes
Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP



Prof. Dr. Olavo de Oliveira Neto
Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP

Curitiba, 06 de abril de 2.001

À Rita, minha esposa,
um porto seguro em meio à tempestade.

Agradeço ao jovem e talentoso advogado,
Telêmaco Luiz Fernandes Júnior,
pelo inestimável auxílio.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 A INDEPENDÊNCIA ENTRE ILÍCITO E DANO E SEUS REFLEXOS NA CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS NO PLANO DO DIREITO MATERIAL	7
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	7
2.2 TUTELA PREVENTIVA: MANDAMENTAL (INIBITÓRIA) E EXECUTIVA.....	18
2.3 TUTELA REINTEGRATÓRIA: MANDAMENTAL E EXECUTIVA.....	30
2.4 TUTELA RESSARCITÓRIA: MANDAMENTAL E EXECUTIVA.....	34
3 A IMPORTÂNCIA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS	39
3.1 A GENERALIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA NO ÂMBITO DA ESTRUTURA DO CÓDIGO.....	39
3.2 A TÉCNICA DA COGNIÇÃO E A CONSTRUÇÃO DE PROCEDIMENTOS ADEQUADOS ÀS REAIS NECESSIDADES DE TUTELA ESPECÍFICA.....	43
4. PERFIS DO DEVER DE SUSTENTO E AS TÉCNICAS DE TUTELA ALIMENTAR	48
4.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE OBRIGAÇÃO E SUA PROJEÇÃO EM RELAÇÃO AOS ALIMENTOS.....	48
4.2 A DISTINÇÃO ENTRE DEVER DE SUSTENTO E OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.....	52
4.3 O CONTEÚDO NÃO PATRIMONIAL DO DEVER DE SUSTENTO DIANTE DA PRESTAÇÃO ALIMENTAR PECUNIÁRIA.....	57
4.4 A ALTERNATIVIDADE DA PRESTAÇÃO DIANTE DA INFUNGIBILIDADE MERAMENTE JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE SUSTENTO À LUZ DA UTILIZAÇÃO FUNGÍVEL DAS TÉCNICAS EXECUTIVA E MANDAMENTAL.....	64

4.5 A IDENTIDADE ESTRUTURAL E FUNCIONAL DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS E PROVISIONAIS DIANTE DA DIVERSIDADE PROCEDIMENTAL.....	77
5 AS TUTELAS ESPECÍFICAS DO DEVER DE SUSTENTO.....	84
5.1 ALIMENTOS (PROVISÓRIOS) PREVENTIVOS: MANDAMENTAIS (INIBITÓRIOS) E EXECUTIVOS.....	84
5.2 ALIMENTOS (PROVISÓRIOS) REINTEGRATÓRIOS: MANDAMENTAIS E EXECUTIVOS.....	97
6 A TUTELA ALIMENTAR RESSARCITÓRIA (OBRIGAÇÃO ALIMENTAR) DIANTE DA TUTELA ALIMENTAR PREVENTIVA E REINTEGRATÓRIA (DEVER DE SUSTENTO): REFLEXO DA DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO E DANO.....	102
7. CONCLUSÕES.....	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	113

RESUMO

A tutela específica do dever de sustento, permite a implementação da tutela preventiva, bem como, diante da prática de ilícito, da tutela reintegratória. Para tanto, é necessário distinguir o ilícito do dano, de forma a concretizar as técnicas de coerção e sub-rogação, delimitando, outrossim, o campo de incidência da tutela ressarcitória pelo equivalente, decorrente da universalização da sentença condenatória. Além disso, diante das características do crédito alimentar, a técnica antecipatória revelar-se-á fundamental para a efetividade dos pronunciamentos judiciais. Esta análise, à luz do artigo 461 do Código de Processo Civil, permite racionalizar os procedimentos de forma a ensejar a tutela do direito na forma específica e não por sucedâneos. Tal objetivo, notadamente no que concerne aos direitos de cunho não patrimonial, deve ser alcançado através da aplicação do princípio da proporcionalidade e da elasticidade processual. Assim, no que tange aos alimentos decorrentes da autoridade parental, a tutela preventiva e a tutela reintegratória podem ser prestadas através de procedimentos diferenciados, aptos a uma satisfação pronta e eficaz desses direitos, o que não ocorreria pelo demorado procedimento executivo. Portanto, estes aspectos constituem dados de significativa importância, a justificar, neste contexto, uma reconstrução sistemática do instituto em testilha, através da qual é possível obter soluções novas para antigas controvérsias relativas à sua aplicação concreta.

1. INTRODUÇÃO

O ser humano, como se sabe, é regido por uma série de normas e princípios que visam protegê-lo e garantir-lhe um determinado número de direitos e, por outro lado, impor-lhe um conjunto de deveres. Dentre os direitos, encontramos uma determinada categoria marcada pelo conteúdo e função não patrimonial, que “não podem ser adequadamente tutelados através de uma sentença que atua voltada para o passado.”¹

Tal assertiva revela, irrefragavelmente, a insuficiência das formas de tutela concernentes aos direitos não patrimoniais, em específico a tutela ressarcitória, baseada na condenação exarada no âmbito do processo de conhecimento, já que não é apta à prevenção ou à remoção do ilícito.

Neste contexto, os direitos não patrimoniais, ou seja, os valores sem conteúdo econômico, sempre foram, quando violados, compensados monetariamente. Isto se deve ao fato de sempre se identificar no ilícito um ato danoso. Logo, não havia uma preocupação em se tutelar o ilícito como algo distinto do dano, de forma a prevenir a sua ocorrência, bem como, nas hipóteses em que já havia se verificado, todavia sem a ocorrência de dano, a sua remoção.²

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 2, p. 347-372, maio/ago. 1996.

² “Há casos em que é praticado um ato contrário ao direito – ato ilícito – que não produziu dano, e ainda assim é necessária a tutela de remoção do ilícito, até mesmo para que o ato não provoque danos; essa tutela, como é evidente, não é uma tutela contra o dano. A tutela inibitória, por sua vez, destina-se a inibir o ilícito, muito embora possa, em virtude de eventual identidade cronológica entre o ilícito e o dano, culminar por inibir o próprio dano.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 16).

Esta concepção equivocada e extremada do direito, se coaduna com “o mundo jurídico, um mundo conceitual puro, criado pelos próprios juristas, desvinculado e independente do mundo social, no qual os conceitos jurídicos pudessem ser construídos como princípios, conceitos e fórmulas matemáticas que são universais, porque vazias de conteúdo.”³

O problema fundamental é que o direito processual civil, nascido, como se sabe, no seio do liberalismo europeu do século XIX, recente-se de graves equívocos e pressupostos ideológicos que o marcam como defeitos congênitos, dentre os quais deve-se ressaltar as deformações causadas pelas correntes formalistas que tanto distanciaram o processo civil da realidade social.⁴

Nesta ótica, a efetividade das decisões judiciais sempre repousou em dois alicerces básicos: a garantia de acesso ao judiciário e a obtenção da justiça real.

A dificuldade é que o acesso à justiça, nestes casos, não se materializará através de uma tutela que desconsidere a distinção entre ilícito e dano.

Assim, o conteúdo não patrimonial, ou preponderantemente não patrimonial, de alguns direitos, torna completamente inefetiva a tutela de ressarcimento pelo equivalente. Apenas nos casos em que o

³ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 06.

⁴ “Na realidade, a unificação das categorias da ilicitude e da responsabilidade civil, fruto de uma postura civilista fincada nas relações do final do século XIX, é que impede o processualista de identificar uma tutela preocupada exclusivamente com o ilícito, ainda que ela seja fundamental para a efetividade da tutela dos novos direitos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 17).

dano possa ser reparado na forma específica é que a tutela ressarcitória mostra-se efetiva.

Portanto, a organização da justiça civil e, em particular, a tramitação processual, não podem ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e, em especial, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos.

Logo, as medidas de democratização no âmbito da constituição interna do processo e do acesso à justiça, apesar de amplas, tem limites óbvios. A desigualdade da proteção dos interesses sociais dos diferentes grupos está cristalizada no próprio direito, pelo que a democratização da administração da justiça, mesmo se plenamente realizada, não conseguirá mais do que igualizar os mecanismos de reprodução da desigualdade.⁵

Destarte, nas nascentes democracias, os procedimentos jurídico-administrativos foram concebidos em conjunturas políticas pouco democráticas, informadas por estratégias de exclusão das demandas sociais majoritárias.

A compreensão do processo de inclusão destas demandas no âmbito das políticas públicas, e mesmo do ordenamento jurídico estatal, requer o enfrentamento de uma complexidade estrutural: a colidência entre os interesses

⁵ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 177.

dos detentores do capital, de um lado, e dos interesses da classe trabalhadora, do outro.⁶

“Sob o capitalismo, o Direito e a ideologia, tratam toda a propriedade da mesma maneira, obscurecendo a distinção entre recursos produtivos e artigos de consumo que define as classes sociais. Sob o capitalismo, o Direito e a ideologia tratam as partes do contrato da mesma maneira, como indivíduos, omitindo o fato de que os trabalhadores, que não podem sobreviver sem vender sua capacidade de trabalho, são obrigados a entrar em contratos de emprego. As instituições políticas tratam a todos como cidadãos em abstrato.”⁷

Em síntese, a despreocupação com a construção de procedimentos adequados às peculiaridades do direito material, o que reflete um ordenamento jurídico neutro em relação às diversas posições sociais, tem como consequência a universalização da tutela ressarcitória.⁸

Contudo, o princípio da inafastabilidade não apenas veda que se exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, como

⁶ Cf. GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. In: **Direito e Neoliberalismo**. Curitiba: Edibej, 1996. p.115-135.

⁷ PRZEWORSKY, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. p.107. Outrossim, “se todos são iguais – prevalecendo o princípio da igualdade formal -, e esta igualdade deve ser preservada no plano do contrato, não podendo o órgão jurisdicional interferir de modo mais incisivo no âmbito das relações jurídicas privadas, nada melhor do que a simples tutela que dá ao sujeito lesado apenas o equivalente em dinheiro ao valor da lesão, mantendo-se assim inalterados os mecanismos de mercado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 18).

⁸ Cf. OLIVEIRA, Flávio Luís de. As tutelas diferenciadas e o sistema de produção capitalista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 29, p. 189-197, 1996.

garante o direito ao processo efetivo, com a superação dos pontos sensíveis que obstam a prestação jurisdicional adequada.⁹

Logo, a efetividade da tutela jurisdicional, notadamente no que concerne aos direitos da personalidade, somente será alcançada através da preordenação de instrumentos processuais dirigidos a permitir a tutela na forma específica.

Com efeito, para que o processo possa tutelar de forma adequada e efetiva as várias situações concretas, torna-se necessária a tomada de consciência acerca das tutelas aderentes às diversas situações de direito.

Nesta linha, como os elementos da situação jurídica litigiosa podem sofrer mutações antes que o processo alcance o provimento jurisdicional definitivo, foram concebidas providências de natureza satisfativa, via cognição sumária, que não se limitam a assegurar a eficácia e utilidade da tutela jurisdicional.

Por outro lado, este avanço demonstrou que a realização do direito não depende do grau de cognição do julgador, tendo em vista a possibilidade do direito ser realizado de forma provisória, ainda que via cognição exauriente, como ocorre com as sentenças provisórias com efeitos imediatos.¹⁰

⁹ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁰ Frise-se que as inovações introduzidas pela recente reforma do Código de Processo Civil constituem dados de significativa importância, a justificar, neste contexto, uma reconstrução sistemática da disciplina do instituto em exame, através da qual é possível chegar a soluções novas para antigas controvérsias relativas à sua aplicação concreta.

Além disso, o desenvolvimento da ciência processual revelou que o sistema tradicional de tutela dos direitos, estruturado sobre o procedimento ordinário e as sentenças da classificação trinária, é absolutamente incapaz de permitir que os direitos sejam adequadamente tutelados.¹¹

É fundamental, portanto, a análise jurídica no sentido de definir os aspectos inerentes à tutela alimentar e as consequentes sanções de natureza civil, quer no que concerne à prevenção, ou remoção, de atos ilícitos, quer no que tange ao ressarcimento de danos causados.

Com esta visão, o presente trabalho pretende investigar a natureza jurídica da tutela dos alimentos decorrentes do dever de sustento à luz de uma classificação das tutelas aderentes ao direito material.¹²

Não poderia ser diferente, pois “direito e processo constituem dois planos verdadeiramente distintos do ordenamento jurídico, mas que estão interligados pela unidade dos escopos sociais e políticos, o que conduz à relativização desse binômio direito-processo (*substance-procedure*). Essa é uma colocação acentuadamente instrumentalista, porque postula a visão do processo, interpretação de suas normas e solução empírica dos seus problemas, à luz do direito material e dos valores que estão à base.”¹³

¹¹ Acerca da classificação quinária das ações, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 104-118.

¹² Note-se que os direitos da personalidade podem ser especificados dentro de uma classificação correspondente à sua natureza dominante. Assim, dentre os direitos da personalidade, estariam, dentre outros, o direito à vida e aos alimentos. Cf. FRANÇA, Limongi R. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1036.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 317.

De fato, o processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a propiciar o resultado pretendido por aqueles que dele necessitam. Isso somente será possível se for concebido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material.

As necessidades encontradas em sede das relações substanciais devem nortear o processualista. Destarte, o processo desenvolve-se sob várias formas, mas deve adequar-se à sua finalidade precípua, importa dizer, à tutela de uma situação concreta.¹⁴

2. A INDEPENDÊNCIA ENTRE ILÍCITO E DANO E SEUS REFLEXOS NA CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS NO PLANO DO DIREITO MATERIAL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“Nel linguaggio comune la parola illecito viene usata principalmente como aggettivo, per qualificare una azione o una situazione, per dire cioè che esse non sono consentite dalla norma morale o da leggi civili o religiose: in questo senso si parla di acquisti, affari, guadagni illeciti, di commercio illecito, di atti illeciti, di relazione illecita. Nell’ambito del diritto tuttavia tale indicazione è soggetta a varie distinzioni, la più importante delle quali è quella che viene fatta in relazione alla diversa natura della norma giuridica che viene violata.

¹⁴ Nesse sentido, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado de princípio da elasticidade processual. Acerca do tema, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo – influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 51.

Si distingue così un illecito penale da un illecito civile e da un illecito amministrativo.

È tuttavia diffuso il pensiero che i tre tipi di illecito, penale, civile e amministrativo, pure essendo previsti e disciplinati da regole particolari a ognuno di essi, partecipino di una stessa natura sostanziale e trovino una disciplina fondamentale comune. E ciò anche se vengono rivelate delle differenze non marginali, come quella per cui l'illecito amministrativo, al pari dell'illecito penale, consiste essenzialmente nella violazione di norme o di doveri posti dalla legge e trova sanzioni consistenti prevalentemente in una pena, mentre l'illecito civile corrisponde, nell'aspetto suo tradizionale, alla causazione di un danno e trova la sua sanzione essenzialmente nel risarcimento.”¹⁵

Por esta razão, dentre outras, alguns juristas¹⁶ sustentam que o ato ilícito só interessa ao direito sob a ótica do dano, portanto, da reparação.

¹⁵ PIETROBON, Vittorino. **Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento**. Padova: Cedam, 1998. p. 3-4.

¹⁶ “Todo ato ilícito é danoso e cria para o agente a obrigação de reparar o dano causado.” (BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil comentado**. v. 5. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1947. p. 290). “Poder-se-ia dizer que o ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem. O ato ilícito só repercute na órbita do direito civil se causar prejuízo a alguém.” (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 19). “Enquanto no ilícito civil a regra transgredida é inerente à convivência e compatibilidade das atividades dos particulares entre si, no ilícito penal o que está em causa é a conduta a ser observada pelos indivíduos em relação ao todo social. No crime, a figura do criminoso é apreciada como um ente anti-social, ao passo que no Direito Civil o que se tem em vista é o prejuízo patrimonial. Tal a razão pela qual o Direito Civil só se movimenta em defesa do aspecto patrimonial.” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 419-420). “Para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 416). Por sua vez, Maria Helena Diniz sustenta que o “ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano à outrem, criando o dever de repará-lo.” (DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 169). “A consequência da prática do ato ilícito, devidamente caracterizado, é a obrigação de reparar o dano.” (FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 132.).

Destarte, da análise perfunctória do artigo 159 do Código Civil, é possível depreender, embora de forma equivocada, a existência de uma equiparação, no que concerne à responsabilidade civil, entre ilícito e dano.

Assim, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”¹⁷

Nesta linha, de acordo com a redação do mencionado dispositivo, a reparação do dano deve ocorrer quando, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, houver violação a direito ou prejuízo a outrem.

Note-se que, devido ao emprego da conjunção *ou*, a reparação do dano, nos termos da lei, dependerá da ocorrência de uma das alternativas, importa dizer, violação a direito ou prejuízo a outrem.

Logo, para efeito de responsabilidade civil, as categorias do ilícito e do dano foram equiparadas, partindo-se da premissa de que a tutela de reparação do dano é a única forma de tutela contra o ilícito.¹⁸

¹⁷ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 05 jan. 1916.

¹⁸ Partindo-se dessa premissa, “não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta contra *jus*, numa palavra, a injúria, fosse qual a fosse a consequência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso.” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 313-314). Note-se que esta concepção não é encontrada apenas na doutrina nacional. Com efeito, Guido Alpa sustenta que o “atto illecito, in senso tecnico, è appunto l’atto che provoca danni a terzi, e che crea una obbligazione di risarcimento.” (ALPA, Guido. **Istituzioni di diritto privato**. Torino: Utet, 1994. p. 1098).

Entretanto, imaginar que não há ilícito que não cause dano, ou que não importa, em termos de tutela civil, um ato contrário ao direito que não cause dano, é um grande equívoco, pois é possível ocorrer a violação a direito, notadamente àqueles de conteúdo não patrimonial, que não comportam reparação mediante o equivalente monetário.¹⁹

Com efeito, tratam-se de institutos jurídicos independentes, em relação aos quais é perfeitamente possível identificar modalidades autônomas de tutela.²⁰ Destarte, a sanção privada sempre se restringiu ao ressarcimento pela responsabilidade civil. Essa, porém, não é uma tutela dos direitos da personalidade, sob o seu aspecto privado, tampouco se revela adequada à propiciar-lhes a devida garantia.²¹

¹⁹ “Há hipóteses em que a violação da norma, ainda que não produtora de dano, deve ser sancionada através da adequada tutela jurisdicional. Assim, por exemplo, a hipótese de exposição à venda de produto nocivo à saúde do consumidor. Neste caso, a simples exposição à venda constitui ato ilícito, suscetível de repressão através da devida tutela jurisdicional. Quem expõe à venda produto nocivo à saúde do consumidor sujeita-se a uma ação coletiva de busca e apreensão da mercadoria, a ser proposta por qualquer um dos legitimados à ação coletiva. O exemplo demonstra, com clareza, que o ilícito não se confunde com o dano, e, mais do que isto, que, em determinados casos, há a necessidade de uma tutela autônoma que não é dirigida a evitar o ilícito – já que o ilícito já foi praticado -, mas que também não se volta contra o dano, que pode ou não ter ocorrido, mas que sempre será objeto de uma tutela diferente e própria, a tutela ressarcitória. Em outras palavras, e em síntese, não há razão para não se admitir que um ato contrário ao direito, que não gera um dever de indenizar, deva ser sancionado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 22-23).

²⁰ Assim, “a falta de tal sistemática deve-se a deficiência de base em lógica contemporânea, no que essa alcançou de estudo da estrutura dos sistemas lógicos, por parte dos juristas, quase sempre de cultura formada em filosofias e lógicas superadas e deficitárias.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. tomo 9. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 21-22).

²¹ “Tem-se descuidado o estudo dos deveres das pessoas em geral. Falando-se de reparação, por exemplo, e de outras espécies de responsabilidade, toma-se o suporte fático e a regra jurídica, para se apontar o fato ilícito, sem se remontar ao passado. Essa atitude, só no presente, cinde a realidade e corta, temporalmente, o mundo jurídico, impedindo a visão do que estava antes do que se reputou suporte fático. E é dela que deriva o não se haver explorado o campo, v.g., dos direitos da personalidade. A reparação do dano e as sanções penais, caducificantes, estão ao lado da reintegração, como os modos mais adequados à realização do direito objetivo (isto é, à atividade do Estado, para que a aplicação, ou atendimento, seja igual à incidência).” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. tomo 5. Campinas: Bookseller, 2000. p. 482-486).

Portanto, diante das peculiaridades dos direitos extrapatrimoniais que, por sua natureza, não têm equivalente em pecúnia, não há como olvidar a impossibilidade de serem tutelados através da técnica ressarcitória pelo equivalente, evidenciando-se, por consequência, que o mais importante do que reparar o dano é eliminar o ilícito que pode provocá-lo.²²

Frise-se, por consequência, a necessidade de se reconhecer tutelas específicas aderentes às diversas situações de direito material, já que a reparação visa restaurar a situação patrimonial anterior do prejudicado, sem levar em consideração a natureza do direito violado, privilegiando a técnica ressarcitória pelo equivalente, cuja sentença atua voltada ao passado.

A tutela que se preocupa com a recomposição do bem jurídico ofendido não é tutela do equivalente patrimonial monetário; ao contrário, caracteriza-se como uma tutela que visa o bem de forma específica, e não um *quantum* aferido a título de perdas e danos.

Logo, como a tutela específica não se confunde com a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, esta não é o meio hábil a recompor o bem jurídico ofendido, a não ser que seja prestada na forma específica.

Assim, “quando se diz que não há ilícito sem dano, identifica-se o ato *contra ius* com aquela que é a sua normal consequência e isso ocorre apenas porque o dano é o sintoma sensível da violação da norma. A confusão entre o ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da

²² È necessario altresí denunziare, sul terreno delle scelte di metodo, l'accentuato formalismo com cui la dottrina processualistica tradizionale, classificando le tutele in base a criteri esclusivamente inerenti al processo, ha finito per elevare a sistema il primato della tecnica risarcitoria tra i rimedi contro l'atto illecito.” (RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: Cedam, 1987. p. 12).

violação e, ainda, do aspecto de que entre o ilícito e o dano subsiste freqüentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda que no plano lógico.”²³

Nesta linha, no direito argentino, “ya se ha dicho: no hay responsabilidad jurídica (civil), si no hay daño. Yes por ello que el art. 1067 del Cód. Civil enfatiza: ‘No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u outro acto exterior que lo pueda causar.’ Ello no significa que la antijuridicidad dependa o se califique em razón del daño producido. O, en otras palabras, que el juicio de antijuridicidad se base exclusivamente en el resultado (el daño).”²⁴

A verdade, em síntese, é que o dano constitui elemento da responsabilidade civil distinto do ato ilícito e, por esta razão, é possível que um ato ilícito não cause dano algum.²⁵

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 25.

²⁴ ZANNONI, Eduardo A. **El daño en la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Astrea. 1993. p. 02. “La antijuridicidad significa un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento jurídico por parte de una determinada conducta. Pero esse juicio de menosprecio puede hacerse no sólo por el resultado de la acción, sino por la acción misma. La acción, en efecto, puede apreciarse en ambos aspectos: “uno, según su resultado causal, és decir, según se haya conducido respecto de los intereses desconocidos por el ordenamiento jurídico o los bienes jurídicos a los que haya lesionado o simplemente arriesgado, y outro, según que la acción como tal se haya conducido en relación com el mandato o prohibición (contraria a las normas o conforme a ellas). Podemos distinguir, por lo tanto, entre juicio de menosprecio del resultado y juicio de menosprecio de la acción.” (SANTOS BRIZ, Jaime. **Derecho de daños**. Madrid: Montecorvo, 1963. p. 26).

²⁵ Nos termos do artigo 185 do projeto do novo Código Civil brasileiro, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Assim, constata-se que o legislador, ao evitar o emprego da expressão “violar direito ou causar prejuízo”, objetivou evitar a equiparação das categorias do ilícito e do dano. Contudo, ao estabelecer que comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, o legislador insistiu no equívoco, pois, nestes termos, somente haverá ato ilícito se a violação do direito causar dano. Importa dizer, o ato somente será tido como ilícito quando causar dano. Portanto, houve um visível excesso na definição de ato ilícito, em cujos elementos integrantes não figura o dano, requisito, sim, da obrigação de reparar. Outrossim, dizer que o agente que viola direito, causando dano, comete ato ilícito, será o mesmo que dizer: aquele que comete ato ilícito danoso, comete ato ilícito.

Com efeito, o ilícito civil não está necessariamente associado à produção de danos. O ilícito civil surge e tem consequência, mesmo que porventura nenhum dano haja a reparar.²⁶

Por outro lado, o ato ilícito danoso não esgota as causas de responsabilidade civil. Há casos em que ela se impõe, não obstante ser lícito o ato de que resulta o dano, como nos casos de estado de necessidade e legítima defesa, quando, para a eficiência desta, se faz necessário danificar alguma coisa, nos termos dos artigos 160 e 1.520 do Código Civil brasileiro.

Todavia, Zannoni, por não observar esta hipótese, comum ao direito argentino, aduz que “la antijuridicidad es un presupuesto de la responsabilidad.”²⁷ Note-se, entretanto, “che l’obligazione di risarcimento, che costituisce la conseguenza della responsabilità civile, no deriva dall’illecito, ma dal fatto dannoso. Per l’ordinamento italiano il carattere dell’illiceità è estraneo al fatto dannoso.”²⁸

²⁶ “El acto es ilícito cuando es contrario a las normas de los derechos público y privado. Los efectos de derecho privado de los actos ilícitos son muchos y diversos, pero en todo caso perjudiciales para quien los comete. Pueden consistir: en la obligación de reparar el daño o de prestar garantía; en la caducidad de los derechos pertenecientes al autor del acto ilícito o en el nacimiento de derechos para el perjudicado (ejemplos: resolución del contrato, facultad de defensa y justicia personales, acción por abstención, derecho de divorcio, etc.). Algunos de esos efectos se basan en la culpa y otros no; afectan al autor contra su voluntad o, al menos, sin ella; tampoco importa que él persiga el efecto jurídico de su acto o que lo prevea.” (TUHR, Andreas Von. **Derecho Civil**. Traducción por Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1947. p. 136-137).

²⁷ ZANNONI, Eduardo A. **El daño...** p. 03.

²⁸ CARBONNE, V. **Il fatto dannoso nella responsabilità civile**. Napoli: Jovene, 1969, p. 123. Frise-se que “el Código civil español, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, no recoge el término antijurídico, injusto o ilícito, para la responsabilidad civil en el art. 1902, pues se limita a establecer en éste que ‘el que por acción u omisión causa dano a outro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.’ Resulta palmario, por lo tanto, que en esta materia se mantiene fiel ao Código Civil francés cuyo art. 1832 dispone que “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.” (SUERIO, Maria E. Rovira. **La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados ao derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen**. Barcelona: Cedecs, 1999. p. 31-32).

Destarte, “há mais atos ilícitos ou contrários a direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar. Por outro lado, há obrigação de indenizar sem ilicitude do ato ou de conduta.”²⁹

Logo, é um equívoco sustentar que “a idéia de dano ressarcível é, portanto, mais lata do que a de ato ilícito.”³⁰ Nestes termos, como existem danos que não são ocasionados por atos ilícitos, mas sim por atos lícitos, não é o ato ilícito, eventual causador do dano, que explica e justifica a reparação.

Portanto, se é certo que o ilícito normalmente ocasiona dano, bem como que o dano pode decorrer de um fato lícito, não menos certo é o fato de se evidenciar ilícitos sem dano.

Sendo assim, quando se imagina que não há ilícito sem dano, ou que não importa, em termos de tutela civil, um ato contrário ao direito que não provoque dano, parte-se da premissa de que não há ato contrário ao direito que, não provocando dano, deva ser sancionado civilmente.

Logo, a tutela que se preocupa somente com o dano, visando ressarcí-lo, não se apresenta adequada às reais necessidades de tutela no plano do direito material, já que, nas hipóteses de ilícito sem dano, a tutela ressarcitória seria ineficaz.

Outrossim, nos casos em que o ilícito eventualmente venha a produzir dano, a tutela ressarcitória removeria, quando muito, o dano, mas não seria hábil a remover o ilícito.

²⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de...** tomo 2. p. 241.

³⁰ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil...** p. 292.

Portanto, a tutela ressarcitória somente seria adequada, no seu todo, nas hipóteses de dano causado por atos lícitos (estado de necessidade e legítima defesa), pois, nesses casos, não haveria necessidade de remoção do ato ilícito, já que seria tido como lícito.³¹

Frise-se que Limongi França já alertara acerca da importância da tutela específica liminar para a efetividade da tutela dos direitos de cunho não patrimonial, notadamente os direitos da personalidade.³²

Com efeito, “o uso do interdito proibitório para a tutela dos direitos de marca, de invento, etc. deixava visível a inexistência de tutela adequada aos direitos da personalidade, ou ainda fazia ver que o Código de Processo Civil somente podia responder em parte ao direito à tutela preventiva, o que apenas reafirmava a tendência nitidamente patrimonialista do sistema de tutela dos direitos e, mais do que isso, a própria ideologia que o inspirava.”³³

³¹ Por que, então, não aceitar que, para a tutela de direitos não patrimoniais, mais relevantes que os patrimoniais, quais os ligados aos direitos da coletividade, à qualidade de vida ou aos direitos absolutos da personalidade (como os direitos à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, à liberdade, ao nome, à intimidade, etc.), possa o sistema possuir provimentos que concedam tutela específica eficaz às obrigações de fazer e não fazer? (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer. In: **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1.996. p. 43-47).

³² “A necessidade da proteção liminar dos direitos pessoais demonstrou a impropriedade, para esse fim, do uso dos interditos possessórios, bem como do mandado de segurança. A mesma impropriedade concerne às atuais medidas cautelares, mesmo em face das distorções que se lhes têm querido emprestar com a definição das assim chamadas ‘medidas satisfativas’ e outras. Na verdade, por mais que se tenham esforçado os doutos em preencher lacunas por essa via, o fato é que, se, de um lado, medidas cautelares são, em princípio, preparatórias e acessórias de ações principais, do outro, dada a sua utilização delimitada, não são de molde a atender à vasta necessidade de proteção liminar dos Direitos da Personalidade.” (FRANÇA, Limongi R. Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 567, p. 09-16, jan. 1983).

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 247.

Outrossim, no campo do Direito Penal resta evidente a preocupação em se tutelar adequadamente os ilícitos, ainda que não causem dano.

Note-se que, “nos crimes de mera conduta (ou de simples atividade) a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente.”³⁴

Logo, a conduta do agente é considerada suficiente para configurar a ofensa ao direito tutelado ou para constituir a violação da norma. A conduta, e tão somente a conduta, perfaz o elemento material do crime.

Neste ponto reside o aspecto fundamental da confusão entre a tutela repressiva³⁵ e a tutela ressarcitória, pois imaginou-se que o ilícito civil, da mesma forma que o ilícito penal, pudesse ser punido com o ressarcimento, sem levar em consideração que a pena, sobretudo nos casos de crime de mera conduta, se evidencia independentemente do resultado (dano).³⁶

Sendo assim, o sistema processual clássico, ao mostrar-se incapaz de permitir uma tutela que previna o ilícito, ou que remova o ilícito, limitando-se a reparar o dano, reflete a vetusta ideologia de que a única forma de

³⁴ MIRABETE. Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v.1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991. p. 127.

³⁵ Também designada sancionatória, pois pressupõe violação ocorrida. Logo, não se confunde com a tutela preventiva. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de direito processual**. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 21-29.

³⁶ Quando la prima preoccupazione di un ordinamento è quella di colpire i fatti che si ritengono pregiudizievoli della convivenza, è facile che la responsabilità per danni trovi un fondamento penale, nella previsione cioè di un fatto come reato e si identifichi, o si confonda, com una pena a carico del reo e a favore della persona danneggiata. Nella celeberrima elencazione delle fonti delle obbligazioni contenuta nelle Istituzioni di Giustiniano, l'illecito civile è indicato come maleficio e se un dubbio può esservi intorno alla natura penale che gli viene attribuita, il Digesto stesso lo toglie, configurando un titolo denominato appunto *De privatis delictis*.” (PIETROBON, Vittorino. **Illecito...** p. 40).

tutela contra o ilícito consiste na reparação do dano, o que quer dizer que o ilícito não pode ser impedido ou removido, mas apenas, quando cause dano, reparado.

Logo, a tutela do ser humano não se satisfaz com as tutelas ressarcitória e repressiva, exigindo, ao contrário, uma tutela eminentemente preventiva, de forma a ser instrumentalizada diante da ameaça de ofensa aos direitos fundamentais da pessoa.

Gustavo Tepedino, observa que o debate em torno do objeto dos direitos da personalidade “ressente-se da preocupação exasperada da doutrina em buscar um objeto de direito que fosse externo ao sujeito, tendo em conta a dogmática construída para os direitos patrimoniais.

Em outras palavras, a própria validade da categoria parecia depender da individuação de um bem jurídico – elemento objetivo da relação jurídica – que não se confundisse com a pessoa humana – elemento subjetivo da relação jurídica -, já que as utilidades sobre as quais incidem os interesses patrimoniais do indivíduo, em particular no direito dominial, lhe são sempre exteriores.

Assim é que, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda atividade econômica a novos critérios de validade.”³⁷

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 23-54.

Paralelamente, a evolução da ciência processual, sobretudo no que tange à instrumentalidade do processo, através da predisposição de procedimentos aptos a veicular tutelas elaboradas à luz das necessidades das diversas situações de direito material, traduz a incessante busca da efetividade e utilidade das decisões judiciais.³⁸

2.2 TUTELA PREVENTIVA: MANDAMENTAL (INIBITÓRIA) E EXECUTIVA

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, com espeque no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República, “garante o direito à tutela jurisdicional adequada, pois nada adiantaria a garantia de acesso ao juízo sem a predisposição de procedimentos adequados à tutela dos direitos.”³⁹

Concebido desta forma, o direito ao acesso à justiça equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre a igualdade jurídico-formal e a desigualdade sócio-econômica, pois, uma vez destituído de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os direitos de conteúdo não patrimonial passariam a meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadora.⁴⁰

³⁸ “A notável valorização que se deu à busca da tutela específica está acentuada, sobretudo, nos dispositivos que conferiram ao juiz uma espécie de poder executório genérico, habilitando-o a utilizar, inclusive de ofício, além dos mecanismos nominados nos parágrafos 4º e 5º, outros mecanismos de coerção ou de sub-rogação inominados, que sejam aptos a induzir ou a produzir a entrega *in natura* da prestação devida ou de seu sucedâneo prático de resultado equivalente.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer*. In: **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 462-482).

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: a tutela...** p. 353.

⁴⁰ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão...** p. 167.

“Basta pensar em certas categorias, longamente negligenciadas em contexto sócio-cultural desfavorável, típico de uma civilização mais voltada para o *ter* que para o *ser*, mas que nos últimos tempos vêm atraindo, com intensidade crescente, a atenção de juristas inconformados com as lacunas de uma visão puramente economicística do intercâmbio humano.”⁴¹

Com efeito, o choque entre a realidade social (carente de alocação de tutelas jurídico-políticas) e o ordenamento jurídico (calcado em ideologias herméticas) revela a fragilidade da generalização da sentença condenatória no que concerne à tutela das diversas relações jurídicas de direito material, exigindo uma postura essencialmente epistemológica.

Nesta linha, no plano do provimento jurisdicional, ao juiz foi conferido o poder de adotar as providências adequadas à tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer, sendo-lhe permitido impor multa diária, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, bem como determinar medidas que sejam adequadas à obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento, se não for possível obter a tutela específica. Logo, o provimento do juiz na tutela das obrigações de fazer ou não fazer não se restringirá à mera condenação, mas abrangerá a expedição de mandamentos ou ordens.⁴²

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela sancionatória...** p. 23.

⁴² “A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação da sentença mandamental. Neste tipo de sentença, o juiz ordena e não simplesmente condena. E nisto reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento.” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil** v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 336).

“Na sentença mandamental, o juiz não constitui: “manda”. Na transição entre o pensamento da sentença condenatória e o ato de execução, há intervalo, que é o da passagem em julgado da sentença de condenação e o da petição da ação *iudicati*. Na ação mandamental pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento puro, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e de valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione o seu pensamento e o seu ato e que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Na ação executiva quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo não o que devia ser feito pelo juiz como juiz, sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a solução final é ato da parte (solver o débito), ou do juiz, forçando.”⁴³

Note-se, portanto, que a técnica ressarcitória, fundada na separação entre cognição e execução, contribui para a marginalização dos direitos de cunho não patrimonial. Por esta razão, pensando-se o processo em termos de tutela dos novos direitos, a tutela preventiva é um meio hábil para impedir a monetização dos direitos não patrimoniais.

Deste modo, a tutela inibitória, concebida como a tutela da prevenção do ilícito, é prestada, em regra, mediante a propositura de uma ação, que podemos rotular de ação inibitória. É uma ação de conhecimento autônoma que culmina numa sentença mandamental.⁴⁴

⁴³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 224.

⁴⁴ “La funzione preventiva dell’inibitoria va ricercata dunque in un ordine di interessi diverso da quello di riparare il danno, in un campo in cui comunque abbia senso attribuirle una funzione e una applicazione generali, non limitate a ipotesi tipiche. Il campo di applicazione dell’inibitoria è dato quindi dalla tutela dei diritti soggettivi a contenuto personale, e dalla statuizione di specifici doveri di comportamento, tutela che si esprime nel proibire comportamenti contrari a quei diritti o a quei doveri. (PIETROBON, Vittorino. **Illecito...** p. 27)

Assim sendo, a tutela inibitória é essencialmente preventiva, pois é sempre voltada para o futuro, visando impedir a prática do ilícito, sua continuação ou repetição, através das técnicas de coerção.⁴⁵

Com efeito, quando o autor teme que seja lesado o seu direito à imagem, ele poderá propor uma ação inibitória e pedir uma tutela inibitória antecipatória.⁴⁶ Outrossim, quando ele é titular de um direito à marca e esse direito já foi violado e ele teme que esse direito continue a ser violado, também poderá propor uma ação inibitória e pedir tutela inibitória antecipatória.⁴⁷

⁴⁵ “Para obtenção do resultado prático equivalente à satisfação do direito do autor, o ordenamento pode colocar à disposição do órgão jurisdicional o emprego de meios e medidas (processuais) diferentes, que se distribuem em duas grandes modalidades, a saber: as medidas *sub-rogatórias* e as medidas *coercitivas*. (...) A diferença fundamental entre a execução indireta e a direta consiste em que nessa última as medidas empregadas pelo juiz realizam, elas mesmas, a tutela executiva, enquanto na execução indireta a tutela realiza-se sempre com o cumprimento pelo próprio devedor da obrigação, embora induzido pela imposição de medidas coercitivas.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 22-28). Destarte, “a coerção, devido à particular natureza das relações protegidas, não age ou não pode agir diretamente, restaurando a situação violada, sempre o faz por via indireta, mediante a cominação de penas, ou consequências civis outras, suscetíveis de serem coercitivamente impostas.” (RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.198).

⁴⁶ Acerca do tema, vide item 3.

⁴⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. São Paulo: Malheiros, 1998. Cifuentes, ao tratar dos “medios preventivos y de cesación del daño” aduz que “en la prevención se conoce la llamada *azione inibitoria*, o sea, interdicción, y la *azione de remozione*, o sea, de suspensión. Puede agregarse la ‘legítima defensa’. Por la primera se prohíbe que el demandado realice el acto con la amenaza de aplicar una pena. A diferencia del resarcimiento de los daños cuando no hay actividad riesgosa, se aplica sin requerirse la culpa del prevenido. Con la segunda se elimina la continuación de un ataque ya comenzado, o sus efectos (...). La *azione de remozione* tiende a hacer cesar los efectos del ataque que pudieran continuar. Tal acción elaborada sobre la base de una analogía no concreta, sino amplia, se limitaba a otorgar el cese en aquellos casos en que ya había tenido realidad una conducta ilícita. Por lo tanto, el temor de que se producirá la primera transgresión (*azione inibitoria*), no fue considerado suficiente, sino el temor de que se realicen más ataques ulteriores al primero real. (CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 648-649). Todavía, o critério não é absoluto, pois, como dito, é evidente que existem atos ilícitos que não ocasionam dano e, nestas hipóteses, a tutela de remoção do ilícito não leva em consideração a eventual produção de dano. Outrossim, nas situações em que o dano decorra de atos lícitos, não há que se falar na necessidade de uma tutela que vise impedir a sua prática ou cessar a sua repetição, já que a conduta é lícita. Portanto, nestes casos, apesar do ato produzir dano, como seria possível falar em uma tutela voltada à ‘prevenção do dano’?

Todavia, em virtude dos mitos que permeiam o direito processual civil, a tutela inibitória necessita ser efetivada, menos pela via legislativa que pela via ideológica, através da democratização endógena e exógena do Poder Judiciário.⁴⁸

Para tanto, 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.”⁴⁹

Destarte, como o processo deve proporcionar, na medida do possível, “tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”⁵⁰, urge otimizar as formas de tutelas no que concerne aos direitos não patrimoniais, que encontravam-se, entre nós, adormecidas, em virtude do dogma da restauração pecuniária dos direitos violados.

“Em primeiro lugar, é indispensável que o sistema esteja preparado para produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível

⁴⁸ O desiderato é plausível. Aliás, “o juiz, como o mago da fábula, tem o poder de efetuar no mundo do direito as mais monstruosas metamorfoses e de dar às sombras aparência eterna de verdade; e, já que em seu mundo, sentença e verdade devem acabar coincidindo, ele pode, se a sentença não se ajusta a verdade, reduzir a verdade à medida da sua sentença.” (CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 10).

⁴⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios gerais: isonomia e proporcionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 719, p. 139-152, set. 1995.

⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe apud MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: **Temas de direito processual**. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 03-20.

aos direitos reconhecidos (e, aqui, é inevitável a superposição do discurso acerca da utilidade e efetividade das decisões, ao da abertura da via de acesso). Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas.”⁵¹

Indubitavelmente, aquele que tem um direito de cunho não patrimonial, tem direito à sua preservação, pois admitir o contrário é aceitar que as normas foram criadas para serem violadas e o sistema concebido unicamente sob a ótica da tutela ressarcitória. Outrossim, numa escala temporal abstrata, poderíamos aduzir que, enquanto não efetivado o ilícito, estaríamos diante da necessidade da tutela inibitória e, após a sua concretização, restará ao consumidor da justiça pleitear a tutela reintegratória, a não ser que, já tendo ocorrido o dano, só lhe reste a tutela ressarcitória.⁵² Portanto, a efetividade do processo, no âmbito da preventividade, deverá estar voltada à materialização da atividade jurisdicional, independentemente da ocorrência do dano.⁵³

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 297-298.

⁵² Marinoni, ao tratar da tutela inibitória em face de ato ilícito de eficácia continuada, salienta que “é certo que a tutela inibitória pode pressionar o réu a cessar o ilícito ou mesmo a removê-lo, e neste sentido pode conduzir a um resultado idêntico àquele que pode ser proporcionado pela tutela reintegratória.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 137).

⁵³ Se não é viável, ou não é satisfatória, a modalidade tradicional de tutela consistente na aplicação de sanções, quer sob a forma primária de restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento, o de que precisam os interessados é de remédios judiciais a que possam recorrer antes de consumada a lesão, com o fito de impedi-la, ou quando menos de atalhá-la incontinenti, caso já se esteja iniciando. Em vez da tutela sancionatória e que pressupõe violação ocorrida, uma tutela preventiva, legitimada ante a ameaça de violação, ou mais precisamente à vista de sinais inequívocos da iminência desta.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela sancionatória...** p. 21-29) Note-se que a tutela sancionatória, por pressupor violação ocorrida, desde que se parta da independência entre ilícito e dano, engloba a tutela que visa remover o ilícito, sem, contudo, se confundir com a tutela preventiva. Acerca do tema inerente às tutelas reintegratória e ressarcitória, vide, respectivamente, itens 2.3 e 2.4.

Breccia, contudo, adverte que “non sembra, invece, presupposto sufficiente il semplice pericolo di un fatto illecito futuro: se così fosse, l’inibitoria rischierebbe di divenire uno strumento di interferenza arbitraria nella sfera delle attività lecite, prestandosi a intollerabili sopraffazioni. Quindi, quando a legge concede l’azione inibitoria a ‘chi ha ragione di temere la violazione di un diritto’, tale espressione deve interpretarsi restrittivamente, e intendersi riferita al timore di un danno fondatamente desumibile dagli ‘atti preparatori diretti in modo non equivoco al compimento dell’atto illecito.’”⁵⁴

Frise-se, por outro lado, que tutela não é sinônimo de sentença, tampouco, de ação. Quando se fala em tutela já está se pensando no plano de direito material. Assim, a sentença está no plano do direito processual, sendo um veículo, embora não seja o único, que permite a concessão da tutela.

Portanto, sentença mandamental não é o mesmo que tutela inibitória. A sentença mandamental permite a concessão da tutela inibitória e de mais uma outra série de tutelas. Em outras palavras, o mandamento não é veículo exclusivo de prestação da tutela inibitória, mas a tutela inibitória só é prestada através do mandamento.⁵⁵

⁵⁴ BRECCIA, Umberto et al. **Diritto civile**. Torino: Utet, 1992. p. 787-788.

⁵⁵ “Deixe-se claro que quando se pensa nos meios que permitem a obtenção de um resultado no plano do direito material, não é incorreto falar em ‘tutela jurisdicional’. Quando se percebe, contudo, a necessidade de distinguir os meios (que permitem a prestação da tutela) do fim a ser obtido (o resultado no plano do direito material), apresenta-se como adequada a distinção entre tutela jurisdicional *stricto sensu* e técnicas de tutela jurisdicional. As sentenças (condenatória, mandamental etc.) são apenas técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional. Quando se pensa em termos de tutela dos direitos é preciso verificar se o processo está conferindo a devida e adequada tutela aos direitos, o que não é possível saber ao se constatar que foi proferida uma sentença condenatória ou mandamental, pois estas não refletem o resultado que o processo proporciona no plano do direito material. Na verdade, tais sentenças refletem apenas o modo (a técnica) através do qual o processo tutela os diversos casos conflitivos concretos. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p.63).

Outrossim, a ação inibitória não se confunde com a ação cautelar. Ninguém imaginaria que é cautelar a ação que proíba a difusão de notícia lesiva à personalidade do autor. É uma ação inibitória, portanto, de conhecimento.

Por outro lado, não se deve cogitar um instrumento cautelar e preventivo em relação à um instrumento principal e reparatório. Em síntese, o preventivo nunca pode ser instrumento do reparatório, pois não seria possível prevenir um dano já ocorrido que se pretende ressarcir, importa dizer, prevenir algo que já ocorreu.⁵⁶

Com efeito, a tutela cautelar “tende a assegurar a eficácia do próprio processo, e só indiretamente protege o direito substantivo litigioso; assim, não postula a cabal demonstração da existência deste, e por outro lado é utilizável ainda quando ele já tenha sido lesado, objetivando aí evitar, não, é óbvio, o dano decorrente da lesão, mas um segundo dano, consistente na supressão ou redução dos meios de que se dispõe para tentar compor o primeiro.”⁵⁷

Note-se, outrossim, que a tutela preventiva visa prevenir o ilícito, ou apenas impedir a sua repetição, e não o dano.

⁵⁶ “Não se que dizer que a tutela inibitória sumária deva necessariamente exaurir o campo da tutela preventiva sumária, mas sim que a tutela preventiva não se confunde com a tutela cautelar, que é aquela que confere segurança a um direito em nome de sua efetiva reparação. O arresto, por exemplo, difere nitidamente da tutela inibitória, já que não exerce função preventiva, mas destina-se a assegurar efetividade da futura tutela ressarcitória. Ou seja, há uma nítida diferença entre tutela preventiva e a tutela que visa a dar segurança a um direito que já foi violado (...). Portanto, a necessidade de se separar conceitualmente as tutelas preventiva sumária e cautelar deriva da “descoberta” de uma verdadeira tutela inibitória final e da sua colocação ao lado das tutelas declaratória, constitutiva e condenatória, as únicas que eram concebidas pela doutrina. Ora, se a tutela inibitória coloca-se ao lado das demais tutelas, e o Código de Processo Civil consagra expressamente a antecipação da tutela, há bastante luz para se afirmar, sem medo de errar, que a tutela inibitória antecipada e, portanto, a tutela preventiva, não se confunde com a tutela cautelar.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. p. 206-209).

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela sancionatória...** p. 25.

Logo, a tutela inibitória não leva em consideração a eventual produção de dano, muito embora possa, ao prevenir o ilícito, acabar por prevenir o dano. Entretanto, em nítida confusão, o Código Civil argentino, ao citar um exemplo de tutela inibitória, faz menção à adoção de medidas cautelares, ao ponto de ensejar a incorreta percepção no sentido de ser uma forma de ‘prevenir o dano’.⁵⁸

Note-se que o interdito proibitório e a ação de nunciação de obra nova, na estrutura do Código de Processo Civil pátrio, além de materializarem exemplos de tutela preventiva entre particulares, ainda que, em relação à segunda hipótese, relativo a continuação de ilícitos, refletem, outrossim, a ideologia do sistema, a dispensar, num primeiro momento, tratamento privilegiado à posse e a propriedade.

Por esta razão, é inegável a importância da ação autônoma preventiva, sobretudo no que concerne ao direitos de cunho não patrimonial, sendo certo que, como a tutela preventiva sempre foi prestada sob o rótulo da tutela cautelar, os operadores do direito a designaram como ação cautelar satisfativa.

⁵⁸ Assim, Ghersi aduz que, “sin embargo, en esta nueva tendencia de la prevención del daño social, el derecho civil puede hacer un aporte de singular trascendencia; por ejemplo, la aplicación más asidua y expansiva de lo art. 2499 del Cód. Civil. Dice el art. 2499: ‘habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufriere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva. Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar esse hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares.’ La introducción, en nuestro esquema, de normas com la transcripta, que no requieren el ‘daño efectivo’ para accionar por reparabilidad significa, sin ninguna duda, un elemento importante en el capítulo de la prevención.” (GHERSI, Carlos Alberto. **Cuantificación económica del daño**. Buenos Aires: Astrea, 1999.p. 32).

Portanto, “a tutela inibitória não só reafirma a superação do mito da ordinariedade, resultado da confusão entre a instrumentalidade do processo e sua pretendida neutralidade em relação ao direito material, como também deixa evidente a insuficiência da classificação trinária, já que as sentenças declaratória e condenatória são incapazes de permitir a prevenção do ilícito.”⁵⁹

Por outro lado, “a tutela que atua mediante meios de execução que independem da vontade do réu, e destina-se a evitar a prática ou a repetição do ilícito, se igualmente exerce função preventiva, deve ser diferenciada da inibitória para que não se pense que o uso de uma ou de outra tenha o mesmo significado.”⁶⁰

Destarte, a tutela preventiva executiva visa evitar o ilícito ou a sua repetição, independentemente da vontade do demandado. Logo, apesar de assemelhar-se à tutela inibitória que, como dito, permite que o demandado tenha oportunidade de não praticar o ilícito (coerção indireta), a tutela preventiva executiva implica uma interferência na esfera jurídica do réu sem que a ele se dê a oportunidade de, voluntariamente, não praticar o ato.

A distinção, portanto, reside no modo de atuação das tutelas sob a ótica das técnicas de coerção e sub-rogação. Para tanto, é preciso ter em mente que o jurisdicionado, diante dos termos dos artigo 461 do Código de Processo Civil, tem liberdade para requerer os meios executivos que reputar condizentes, de acordo com a necessidade de tutela.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória...** p. 15.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 122.

Com efeito, os mencionados dispositivos prevêm, ao lado da coerção indireta, a possibilidade de o juiz valer-se de uma série de medidas executivas que são suficientes para impedir a prática ou a repetição do ilícito.

Logo, a cogitada divisão em medidas judiciais sub-rogatórias e coercitivas, além de se situar num plano mais amplo que o do processo de execução, corresponde, na realidade, à problemática inerente às técnicas utilizadas pelo julgador em busca de um resultado prático, importa dizer, efetivo segundo as peculiaridades do direito material.

Note-se, portanto, que a ação preventiva executiva revela-se fundamental naqueles casos em que se evidencie, desde logo, que a coerção revelar-se-á imprópria para evitar a prática ou a repetição do ilícito, mormente quando a imposição da multa não será apta a convencer o demandado a adimplir, sobretudo quando este não detém patrimônio.

Assim, de acordo com o conteúdo do direito a ser satisfeito, bem como as peculiaridades do caso concreto, as medidas sub-rogatórias poderão ser utilizadas, de diversas formas, em procedimentos específicos e diferenciados. Frise-se, aliás, que a diferenciação das medidas processuais executivas, em função da natureza do direito a ser satisfeito, é uma exigência da própria natureza instrumental do processo.

Deste modo, é possível que a necessidade de tutela seja imediata, com a predisposição de meios executivos que independam da vontade do demandado. Logo, nas hipóteses em que a necessidade de prevenção não comporta

a espera de um determinado tempo, a tutela preventiva executiva antecipada revelar-se-á indispensável.⁶¹

É preciso advertir, ainda, que o artigo 620 do CPC que determina que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”⁶², não se revela um óbice para a implementação da tutela preventiva executiva.

Com efeito, não se pode esquecer que a estrutura do Código de Processo Civil foi estabelecida à luz da classificação trinária das sentenças. Logo, o binômio sentença condenatória – execução está na base da separação entre processo de conhecimento e processo de execução.

Outrossim, enquanto a tutela reintegratória executiva, supõe um ilícito já praticado, a tutela preventiva executiva visa impedir a prática ou a repetição do ilícito, embora ambas sejam levadas a efeito independentemente da vontade do demandado.⁶³

⁶¹ Com efeito, “no caso em que um jornal está pronto para circular, não havendo tempo para comunicar a ordem inibitória ao seu diretor, mostra-se adequada a determinação da busca e apreensão.” (MARINONI, Luiz. **Tutela específica...** p. 130). Logo, o exemplo em testilha reflete a importância da tutela preventiva executiva antecipada, pois, se não há possibilidade, sob pena de ineficácia, de aguardar o tempo necessário para o cumprimento da ordem; o que dizer de aguardar o tempo do processo?

⁶² BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 17 jan. 1973.

⁶³ Conforme o professor Marinoni, “o que diferencia tais tutelas, como se percebe, é o fato de que a tutela de remoção do ilícito supõe um ilícito já praticado ou em ato, ao passo que a tutela preventiva executiva requer um ilícito que ainda há de ser praticado ou se repetir.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 124). Logo, a diferença, no que tange à tutela reintegratória executiva e à tutela preventiva executiva em face da repetição de atos ilícitos, se é que existe, reside no plano teórico, pois, ao que parece, o ilícito a se repetir pode se referir a um ilícito em ato. Assim, como as tutelas em testilha prescindem da vontade do demandado, o critério diferenciador inerente ao ‘meio processual’ a ser utilizado no caso concreto, não se revela hábil a fundamentar qualquer distinção.

“Se cumplió de esa manera un deseo expuesto en el V Congreso Internacional de Derecho Comparado de Bruselas, año 1958, en el que se acogió esa ponencia de Micheli: ‘es deseable que en cada país exista la posibilidad de recurrir a los tribunales, no sólo en caso de violación ya efectuada de un derecho o de un interés jurídico, sino también, con las garantías convenientes cuando se trate de prevenir tal violación, en caso de amenaza objetiva y actual.’”⁶⁴

Destarte, no que tange aos direitos personalíssimos, a missão preventiva do direito resgata a pessoa e o seu mundo de liberdades e respeito, perspectiva útil e consagratória de uma visão filosoficamente superior. Permitir a violação do direito e, muitas vezes independentemente da ocorrência de dano, utilizar, de forma genérica, a tutela ressarcitória em busca de uma mera condenação, não é uma técnica razoável, tampouco conveniente, em uma sociedade democrática, organizada e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Ao contrário, significará, sobretudo, negar o acesso à justiça.

2.3 TUTELA REINTEGRATÓRIA: MANDAMENTAL E EXECUTIVA

“A distinção entre o ilícito e fato danoso corresponde à diferença entre tutela reintegratória e tutela ressarcitória, a primeira dirigida a eliminar uma situação de ilicitude e a segunda destinada a reparar o dano provocado pelo ilícito, ainda que tal reparação possa se dar na forma específica e não pelo equivalente monetário ao valor do dano.”⁶⁵

⁶⁴ CUPIS, Adriano de. apud CIFUENTES, Santos. **Derechos personalíssimos**. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 650.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 133.

Como dito, o dano não é elemento constitutivo do ilícito; relaciona-se, na verdade, com a obrigação de indenizar e não propriamente com o ilícito, do qual é uma consequência meramente eventual.

Outrossim, como a tutela reintegratória visa remover o ilícito, independentemente da ocorrência de dano, por razões óbvias, não leva em consideração a culpa ou dolo, fatores habitualmente observados para a responsabilidade civil. Ao contrário, tratando-se de tutela que vise a remoção do ilícito, é suficiente a transgressão de um comando jurídico, pouco importando se tenha, ou não, ocorrido um dano.

Por outro lado, a incoerente concepção de que a tutela de reparação do dano seria tutela contra o ato ilícito, além de contribuir para a generalização da tutela ressarcitória, ensejou, como restou demonstrado, a suposição de que as tutelas de prevenção ou remoção do ilícito sempre seriam tutelas destinadas a evitar o dano.

Ademais, “como a tutela de prevenção ou remoção do ilícito não podia ser efetivamente prestada pelo processo de conhecimento, imaginava-se que a via cautelar seria adequada para a prestação dessas tutelas, muito embora a doutrina e a jurisprudência não percebessem que tais tutelas estavam dirigindo-se contra o ilícito, e não apenas evitando um dano que poderia ou não acontecer.”⁶⁶

⁶⁶ Ibid., 29. Imagine a hipótese de busca e apreensão de criança ou adolescente, requerida pela genitora, detentora da guarda, em razão do genitor não ter observado o período relativo ao exercício do direito de visita. Efetivada a medida, qual seria ação principal a ser proposta pela genitora? Por óbvio, nenhuma, já que, com a remoção do ilícito consistente no fato da mãe ter sido privada do convívio com seu filho (a), não haveria mais nada a discutir. Talvez, por esta razão, essas medidas foram chamadas de cautelares satisfativas, na verdade, uma impropriedade conceitual.

Note-se que a tutela reintegratória, importa dizer, a tutela que visa a remoção do ilícito, efetiva-se nas hipóteses em que os meios executórios se verifiquem através das formas de coerção e sub-rogação, a serem implementados via tutela antecipada.⁶⁷

“Basta ver que, ao internalizarem-se, nas demandas cognitivas, as eficácias executivas e mandamental, de modo a legitimarem-se os provimentos liminares satisfativos, cumpre-se, em termos efetivos, o princípio da igualdade de tratamento das partes, indicado como princípio de paridade de armas, que o processo de conhecimento apenas retoricamente proclama, negando-o, porém, sistematicamente na prática. Na medida em que o ordenamento processual assegura apenas a paridade de armas a ambos os litigantes, desinteressando-se da concreta situação de que eles desfrutam, relativamente ao objeto litigioso, não assegura, na verdade, a igualdade das partes.”⁶⁸

Como observa Mòcciola, “quem constrói um muro, sem qualquer utilidade pessoal, e com a finalidade de prejudicar o vizinho, pratica atos emulativos, razão pela qual o juiz pode ordenar a destruição da obra. O abuso em edificar, ou seja, a construção que desconsidera o regramento legal, consiste em uma conduta *contra ius*, porque violadora de norma jurídica. A tutela demolitória,

⁶⁷ “Tal possibilidade é fundamental, uma vez que quando há a probabilidade de o ilícito prosseguir, não há como obrigar o autor a suportar o tempo necessário para a realização plena do contraditório, máxime quando é necessária a produção de prova diferente da documental.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 148).

⁶⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 187-188. “Quer dizer, o processo de conhecimento somente consegue assegurar a paridade de armas reduzindo todos os demandantes ao índice zero de evidência, ao iniciar-se o litígio, mantendo-se sob este mesmo pressuposto até a sentença final. (...) Por definição, para o processo de conhecimento, todos os direitos valem zero, até que a sentença final de mérito os reconheça e os proclame signos de proteção! Com isto, acaba-se privilegiando o direito improvável, com sacrifício do direito provável, ao contrário do que mostrara Tommaseo ser a ética dos procedimentos de urgência (Les mesures provisoires en procédure civile, Atti del colloquio internazionale – Milano, 1984, p. 307).” (Ibid., 189).

nesse caso, não visa a remediar o dano sofrido em razão da construção abusiva, mas apenas restaurar a situação que era anterior à prática da conduta contrária ao direito.”⁶⁹

Frise-se, ademais, que o exemplo faz menção à ordem, razão pela qual depreende-se que a tutela que visa a remoção do ilícito pode ser prestada através do mandamento, implementada pela técnica coercitiva patrimonial.

Outrossim, em relação às diferenças entre a tutela reintegratória e a tutela inibitória, revela-se fundamental a análise das peculiaridades do ato ilícito de eficácia continuada.

Com efeito, a tutela inibitória destinada a evitar a continuação do ilícito pode ser confundida com a tutela reintegratória. Se é inegável que existe aí uma zona de penumbra, esta decorre do fato de que nada impede que ambas sejam implementadas pelas técnicas de coerção, bem como, do aspecto de que ambas podem conduzir ao mesmo resultado.⁷⁰

⁶⁹ MÓCCIOLA, Michele apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória...** p. 414.

⁷⁰ “É certo que alguém poderia dizer que a inibitória que impede a continuação do ilícito é uma tutela reintegratória, argumentando que a tutela tem por escopo eliminar uma situação ilícita anterior. Essa modalidade de tutela inibitória, contudo, não remove ou elimina o ilícito – como a tutela de remoção do ilícito –, mas atua sobre a vontade do réu para que o ilícito não continue. A forma de atuação desta inibitória pressupõe que o ilícito somente será eliminado se ocorrer o adimplemento voluntário, o que significa que a tutela apenas força o réu a eliminar ou cessar o ilícito. De qualquer forma, nada impede que se reconheça aí (em relação a esta modalidade de inibitória) uma dificuldade teórica, própria àquelas situações de ‘zona de penumbra’, onde a tutela inibitória contra o ilícito continuado e a tutela de remoção do ilícito parecem encontrar lugar. Ora, se as próprias regras jurídicas têm uma zona de incerteza, não há porque não reconhecer que em alguns casos os conceitos jurídicos deixam de ter nitidez para assumir uma feição nebulosa, como se estivessem envoltos em nuvem de fumaça.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória...** p. 425-426).

Em resumo, no que concerne a análise das tutelas aderentes ao direito material, a compreensão da distinção entre as tutelas reintegratória e ressarcitória, a primeira voltada contra o ilícito e a segunda destinada a reparar o dano, além de evidenciar a importância da classificação quinária das ações, contribui para que seja eliminada a confusão estabelecida pela doutrina que fala unicamente em tutela específica, como se não houvesse distinção entre a tutela reintegratória e tutela ressarcitória na forma específica.

2.4 TUTELA RESSARCITÓRIA: MANDAMENTAL E EXECUTIVA

Deixe-se claro, primeiramente, que os pressupostos da responsabilidade civil são, em regra: a) ação ou omissão do agente; b) culpa do agente; c) relação de causalidade; d) dano experimentado pela vítima.⁷¹

Sendo assim, nos termos da lei, para que a responsabilidade se caracterize, mister se faz a prova de que o comportamento do agente causador do dano tenha sido doloso ou pelo menos culposos.⁷²

Destarte, “na responsabilidade aquiliana não basta a prática do ilícito, fazendo-se necessária a prova da existência efetiva das perdas e danos, ainda que futuros.”⁷³

⁷¹ Cf. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, v. 4. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 14.

⁷² Com exceção, por óbvio, das hipóteses de responsabilidade objetiva.

⁷³ MARMITT, Arnaldo. **Perdas e danos**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. p. 26.

Com efeito, “a pretensão de que nasce a respectiva ação (de direito material) pressupõe um dano jurídico ressarcível, derivado de uma lesão a um determinado bem ou interesse juridicamente protegidos e uma consequência prejudicial a seu titular. Estas duas circunstâncias sugerem a existência de uma causalidade fundadora da responsabilidade e de uma causalidade implementadora, no sentido de que não basta a lesão, sendo necessário que fique demonstrado o prejuízo efetivo para o titular do interesse lesionado.”⁷⁴

“Quem pede ao juiz que condene, sem que exceda no pedido a ponto de forçar o demandado a executar,⁷⁵ apenas exerce a pretensão à tutela jurídica para que o causador ou responsável pelo *damnum* seja posto em situação de repará-lo (*cum, damno*).”⁷⁶

Como já foi dito, enquanto a tutela reintegratória leva em consideração o ilícito, a tutela ressarcitória é voltada contra o dano. Entretanto, a tutela ressarcitória poderá ser prestada pelo equivalente monetário ou na forma específica.

Sendo assim, “se a tutela ressarcitória pelo equivalente visa a dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida ou o valor equivalente ao do custo para a reparação do dano, ou ainda pode constituir uma sanção contra aquele que agrediu um bem de conteúdo não patrimonial, a tutela ressarcitória na forma específica é aquela que, em princípio, deve conferir ao lesado a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido.

⁷⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso...** v. 1. p. 176.

⁷⁵ Ou executar independentemente da vontade do demandado.

⁷⁶ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das...** p. 25.

É certo que, em alguns casos, não é possível a reparação do dano *in natura*, embora seja possível a reparação do dano através de um meio não pecuniário. Assim, por exemplo, no caso de lesão à honra, quando se pensa na publicação ou na transmissão da retificação. Parece-nos, entretanto, que a reparação *in natura* e a reparação através de um meio não pecuniário podem ser englobadas na noção de tutela ressarcitória na forma específica, compreendida como a tutela que visa a reparar o dano através de um meio diferente do pecuniário.”⁷⁷

Note-se que da análise do artigo 120 do Código de Processo Civil italiano, depreende-se que, “nos casos nos quais a publicidade da decisão de mérito pode contribuir para reparar o dano, o juiz, sobre instância de parte, pode ordená-la aos cuidados e despesas do sucumbente, mediante inserção por extrato em um ou mais jornais dele designados.”⁷⁸

Nesta linha, Barbosa Moreira afirma que “o modo tradicional de tutela sancionatória consiste na aplicação de sanções, quer sob a

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 158-159. Cifuentes, porém, sustenta que “así como la palabra *demencia* alude no más que a una de las enfermedades mentales, una especie que no los abarca y, sin embargo, la ley y la mayoría de los autores la utilizan como término común a todas, esse papel generalizador se produce com la palabra *reparación*, aunque por las distintas acepciones lingüísticas en este caso es menos notorio el equívoco. Sin embargo, podría subdividirse com propiedad sobre todo tras la primera acepción de cada uno de los vocablos, que suele ser la menos conflictiva. De tal modo se tendría: a) *Reparación*, de reparar, es corregir, componer, arreglar, emmendar el menoscabo que ha padecido algún objeto, sea ideal o cosa. Es decir, en suma, remediar; b) *Resarcimiento*, de resarcir, importa indemnizar, compensar particularmente en dinero los daños recibidos. Se reemplaza el daño con un beneficio pecuniario, sea éste equivalente o sólo satisfactorio; c) *Reposición*, de reponer, que significa volver a poner, colocar un objeto o una cosa en el lugar o estado que tenía. Vale por reintegrar a la condición natural anterior al daño. Tal vez podría sostenerse que el equivalente y la satisfacción pecuniarios son indemnizar o resarcir. El equivalente no pecuniario cuadra en un modo de reposición, no tan exacto como la devolución o restitución. La reparación sería enmendar lo dañado de manera que satisfaga a la víctima, participando también de la idea del equivalente no pecuniario, cuando el deudor es el que hace el arreglo a su costo y entrega recompuesto el objeto dañado, lo que nunca será igual al objeto originario. Es claro que un tercero puede hacerlo a costa del autor del daño.” (CIFUENTES, Santos. **Derechos...** p. 618-619).

⁷⁸ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Código de Processo Civil Italiano** – Traduzido e adaptado para a Língua Portuguesa. Campinas: Agá Juris. 2000, p. 52.

forma primária de restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento.”⁷⁹

De qualquer forma, a utilização do artigo 461 do Código de Processo Civil revelar-se-á fundamental para a implementação da tutela ressarcitória na forma específica, através das técnicas mandamental e executiva.⁸⁰

Nesta linha, a reparação do dano pelo equivalente monetário não se revela a forma ideal de reparar o dano, ainda que o direito lesado tenha conteúdo patrimonial. Importa dizer, tanto o dano patrimonial quanto o dano não patrimonial podem ensejar a utilização da tutela ressarcitória na forma específica.⁸¹

⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela sancionatória...** p. 21-29. Observe-se que o festejado jurista contrapõe a tutela sancionatória à tutela preventiva. Assim, sob esta ótica, é possível falar em tutela sancionatória referindo-se à tutela reintegratória, desde que se parta da premissa que, embora o ato seja ilícito, ainda não tenha ocorrido dano. Destarte, neste caso, a tutela não seria preventiva, pois já teria ocorrido o ilícito. Note-se, além disto, que “o artigo 1.079 do Código Civil italiano dispõe que ‘il titolare della servitù può farne riconoscere in giudizio la esistenza contro chi ne contesta l’esercizio e può far cessare gli eventuali impedimenti e turbative. Può anche chiedere la rimessione delle cose in pristino, oltre il rissarcimento dei danni.’ Como se vê, o artigo 1079 - ao lado das ações declaratória, inibitória e ressarcitória - prevê, ainda, a tutela repristinatória.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória...** p. 226). Destarte, “as tutelas restitutória e repristinatória permitem a reconstituição do estado que era anterior ao ilícito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: a tutela...** p. 357). Por esta razão, o professor Marinoni, ao tratar da tutela ressarcitória, conclui que a reparação *in natura* e a reparação através de um meio não pecuniário podem ser englobadas na noção de tutela ressarcitória na forma específica. (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 159). Com efeito, segundo Cristina Rapisarda, “la tutela dichiarativa reintegratoria può condurre, anzitutto, alla ricostituzione della situazione antecedente alla commissione dell’illecito. A tale risultato essa può pervenire sia mediante l’imposizione di un obbligo di restituzione, dal cui adempimento derivi la ricostituzione di una situazione giuridica di appartenenza, sia mediante l’imposizione di un obbligo di ripristino, dalla cui attuazione dipenda la ricostituzione di uno stato di fatto. Si può così distinguere la tutela reintegratoria *restitutiva* da quella *ripristinatoria*.” (RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela...** Padova: Cedam, 1987. p. 235).

⁸⁰ “Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC devem ser compreendidos como normas que permitem ao juiz i) impor um não-fazer ou um fazer, sob pena de multa, e ii) determinar uma modalidade executiva capaz de dar ao autor um resultado equivalente àquele que poderia ser obtido com a imposição e o adimplemento do fazer ou do não-fazer.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 71).

⁸¹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 159.

Por esta razão, excetuando as hipóteses de onerosidade excessiva⁸², a tutela ressarcitória na forma específica deve prevalecer sobre a tutela ressarcitória pelo equivalente.

“Algunos códigos no tienen ninguna norma respecto del principio de reparación in natura. Por eso no podemos concluir que el principio no existe. Obsérvese que el principio de la reparación in natura es muy importante en materia de daños extrapatrimoniales. El Código Civil brasileño adoptó el principio de la reparación in natura en el art. 1534.”⁸³

Com efeito, “em nenhum lugar do Código Civil ou do Código Comercial se diz que a indenização há de ser precipuamente em dinheiro. Pelo contrário: no artigo 1534 do Código Civil, que se refere à restituição, põe-se a restituição em natura antes da indenização em dinheiro.”⁸⁴

Ademais, esta concepção também é verificada no artigo 1083 do Código Civil argentino que dispõe que “el resarcimiento de daños

⁸² “No sistema jurídico brasileiro, o valor estimativo ou de afeição é levado em conta. Não importa, para a doutrina e para a jurisprudência, o que se afirma noutros sistemas jurídicos. Há regra jurídica explícita: o art. 1.543 do Código Civil. Lá está dito: “Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art. 1541), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele.” Note-se o que há de atenção ao sentimento, na regra jurídica do art. 1543.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de...** p. 30).

⁸³ SILVA, Clóvis V. do Couto e. El concepto de daño en el derecho brasileño. Traducción: Ana Paula Teixeira Alves. In: **Daño y protección a la persona humana**. Buenos Aires: La Rocca., 1993. p. 81-95.

⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de...** tomo 26. p. 27. Advirta-se, porém, que o artigo 1534 do Código Civil trata da liquidação das obrigações, sem se restringir à obrigação de reparar o dano. Logo, embora o festejado jurista se refira à indenização, nada impede, desde que se parta da distinção entre ilícito e dano, que o princípio da restauração *in natura* se refira à ilicitude decorrente da inexecução das obrigações de fazer ou de dar, ‘na espécie ajustada’, independentemente da ocorrência de dano.

consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero.”⁸⁵

“Così come esistono doveri giuridici aventi per oggetto prestazioni prive di valore economico è anche indubbio che tali doveri, ove non possano venire garantiti, per equivalente economico, sul patrimonio del debitore, neanche possono assurgere a dignità di vere e proprie obbligazioni giuridiche. A questa osservazione, nei più moderni sistemi, si è potuto rispondere che la *condamatio pecuniaria* non è più l’único sbocco cui mette capo il processo, essendovi sempre la possibilità di ottenere la esecuzione in forma specifica dell’obbligo rimasto inadempito. E, comunque, l’adempimento dell’obbligo potrebbe essere reso anche indirettamente ‘coercibile’ per mezzo di altri strumenti.”⁸⁶

3. A IMPORTÂNCIA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS

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

Com o advento da Lei n.º 8.952, 13.12.1994, além da previsão genérica de antecipação da tutela, contida no artigo 273 do Código de Processo Civil, veiculou-se outra, específica para o cumprimento das obrigações de

⁸⁵ GHERSI, Carlos Alberto. *Cuantificación...* p. 25.

⁸⁶ MAJO, Adolfo di. *Obbligazioni in generale*. Bologna: Zanichelli, 1985. p. 252.

fazer e não fazer, nos termos do artigo 461, parágrafo 3º do Código de Processo Civil.⁸⁷

Com efeito, nas obrigações de fazer e não fazer, além de ser possível a concessão da tutela específica na sentença, mostra-se lícito, e muitas vezes necessário, prover liminarmente, nos termos do artigo 461, parágrafo 3º do Código de Processo Civil.

“Ora, por mais agéis que sejam os procedimentos ordinários destinados à outorga dessa espécie de tutela preventiva em caráter definitivo, haverá sempre um razoável intervalo de tempo entre o pedido e a sentença, de modo que são enormes as possibilidades de ocorrer a lesão do direito no curso do processo, fato que comprometeria a prestação da tutela específica, tão valorizada pelo art. 461. Fazia-se indispensável, destarte, a agregação de mais esse mecanismo previsto no § 3º, que, para afastar riscos de ineficácia (entre eles o do rompimento da obrigação no curso do processo), permite ao juiz conceder a tutela em caráter liminar.”⁸⁸

⁸⁷ “Entretanto, 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. Assim, aquele que é titular de uma pretensão de direito material, envolvida em uma situação emergencial, tem direito à tutela antecipatória. 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.” (OLIVEIRA, Flávio Luís. **A antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1999. p.12-13).

⁸⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela e obrigações...** p. 462-482. “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**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 138). Não se pode olvidar, todavia, que o artigo 461, § 3º do Código de Processo Civil também faz alusão ao “relevante fundamento da demanda”.

Nesta linha, o mencionado dispositivo, conjugado com outras disposições do mesmo artigo, disponibiliza provimentos céleres e eficazes, afim de atender o direito de modo específico, e não por sucedâneos.⁸⁹

Assim, além de prever meios executórios de coerção e de sub-rogação, o legislador generalizou a técnica da antecipação da tutela com o desiderato de ‘superar alguns pontos sensíveis’ do processo.⁹⁰

Nesta linha, a conjugação das técnicas mandamental ou executiva com a técnica da antecipação da tutela, além de demonstrar a

⁸⁹ “Além disto, para a prestação de uma determinada espécie de tutela jurisdicional, importam também os meios de execução que o ordenamento jurídico oferece para a tutela dos direitos, isto para não falar no procedimento e na cognição, os quais também são fundamentais para o encontro da tutela jurisdicional adequada e efetiva. Os meios de execução, que evidentemente interferem no resultado que o processo pode proporcionar no plano do direito material, são técnicas para a prestação da devida tutela jurisdicional. Uma sentença que apenas declara que um ilícito não pode ser praticado ou se repetir, justamente porque não pode se valer do emprego da multa, não inibe a prática do ilícito. (...) Quando se percebe que há sentenças que não respondem, independentemente do uso de meios executivos, às necessidades de tutela dos direitos, evidencia-se a imprescindibilidade de se indagar se os meios processuais estão adequadamente predispostos para atender às necessidades de tutela do direito material. (...) A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, exige resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p.63-67). “As medidas que se podem antecipar, segundo os arts. 273 e 461 do CPC reformado, devem ser necessariamente *executivas* e *mandamentais*, portanto, interditais, portanto não condenatórias. (...) Precisando melhor o problema, o que pretendemos dizer é que, de duas uma: ou concebem-se as antecipações como formas de tutela executiva e mandamental, ou então nada feito, nenhuma antecipação será possível.” (SILVA, Ovídio A. Baptista. O processo civil e sua recente reforma (Os princípios do direito processual civil e as novas exigências, impostas pela reforma, no que diz respeito à tutela satisfativa de urgência dos arts. 273 e 461). In: **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 413-430).

⁹⁰ Barbosa Moreira, no final da década de 70, já vislumbrava que “o direito processual conhece técnica própria para acudir a tal emergência. Ela consiste em autorizar o órgão judicial, sob certas circunstâncias, a antecipar a prestação da tutela, que normalmente reclamaria a sentença definitiva, por meio de uma ordem, dirigida ao réu com a necessária antecedência, no sentido de que se abstenha da atividade temida. Bastará, em linha de princípio, o convencimento que o juiz forme sobre a razoabilidade da medida, com base em cognição superficial e provisória, à luz dos elementos de que já pode então dispor. Na sentença, já completada a atividade cognitiva, a concessão da tutela será, conforme o caso, confirmada ou revogada.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações. In: **Temas de direito processual**. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 30-44).

insuficiência da classificação trinária (tradicional) das ações, revela, sobretudo, a racionalização do custo-benefício do processo no plano temporal, o que contribui, sobretudo, para a efetividade da tutela jurisdicional.⁹¹

Por esta razão, diante das peculiaridades do caso posto em juízo, é perfeitamente possível a antecipação da tutela visando prevenir o ilícito, ou ainda, diante do ilícito praticado, a sua remoção antecipada, através da conjugação das técnicas mandamental e executiva.

Assim, “a tutela inibitória, justamente porque visa eliminar a possibilidade do ilícito, deve ser atuada em momento que seja propício, vale dizer, antes da ocorrência do ilícito, e, portanto, muitas vezes com base na probabilidade do perigo de ilícito. Em outras palavras, se a tutela inibitória final objetiva declarar o perigo de ilícito, a tutela inibitória provisória contenta-se com a simples probabilidade de perigo de ilícito.”⁹²

Reitere-se, por oportuno, que nada impede, nas hipóteses de dano configurado, a antecipação da tutela objetivando o ressarcimento na forma

⁹¹ “A tutela antecipatória é vital para a efetividade da tutela dos direitos que não podem ser adequadamente tutelados através da via ressarcitória. Na realidade, não é possível pensar em uma ação inibitória ou em uma ação de remoção do ilícito, notadamente quando em jogo direitos não-patrimoniais, sem a possibilidade de se requerer tutela antecipatória. Entretanto, não é apenas nas ações dirigidas contra o ilícito que a tutela antecipatória afigura-se importante; na ação ressarcitória na forma específica, pode tornar-se imprescindível a tutela antecipatória. Note-se, por exemplo, que não são raros os casos em que é necessário o imediato ressarcimento na forma específica para que novos danos não sejam gerados com o passar do tempo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 58-59).

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: a tutela...** p. 347-372. Segundo Zavascki, “trata-se de direito que nasce, não propriamente do art. 5º, XXXV, da Constituição, como tutela preventiva, mas do sistema constitucional organicamente considerado: configurados, como inevitavelmente se configuram na realidade prática, fenômenos de colisão entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição, tornar-se-á inafastável a necessidade de formular solução harmonizadora, tarefa que, na omissão da lei, deve, por imposição do sistema constitucional, ser assumida necessariamente pelo juiz.” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Saraiva. 1997. p. 68).

específica quando determina-se, com fulcro no artigo 461 do Código de Processo Civil, que o réu preste um fazer, ou realize uma atividade, capaz de reparar o dano na forma específica, sem que seja preciso, portanto, a sua indenização em pecúnia.⁹³

Com efeito, a efetividade do processo deve ser aferida por sua maior ou menor aptidão na solução dos conflitos de interesse. Para tanto, diante do ideal de racionalização e simplificação dos procedimentos, revela-se imprescindível pesar e sopesar as diversas soluções possíveis, sobretudo as de cunho preventivo, ainda que fundadas em cognição sumária.⁹⁴

3.2 A TÉCNICA DA COGNIÇÃO E A CONSTRUÇÃO DE PROCEDIMENTOS ADEQUADOS ÀS REAIS NECESSIDADES DE TUTELA ESPECÍFICA

⁹³ “Nada impede, porém, a ocorrência da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário na forma antecipada. Todavia, nesta hipótese, a antecipação da tutela fundar-se-á no artigo 273, I do Código de Processo Civil. Com efeito, “o artigo 273, I, ao generalizar a possibilidade de obtenção de tutela satisfativa sumária no curso do processo, obviamente permite a antecipação de pagamento de soma, em favor da vítima, na ação de reparação de danos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 201).

⁹⁴ “O legislador atual tomou conhecimento da dura verdade de que o processo, tal como concebido em seu rito comum ou ordinário, não estava suficientemente aparelhado para enfrentar o problema de emergência. Assim, como a medicina tem aperfeiçoado, cada vez mais, as técnicas cirúrgicas de emergência, para salvar pacientes em risco de vida, também o direito processual tem de conceber expedientes capazes de tutelar, em caráter de urgência, os direitos subjetivos que não podem deixar de ser prontamente exercitados, sob pena de perecerem e de conduzir os respectivos titulares a um profundo descrédito no processo judicial como um todo. (...) Um juiz privado de preparo técnico e de equilíbrio pode – é verdade -, no uso do poder de criar medidas de urgência, provocar danos incalculáveis e comprometer até mesmo o direito em litígio. Mas, isto se obvia por meio de remédios de ratificação e de recursos também eficazes e rápidos, e não pela simples eliminação do remédio processual de urgência. Assim como não se recusa o bisturi ao cirurgião de urgência, por simples temor de vir a ser mal utilizado, também não se pode negar ao juiz um amplo poder de antecipar providências e de tomar medidas preventivas.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada*. In: **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 181-203).

“O termo conhecimento é utilizado, efetivamente, para designar uma das espécies de processo, ao lado do processo de execução e do processo cautelar. (...) Cognição, por sua vez, diz respeito à relação entre uma pessoa e o objeto cognoscível.”⁹⁵

Sendo assim, no âmbito processual, a série de atividades intelectuais, a operação lógica efetivada pelo julgador afim de proferir a decisão, denomina-se cognição.⁹⁶

Nesta linha, se é certo afirmar que essa atividade é mais nítida no processo de conhecimento, não menos certo é asseverar que ela ocorre em todo e qualquer tipo de processo, ou seja, dizer que há cognição no processo de conhecimento, não significa dizer que não exista cognição em outros processos, ou ainda, que a cognição seja exclusividade do processo de conhecimento.⁹⁷

Com efeito, “a *cognitio* atua sobretudo no processo de conhecimento (também chamado de processo de cognição) por imprescindível ao *jus dicere* e inseparável do mandamento jurisdicional contido no *judicium*. Ela é o fenômeno básico e medular do processo de conhecimento, tanto que o curso procedimental deste se desdobra em fases e atos ditados pelas necessidades da função cognitiva que o juiz deve exercer, para julgamento final do pedido. Todavia, pode o juiz, em outros processos, ter de definir *in casu* a vontade concreta da lei

⁹⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 92.

⁹⁶ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller. 1998, p. 217. “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.” (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller. 2000. p. 58-59).

⁹⁷ Cf. OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A defesa do executado...** p. 92.

dizendo qual o direito aplicável. Claro está que em situações dessa natureza, embora não se trate do processo de conhecimento, também presente se acha a *cognitio*.”⁹⁸

Note-se, outrossim, que a cognição, sob a ótica dos modos de utilização como técnica processual, pode ser vista, genericamente, no plano horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade). No plano horizontal, a cognição pode ser parcial (ou limitada) ou plena; no plano vertical, a cognição pode ser sumária (incompleta) ou exauriente (completa).⁹⁹

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

Nesta linha, o procedimento de formalidades supérfluas passou a significar, no direito moderno, a busca incessante da verdade, numa equivalência entre “verdade” e “justiça”, como se esta só pudesse ser atingida

⁹⁸ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. Campinas: Millennium. 2000. p. 03. “Demais, que seria cognição, em sentido tão largo e ao mesmo tempo tão estreito? Dar-se-á que não haja cognição em tantos despachos durante a execução? Dar-se-á que o conhecer para executar seja diferente do conhecer para que depois se execute? Em verdade, chamou-se processo de execução ao processo das execuções de sentenças. A cognição teria ficado atrás, exaurida na sentença. Ao procedimento em cujo remate ficou a sentença sucede o procedimento de execução. Ora, nos nossos dias, há procedimentos especiais às ações declaratórias, condenatórias e constitutivas, procedimentos especiais às ações mandamentais e procedimentos especiais às execuções. Mas ilusão seria estabelecer-se classificação que correspondesse à classificação das ações. O valor da dicotomia ‘procedimento de cognição, procedimento de execução’, no plano teórico e no plano prático, é quase nenhum. Pode-se tratar, a fundo, o processo civil sem qualquer alusão a ela.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários...** tomo 1. p. 70).

⁹⁹ Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição...** p. 115-116.

depois da mais ampla exaustão, por todos os meios imagináveis de pesquisa da verdade.

Na cognição sumária, por outro lado, 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.¹⁰⁰

Logo, a técnica da cognição permite a construção de procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela específica, conduzindo, no plano vertical, aos chamados juízos de probabilidade, ou seja, as decisões que ficam limitadas a afirmar o provável.¹⁰¹

Advirta-se, porém, que a técnica da cognição sumária, quando analisada isoladamente, não será capaz de distinguir provimentos diferenciados em sua estrutura e função.

Destarte, tanto a tutela cautelar como a tutela antecipatória são provisórias, efetivadas via cognição sumária, sendo

¹⁰⁰ “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...** p. 85-86).

¹⁰¹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela...** p. 23; PISANI, Andrea Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1979. p. 575.

materializadas, portanto, através de decisão. Entretanto, apesar dos pontos de semelhança, ostentam natureza jurídica diversa.¹⁰²

Com efeito, 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.

Destarte, o limite objetivo da tutela antecipatória é a coincidência em extensão com a prestação definitiva, importa dizer, a procedência (parcial ou total) do pedido, caracterizada pela provisoriedade.¹⁰³

Logo, o fato de uma tutela ser provisória nada diz para quem está pensando nos resultados no plano do direito material. Com efeito, supor que uma tutela é cautelar apenas porque é provisória, é concluir que não importa o resultado que a tutela sumária produz no plano do direito material.

Por esta razão a via cautelar é inadequada para a prestação das tutelas inibitória e de remoção do ilícito. Sendo assim, tais tutelas eram prestadas através da via cautelar em razão das características do processo de conhecimento tradicional, fincado na classificação trinária das ações, que não

¹⁰² “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).

¹⁰³ Assim, valoriza-se “o livre convencimento do juiz, criando o máximo possível de coincidência entre a apreciação prodrômica para a tutela antecipatória e a apreciação prodrômica para a sentença.” (RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 06, p. 691-720, set./dez. 1997).

permitia a concessão da tutela antecipatória, tampouco a utilização das técnicas mandamental e executiva.

Frise-se, portanto, que a ampla e difusa conflituosidade verificada na atualidade, reafirma a relevância da técnica da cognição no que concerne à construção de procedimentos preordenados a adequada tutela de direitos materiais, de forma a propiciar, de maneira célere, a efetiva reação à lesão ou ameaça a direito.¹⁰⁴

4. PERFIS DO DEVER DE SUSTENTO E AS TÉCNICAS DE TUTELA ALIMENTAR

4.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE OBRIGAÇÃO E SUA PROJEÇÃO EM RELAÇÃO AOS ALIMENTOS

Como se sabe, no direito romano, a obrigação era tida como um vínculo meramente pessoal, sem qualquer sujeição ao patrimônio do devedor, sendo que, estando o devedor vinculado à obrigação com seu próprio corpo, o credor tinha direito sobre ele.

¹⁰⁴ Outrossim, “fica igualmente demonstrada a íntima relação entre cognição sumária e tutela interdital, pois, a concessão do interdito, pelo pretor romano, apoiava-se necessariamente em *summaria cognitio*, motivo, alíás, historicamente determinante da recusa que a doutrina invariavelmente opôs ao reconhecimento da natureza jurisdicional da tutela interdital.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 191).

Dáí não admitir, nessa época, a cessão e transferência de obrigação de qualquer espécie, fosse realizada pelo credor ou fosse pelo devedor, pois a obrigação se apresentava com esse caráter pessoal, a vincular pessoas determinadas.¹⁰⁵

Com o progresso do conceito de obrigação, na hipótese de não cumprimento voluntário, a execução deixou de recair sobre a pessoa do devedor, dirigindo sobre o patrimônio deste, perdendo àquela antiga característica que possuía.

Nesta linha, as características conceituais da obrigação continuaram, praticamente, as mesmas, diferenciando-se a obrigação do direito moderno pelo conteúdo econômico da prestação.

Realmente, em caso de descumprimento obrigacional, o devedor responde junto ao seu credor com o seu patrimônio e não mais com sua própria pessoa. Essa característica econômica da obrigação, que incide sobre o patrimônio deste, retirou aquela importância central sobre a pessoa do devedor, possibilitando, hoje, a perfeita transmissibilidade das obrigações.¹⁰⁶

“Originariamente, no primitivo direito romano, o vínculo obrigacional caracterizava-se por sua rigorosa e absoluta “pessoalidade”, ou seja, a relação obrigacional era destituída de qualquer caráter de “patrimonialidade”, ao

¹⁰⁵ “A *manus injectio* é o mais antigo dos meios executórios institucionalizado pelo direito romano. Caracterizava a *manus injectio* o emprego da força contra o próprio obrigado. Era acorrentado na praça pública, exprobadado a solver a dívida e, finalmente, remanescendo desatendido o crédito reclamado pelo credor, padecia o devedor a brutal e irreversível sanção da morte.” (ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p. 75).

¹⁰⁶ Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 30.

contrário do que se dá no direito moderno, onde o fator patrimonial, definido como responsabilidade, assume enorme, e por vezes exclusiva, relevância, em detrimento do *debitum*, enquanto vínculo de natureza pessoal, a ponto de confundirem-se os direitos reais com os direitos de crédito.”¹⁰⁷

Logo, a *obligatio* correspondia a um vínculo do qual o obrigado haveria de liberar-se através de um ato pessoal e voluntário. Assim, era inexistente, ou desprezível, o componente patrimonial, caracterizado pela responsabilidade, enquanto vínculo capaz de estabelecer a sujeição dos bens do obrigado ao cumprimento da obrigação.

Portanto, no direito moderno, o caráter econômico da *obligatio* evidencia que o patrimônio do devedor responderá pelo descumprimento obrigacional.¹⁰⁸

Nesta linha, a diversidade conceitual entre a *obligatio* romana e o que dela resultou para o direito moderno, está relacionada com o próprio conceito de direito. Esta transformação exerceu papel relevante para a universalização das sentenças condenatórias que, além de difundir, em sua forma

¹⁰⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução...** p. 50. O mencionado jurista, ressalta que “é necessário, porém, advertir em que a assimilação da *obligatio* aos deveres jurídicos, assimilação definitivamente estabelecida no século XVII, como mostra Hans Hattenhauer (Conceptos fundamentales del derecho civil, ed. alemã de 1982, Barcelona, 1987, p. 79) já figurava na lição de Paulus, jurista romano do século III da era cristã, que definia a essência da *obligatio*, não como o instrumento capaz de proporcionar-nos a propriedade de um determinado objeto, ou a prestação de um serviço, e sim como vínculo através do qual alguém se obriga a dar ou fazer alguma coisa em nosso benefício (Digesto, livro 44, título 7, lei 3: “A essência das obrigações não consiste em que alguém nos faça proprietário de alguma coisa ou de uma servidão, mas em obrigar alguém a dar-nos alguma coisa a fazer ou não fazer.” (Ibid. p. 51).

¹⁰⁸ Neste sentido, o artigo 591 do Código de Processo Civil dispõe que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.” Este aspecto também está sedimentado no artigo 1.518 do Código Civil, segundo o qual, “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.”

originária, o princípio da incoercibilidade da obrigação, reduziu a condenação a mera exortação ao condenado, confiando em que ele, espontaneamente, cumpra o julgado.¹⁰⁹

Além disso, a generalização do conceito de obrigação e a predisposição de procedimentos executivos para as obrigações de fazer ou não fazer fundadas em título, contribuiu para a indistinção dos conceitos de dever (obrigação legal) e obrigação decorrente de relações contratuais ou delituais.¹¹⁰

Destarte, são inúmeros os exemplos de demandas que têm por objeto o cumprimento de deveres legais e que, por outro lado, não são veiculadas através de uma sentença condenatória; ao contrário, o procedimento já prevê a possibilidade de concessão de liminares antecipatórias, importa dizer, de se ‘executar’ de forma diversa daquelas em que se executa a sentença.¹¹¹

Dentre estes procedimentos, construídos à luz das diversas situações de direito material, implementadas pelos diferentes graus de cognição do julgador, frisante particularidade depreende-se do dever de sustento.

¹⁰⁹ “Um dos fatores primordiais que determinaram este resultado foi a preservação do conceito romano de jurisdição, como pura declaração, o que determinou a supressão da tutela interdita, que era justamente àquela que, em direito romano, continha a execução e a ordem, raízes das modernas ações executivas e interditais, ferozmente negadas pela ciência processual.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução...** p. 57). Assim, “com a necessidade do segundo grau, a causa, em primeiro grau, não está ganha nem perdida; a sentença do juiz, por não ter, em regra, execução imediata, serve pouco mais do que nada.” (CAPPELLETTI, Mauro apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. 214).

¹¹⁰ “O pano de fundo para essa perplexidade, em que muitos processualistas se encontram, é formado, sem dúvida, pela mesma substância que produziu a doutrina da universalização da ação condenatória, na persistente tentativa dos juristas, especialmente da ciência europeia do século XIX, de transformar o direito, qualquer que seja a sua natureza e origem, em direito obrigacional, transferindo para o campo administrativo tudo o que exija do magistrado uma ordem (*imperium*), e não uma simples condenação. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso ...** v. 2. p. 135).

¹¹¹ À luz do que dispõe o artigo 461 do Código de Processo Civil.

4.2 A DISTINÇÃO ENTRE DEVER DE SUSTENTO E OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

“Dever corresponde a direito; obrigação, a pretensão. Todos têm o dever de atendimento dos direitos de personalidade. Há dever, que foi violado; e os juristas mal se dão conta de que o ato é ilícito porque houve violação de algum dever, que não se origina de regra jurídica, logicamente posterior, sobre a responsabilidade pelo ato ilícito.”¹¹²

Nesta linha, no trato das relações jurídicas, das quais se irradiam direitos e obrigações alimentares, devem-se separar, nitidamente, àquelas concernentes à existência da sociedade conjugal, as que derivam da união estável, da responsabilidade civil, as que dizem respeito à relação de parentesco e, dentre estas, as oriundas da autoridade parental. Com efeito, não se pode confundir a obrigação alimentar com o dever de sustento¹¹³ (decorrente da autoridade parental), já que seus pressupostos são diversos.

¹¹² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de...** tomo 5. Campinas: Bookseller, 2000. p. 478-479.

¹¹³ Também chamado de obrigação de sustento. (Cf. CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 401). Sob outra ótica, os deveres, também chamados de ‘obrigações legais’, capazes de gerar sentenças mandamentais, a serem atendidas pelo art. 461 do CPC, distinguem-se das pretensões nascidas do direito obrigacional, seja contratual ou delitual. (Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso....** v. 2. p. 134-137) Com efeito, se alguém promete fazer o que a lei determina, ou não fazer o que a lei já lhe proíbe, não se obriga. (Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários...** Tomo 10. Rio de Janeiro: Forense. 1976, p. 86). Assim, a regra jurídica dirige-se às pessoas, fixando-lhes posições em relações jurídicas, de forma a atribuir direitos e deveres. Algumas vezes, o dever é *posterius*; o que importa é o direito, *prius*: daí poder o terceiro entregar a coisa devida. Outras vezes, o dever é *prius*; o direito, *posterius*: é o que se passa, por exemplo, com os deveres paternais. Neste caso, o dever é pessoal e a prestação positiva (*facere*). (Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de...** Tomo 5. Campinas: Bookseller, 2000. p. 471-477).

Note-se que o dever de sustento distingue-se das demais obrigações alimentares por objetivar a satisfação e tutela de um interesse jurídico-familiar que transcende o próprio indivíduo. Assim, a dívida alimentar que não tenha sua razão de ser no vínculo de parentesco, haverá de regular-se por normas ou estipulações que informam o direito das obrigações.¹¹⁴

Como se vê, o dever de sustento visa conservar a vida, satisfazer as necessidades do indivíduo e tutelar um interesse existencial. Portanto, o critério de distinção que pode estabelecer-se, dentre outros, entre as diversas modalidades de obrigação alimentícia e sua regulação, deriva do título que lhes dá nascimento. De um lado, o direito alimentar que decorre da lei, de outro, a prestação alimentícia criada por testamento ou convenção. Somente esta se move e vive no campo obrigacional. Àquela, ao contrário, configura uma fisionomia especial que resulta do estatuto legal consagrado ao dever de sustento.¹¹⁵

A obrigação alimentar é recíproca, dependendo das possibilidades do devedor, sendo exigível se o potencial credor estiver necessitado, ao passo que o dever de sustento, por ser unilateral, não tem o caráter de

¹¹⁴ Cf. CICU, Antonio. La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti. **Rivista di Diritto Civile**, 1910. p. 145. Assim, “do dever de alimentar decorre o direito a alimentos, pessoal, razão por que não se podem invocar regras jurídicas do direito das obrigações, analogicamente.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de...** tomo 9. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 211).

¹¹⁵ Cf. BO, Giorgio. **Il diritto degli alimenti**. Milano: Giuffrè, 1935. p. 19-37. A obrigação de sustento é uma obrigação que nasce da lei: obrigação *ex lege* (dever). Pode ter por fonte, porém, um negócio jurídico: contrato e testamento. Assim, a constituição de legado de alimentos, nos termos do artigo 1.687 do Código Civil. No direito italiano, destaca-se a figura do contrato denominado vitalício alimentar, que vem assimilado, por parte da doutrina e da jurisprudência, ao esquema da renda vitalícia (Cf. AULETTA, Tommaso Amadeo. **Alimenti e solidarietà familiare**. Milano: Giuffrè, 1984. p. 200). À obrigação alimentar negocial são aplicáveis, com as necessárias correções, as regras das obrigações legais. Outrossim, a obrigação alimentar pode nascer *ex delicto*, portanto, de um fato gerador de responsabilidade civil.” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família** (Direito matrimonial). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990. p. 51).

reciprocidade e deve ser cumprido nos termos do artigo 229, primeira parte, da Constituição Federal, bem como, do artigo 231, IV do Código Civil.¹¹⁶

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.”¹¹⁷

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.¹¹⁸

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.¹¹⁹

¹¹⁶ “El artículo 39.3 de la Constitución establece lo siguiente: Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.” (Cf. GIMÉNEZ, José Antonio Pajares. **Código Civil**: Edición preparada. Madrid: Civitas. 1999. p. 148).

¹¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições... v.5. p. 243.

¹¹⁸ Cf. OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A antecipação da tutela**... p. 30.

¹¹⁹ “En lo que concierne a la obligación de los padres para con sus hijos, no hace doble empleo y no debe confundirse con el deber que incumbe a los padres de sostener y educar a sus hijos; esta obligación es puramente unilateral; existe sin reciprocidad ninguna y termina con la mayor edad o la emancipación del hijo; es entonces precisamente cuando la obligación de alimentos entre en juego, en la ocasión y en el momento en que la patria potestad toma fin, y con ella los atributos y las cargas que comporta.” (JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cía. 1952. p. 310).

Porém, em alguns casos, a maioria 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 maioria de filho, que não trabalha e cursa estabelecimento de ensino superior, não justifica a exoneração dos genitores de prestar-lhe alimentos.¹²⁰

Outrossim, enquanto o dever de sustento resulta da autoridade parental, a obrigação alimentar ostenta caráter geral, vinculando-se, inclusive, à relação de parentesco em linha reta, no que tange aos filhos maiores.

“La prestación alimentaria es uno de los deberes que se impone a los padres como contenido de la patria potestad; no está sujeta entonces, como en el caso de los restantes parientes, incluido el hijo mayor de edad o emancipado, a la prueba de la necesidad por parte del reclamante. Basta el pedido para la procedencia del reclamo, sin perjuicio de que la cuota se establecerá en

¹²⁰ “Os alimentos prestados pelo pai cessam com a maioria ou emancipação do filho. No entanto, a jurisprudência anota casos que suscitam salutar princípio relativamente à educação dos filhos que, mesmo atingindo a maioria, 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 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.

relación a las posibilidades del demandado y la necesaria contribución del outro progenitor.”¹²¹

Portanto, podemos sintetizar as seguintes diferenças: “a) a obrigação de sustento é unilateral. Os devedores da obrigação de sustento são os pais; os credores, os filhos menores. Na obrigação de alimentos a determinação dos obrigados é recíproca. Assim, os descendentes devem alimentos aos ascendentes e reciprocamente; b) a obrigação de sustento devida aos filhos não obedece à determinação do seu montante à equação de proporcionalidade que é própria da obrigação de alimentos. Os alimentos, como vimos, são fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Pelo contrário, o montante da obrigação de sustento do filho é assegurado pelas reais possibilidades econômicas de seus pais; c) ao contrário do que ocorre com a obrigação de alimentos, a obrigação de sustento se executa *in natura*,¹²² pois os filhos menores vivem em comunidade com seus pais.”¹²³

“Assim, o dever de sustento define-se como uma obrigação de fazer, enquanto a obrigação alimentar consubstancia uma obrigação de dar. Apenas quando se verifica a impossibilidade de coabitação dos genitores, mantido o menor na companhia de um deles, ou de terceiros, é que a execução da obrigação de sustento poderá se resolver na prestação do equivalente; e passa a representar assim uma forma suplementar colocada à disposição do filho para obtenção dos meios de subsistência e educação.”¹²⁴

¹²¹ BOSSERT, Gustavo A. **Régimen jurídico de los alimentos**. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 199.

¹²² Essa forma de execução normal supõe comunhão de vida. Todavia, à luz do artigo 25 da lei n.º 5.478/68, isto não significa dizer que, quando não houver comunhão de vida, os alimentos sempre serão prestados sob a forma pecuniária.

¹²³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família...** p. 73.

¹²⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos...** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 406.

4.3 O CONTEÚDO NÃO PATRIMONIAL DO DEVER DE SUSTENTO DIANTE DA PRESTAÇÃO ALIMENTAR PECUNIÁRIA

Neste ponto, cumpre ressaltar que o caráter patrimonial da *obligatio* também se projetou no âmbito do dever de sustento, fazendo-se presumir que o aspecto patrimonial, como dito, ligado à responsabilidade, estivesse presente nos alimentos decorrentes da autoridade parental.

"No obstante que la prestación alimentaria tiene entidad económica, el derecho y la obligación alimentaria correlativas no tienen un objeto o finalidad de esa índole; es decir, no se pretende la satisfacción de un interés de naturaleza patrimonial, sino que, fundado el vínculo obligacional alimentario en la relación de familia, su finalidad es permitir al alimentista, cónyuge o pariente, satisfacer sus necesidades materiales y espirituales, com la extensión que corresponda según el supuesto. Es por ello que, concretamente, en estos casos cabe afirmar que la obligación alimentaria tiene carácter asistencial."¹²⁵

É preciso, portanto, desmistificar o caráter patrimonial dos alimentos decorrentes do dever de sustento, demonstrando, ainda, nesta hipótese, a inexistência de dano, sendo inadequada, por consequência, a tutela ressarcitória fundada na sentença condenatória.¹²⁶

Em outras palavras, caso não seja apta a prevenir o ilícito, ou removê-lo, ou ainda, impedir a repetição de ilícitos, a tutela alimentar

¹²⁵ BOSSERT, Gustavo A. **Régimen jurídico...** p. 03. Neste sentido, ZANNONI, Eduardo A. **Derecho Civil**. Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 83.

¹²⁶ Todavia, cumpre advertir que os alimentos decorrentes de responsabilidade civil, nos termos do artigo 1.537, inciso II e 1.538, § 2º do Código Civil, dependem, para sua configuração, da existência de ato ilícito danoso.

inerente ao dever de sustento servirá muitos mais para “indenizar” o alimentante do que satisfazê-lo diante de suas necessidades básicas prementes.

Outrossim, diante da natureza do crédito alimentar, é inegável que a utilização da técnica antecipatória revelar-se-á vital à efetividade das decisões judiciais, a serem implementadas através da utilização dos meios coercitivos e sub-rogatórios que denotam o procedimento da tutela alimentar.

Por esta razão, a tutela jurisdicional, notadamente nas hipóteses concernentes ao dever de sustento, deve ser tempestiva e voltada ao futuro, sendo atuada independentemente da ocorrência do dano.

Nesta linha, a inserção dos preceitos relativos ao dever de sustento na disciplina das relações de família nos permite afirmar que tais alimentos correspondem a um interesse familiar superior, se distinguindo, assim, de qualquer outra obrigação em virtude do caráter não patrimonial, do qual deriva várias características – a estrita personalidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a impenhorabilidade, a indisponibilidade, etc. – que lhe atribui uma peculiaridade específica, que a torna única nas relações interprivadas.¹²⁷

¹²⁷ Em sentido contrário, Tedeschi sustenta que “escluso che chi è obbligato a somministrare gli alimenti abbia, per ciò stesso, un dovere di cura della persona, è chiaro che il contenuto dell’obbligo alimentare ha contenuto prettamente patrimoniale. Vi è tuttavia chi nega la natura patrimoniale del diritto e dell’obbligo alimentari, non già a cagione del loro contenuto, bensì per le caratteristiche loro che si sono sommariamente notate. Ma, quanto al diritto dell’alimentando, chi ne neghi la natura patrimoniale sol perchè esso è indisponibile dovrà negare anche la patrimonialità dei diritti patrimoniali familiari, pur essi, di regola, indisponibili; mentre, comunemente, si ammette che vi possano essere diritti patrimoniali indisponibili.” (TEDESCHI, Guido. **Gli alimenti**. Torino: Utet, 1951, p. 363-364). Todavía, Degni elucida que “il diritto a conseguire gli alimenti è strettamente individuale; è un diritto della personalità diretto a tutelare l’integrità fisica e, quindi, è incredibile, inespropriabile; non può essere materia di compensazione o di rinuncia; è intrasmissibile, imprescrittibile. L’art. 441 afferma esplicitamente che ‘il credito alimentare non può essere ceduto’. Esso, in sostanza, non costituisce, per l’alimentando, un bene de natura patrimoniale del quale possa liberamente disporre: serve solo ad assicurargli i mezzi di vita.” (DEGNI, Francesco. **Il Diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano**. Padova: Cedam, 1943. p. 479).

“Quest’obbligo non si fonda su di un interesse egoistico-patrimoniale esclusivamente proprio del creditore degli alimenti, sì bene in un interesse di natura superiore, che si potrebbe qualificare familiare-pubblico.”¹²⁸

“Questa caratteristica della ‘cura della persona’ (concetto tipico dei rapporti di famiglia) e la natura non patrimoniale del rapporto postulano dunque, non solo l’autonomia dogmatica dell’obbligo alimentare fra congiunti in confronto all’obbligo alimentare da negozio o da delitto, ma altresì la posizione particolare nel sistema dell’istituto; il quale va concepito come un vero e rapporto familiare.

E questa proposizione há un notevole interesse pratico in quanto da un lato importa l’impossibilità della estensione analogica all’obbligo alimentare volontario delle norme dettate per l’obbligo fra congiunti, d’altro canto significa l’inapplicabilità a quest’ultimo obbligo delle regole generali sulle obbligazioni.”¹²⁹

Note-se que “a prestação de alimentos não constitui para o alimentário um mero valor patrimonial, econômico, pelo que não se admite renúncia do direito ao alimentos, nem cessão do referido direito, nem transação; não pode o direito aos alimentos também ser penhorado ou alienado, não pode, enfim, ser objeto de compensação.”¹³⁰

¹²⁸ CICU, Antonio. **Diritto di famiglia**. Roma, 1915, p. 357. “Essendo la ragione fondamentale, per cui si impone do provvedere a chi ne abbisogna quanto è necessario per la vita, non tanto di assoluto e stretto diritto, ma, come già si è detto, piuttosto di vincolidi umana soliarità, più imperiosa nell’ambito familiare, ne consegue che si tratta di dovere che, per la sua stessa natura, è indipendente da qualunque corrispettivo di carattere economico.” (SECCO, Luigi; REBUTTATI, Carlo. **Degli alimenti**. Milano: Giuffrè. 1957. p. 14).

¹²⁹ BO, Gioio. **Il diritto...** p. 13.

¹³⁰ SANTOS, J. M. Carvalho **Código civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 159.

Destarte, “o elemento ativo do patrimônio do alimentando não é o direito aos alimentos, visto que não é no seu patrimônio uma atividade de que ele possa dispor, um valor que o aumente e que sirva de garantia aos credores; não há também um interesse patrimonial do alimentando, um interesse individual, a que a lei confere tutela, mas apenas um interesse de ordem superior e meramente familiar.

Inversamente, o débito de alimentos não constitui para o patrimônio do parente, que é obrigado a prestá-los, uma verba do passivo, visto que não entra em linha de conta quando se deve avaliar o patrimônio na sua consistência econômica.

Na realidade não existiria aqui nem um interesse nem um encargo patrimonial, visto que, prevalecendo sobre tudo o mais, estaria o caráter superior, social, familiar do instituto, estranho ao âmbito das simples e puras relações individuais de conteúdo econômico.

É inegável que se trata de uma obrigação com caráter especial, que se distingue não só de qualquer outra, mas também das próprias obrigações alimentares que não se radicam no vínculo familiar.”¹³¹

Note-se que o termo patrimonial diz respeito ou é relativo a patrimônio e, portanto, o fato dos alimentos serem aferíveis economicamente não nos permite dizer que os alimentos apresentem o caráter

¹³¹ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. v. 2. Campinas: Bookseller, 1999, p. 75. Neste sentido, BO, Giogio. **Il diritto...** p. 12-15; CICU, Antonio. **Diritto...** p. 357.

patrimonial; mesmo porque, se assim fosse, quem porventura os recebesse não seria designado alimentado (alimentário), mas sim patrimoniado.¹³²

Outrossim, não raro, é possível identificarmos que o alimentante não possua patrimônio e, em decorrência do dever de sustento, não obstante, cumpra a obrigação legal. Por outro lado, o fato do alimentando receber os alimentos não assegura, de modo algum, que detenha, ou passe a ter patrimônio.¹³³

Logo, são conceitos distintos. Portanto, “não deve confundir-se com a patrimonialidade a possibilidade de vantagem econômica que de um direito resulte para o seu titular.”¹³⁴

Ademais, “Montesano observa que no direito italiano admite-se a antecipação do pagamento de soma em dinheiro quando a prestação em dinheiro é o instrumento para conservar ou reintegrar um bem não patrimonial: por exemplo, prestações alimentares.”¹³⁵

¹³² “Que não se escandalize quem não sabe pronunciar palavras que não sejam consagradas. Estou convicto que as palavras só servem para significar o pensamento. Quando encontro uma palavra, embora não consagrada por nenhum sacerdote da língua, que poderia tornar o pensamento mais eficaz e mais conciso de alguma outra, eu a uso sem aquele temor ou medo que tomaria um escritor acadêmico. Se se admitisse unívoca e univocidade, por que não podemos admitir polívoca e polivocidade? De resto, julgo que esta liberdade seja, mais que a outra, concedida principalmente para quem escreve em matéria científica: primeiro, porque em ciência, mais que em outra, a palavra é um acessório, que deve curvar-se às exigências do principal que é o pensamento; e pois, porque se tem sempre que enriquecer a linguagem indefinidamente, não por luxo, mas a serviço da eficácia e da precisão, principalmente a linguagem científica.” (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. v. 1. São Paulo: Conan, 1995. p.158).

¹³³ “Non è diritto subiettivo privato il diritto agli alimenti tra famigliari; perchè non è elemento del patrimonio, non è bene, non è credito; chi de prestare gli alimenti non ha *obbligazione*, perchè non è vincolato nella libertà di disporre del proprio patrimonio.” (CICU, Antonio. **Diritto...** p. p. 100).

¹³⁴ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições ...** v. 1. p. 283.

¹³⁵ MONTESANO, Luigi. apud MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação...**, p. 197-198.

Com efeito, “não há razão para confusão entre tutela prestada em pecúnia com tutela pelo equivalente em pecúnia. Há tutela prestada em pecúnia que pode ser específica.”¹³⁶

Portanto, a natureza jurídica do dever de sustento não pode ser um reflexo da equivalência entre os respectivos instrumentos. Importa dizer, se é certo que é possível, embora não seja a forma ideal, tutelar um direito de conteúdo não patrimonial através do equivalente pecuniário, não menos certo é o fato de que a tutela prestada em pecúnia não é apta, por si só, a justificar o natureza patrimonial do direito tutelado.

“O termo ‘alimentos’, numa aproximação etimológica, derivaria de *alimentum* (verbo *alere*), significando, numa acepção possível, nutrir, não se esgotando no sentido físico quando tomado na acepção jurídica. No ordenamento jurídico, compreendem universo de prestações de cunho assistencial que, evidentemente, tem conteúdo mais elástico no plano do direito que na percepção coloquial.

Dívida de valor, alimentos são realmente prestações normalmente em dinheiro, e nem por isso se reduzem ao conceito clássico da obrigação pecuniária, ainda que a prestação o seja. Remarque-se, porém, tratar-se de direito pessoal, não patrimonial. O dinheiro aí é mero instrumento de quantificação da própria prestação, que é objeto da obrigação. A manutenção do ‘poder aquisitivo’ inspira a incidência automática da devida correção monetária.”¹³⁷

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 70.

¹³⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 268.

“O direito a alimentos é, com efeito, um direito não-patrimonial. Isso não exclui a patrimonialidade da prestação alimentar. Todavia, o seu fim é um dado não-patrimonial: sustento do credor.”¹³⁸

Trata-se de um direito estritamente pessoal, voltado a satisfazer um interesse imediato da pessoa, encarada como membro do núcleo familiar.”¹³⁹

“El que da alimentos porque los debe aunque no los necesite el alimentista, realiza una prestación que sólo se diferencia de las demás por su contenido. Dar alimentos porque el alimentista los requiere para su subsistencia, no es otra cosa que satisfacer la pretensión que nace del derecho a la vida del ser humano.”¹⁴⁰

¹³⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família...** p. 69.

¹³⁹ Ibid. 70. “La prestación che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse anche non patrimoniale del creditore. Come si è detto, si è posto in discussione se il problema riguardante il carattere giuridico dell’obbligo abbia una qualche connessione com quello riguardante il carattere patrimoniale della prestazione. Indubbiamente, i due aspetti non sono identici, giacchè possono esservi doveri patrimoniali che non sono obbligazioni giuridiche ed obblighi giuridici (pertinenti ad es. al diritto familiare) che non hanno contenuto patrimoniale.” (MAJO, Adolfo di. **Obbligazione...** p. 255-256).

¹⁴⁰ ¿Llegará a consagrarse legislativamente la prestación alimenticia como una prestación de dar impuesta a todos y cada uno de los hombres en favor de los necesitados? El cristianismo configura así la obligación. Santa Teresa de Jesús dice que com respecto a nuestros bienes y riquezas ejercemos una simple mayordomía y San Agustín asegura que sobre nuestros bienes hay constituída una hipoteca a favor de los necesitados desde el principio del mundo.” (LOPEZ, Blas Piñar. **La prestación alimenticia en nuestro derecho civil.** Madrid: Reus, 1955. p. 8-9). “En algunos países, cuyas economías, ante el incumplimiento del deudor alimentario, el Estado toma a su cargo el pago, a título de adelanto, de todo o parte de la pensión alimentaria, subrogándose en los derechos del acreedor para perseguir al deudor y recuperar lo abonado. Entre los países que han adoptado esta previsión pueden citarse Suecia, que adelanta hasta un cuarenta por ciento de la suma básica estimada para la manutención, Dinamarca, Finlandia, Alemania y Suiza, los cuales han tomado en cuenta la recomendación en tal sentido adoptada en la Conferencia de Viena del Consejo de Europa de 1977.” (BOSSERT, Gustavo A. **Régimen jurídico...** p. 542).

4.4 A ALTERNATIVIDADE DA PRESTAÇÃO DIANTE DA INFUNGIBILIDADE MERAMENTE JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE SUSTENTO À LUZ DA UTILIZAÇÃO FUNGÍVEL DAS TÉCNICAS EXECUTIVA E MANDAMENTAL

Importante frisar, ainda sob o aspecto do cumprimento da obrigação de sustento, que “o dever de alimentar pode ser cumprido com o *facere*, e não apenas com o *dare*, ou, pelo menos, em forma combinada (*facere* e *dare*). A execução em dinheiro é a mais vulgar; porém nada impede que, convindo o alimentante, salvo se razões militam para que se exclua a prestação *in concreto*, se prestem alimentos em hospedagem e sustento (art. 403). Que não fica ao arbítrio do alimentante, nem, tão-pouco, do alimentando, di-lo o art. 403, parágrafo único.”¹⁴¹

“Ademais, a obrigação de sustentar não terá atendido ao seu fim se os pais não tiverem assegurado *in natura* a satisfação das necessidades do filho sob o pátrio poder¹⁴²; situa-se aqui a diferença capital entre o dever de sustento e a obrigação alimentar propriamente dita, que se executa, em princípio, através de prestações periódicas geralmente em dinheiro.

Tecnicamente, assim, a obrigação de sustento define-se como uma obrigação de fazer; enquanto a obrigação alimentar consubstancia uma obrigação de dar. Apenas quando se verifica a impossibilidade de coabitação dos genitores, mantido o menor na companhia de um deles, ou de terceiros, é que a execução da obrigação de sustento (obrigação de fazer) se resolve na prestação do equivalente (obrigação de dar); e passa a representar assim uma forma suplementar

¹⁴¹ MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de....** Tomo 9. p. 241.

¹⁴² Preferimos o uso da expressão autoridade parental.

colocada à disposição do filho para a obtenção dos meios de subsistência e educação.”¹⁴³

Como se pode verificar, “la cuota alimentaria puede ser satisfecha en dinero o en especie, ya que de lo que se trata es que la necesidades del alimentado queden satisfechas. Si existe convenio que establece el modo en que se debe cumplir, el alimentante debe ajustarse a ello. Las partes pueden acordar no sólo el pago en dinero o en especie, sino una forma mixta, estableciendo el pago de una suma de dinero y la entrega periódica de determinados bienes.”¹⁴⁴

Frise-se que as pretensões ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer encontram fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil. Assim, no âmbito do dever de sustento, o demandante poderá implementar o seu direito segundo as normas deste artigo.¹⁴⁵ Entretanto, muito embora as disposições contidas na Lei n.º 5.478/68 permitam, há muito, a utilização das técnicas mandamental e executiva, visando o cumprimento do dever de sustento, a natureza jurídica da tutela dos alimentos decorrentes do dever de sustento não foi descortinada, permanecendo presente, embora oculta, ao examinador perfunctório.¹⁴⁶

¹⁴³ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos...** p. 406. Sendo assim, a guarda compartilhada, como meio de manter (ou criar) os estreitos laços afetivos entre pais e filhos, estimula o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de sustento *in natura*, consistente numa nítida obrigação de fazer. (Cf. GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 110).

¹⁴⁴ BOSSERT, Guatavo A. **Régimen jurídico...** p. 509.

¹⁴⁵ “A peculiaridade dos créditos alimentares justifica, e até mesmo impõe ao legislador, a utilização de meios executivos diferenciados, aptos a uma satisfação mais pronta e eficaz desses direitos, o que não ocorreria pelo caminho do complexo e demorado procedimento executivo disciplinado nos artigos 646 e seguintes do Código de Processo Civil.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta...** p. 215).

¹⁴⁶ “O direito brasileiro é fértil em exemplos de demandas que têm por objeto o cumprimento de certos deveres legais, a que o direito processual oferece instrumentos que não se confundem com o processo de execução para cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer. (SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso...** v. 2. p. 134).

Destarte, a concessão dos alimentos provisórios,¹⁴⁷ via cognição sumária, caracteriza frisante exemplo de antecipação da tutela jurisdicional. Sendo assim, resta demonstrado que os alimentos decorrentes do dever de sustento podem ser implementados através da técnica executiva e mandamental, ao contrário das ações condenatórias, cuja eficácia executiva é sempre diferida para um processo subsequente.

Assim, o procedimento inerente à tutela alimentar, em razão dos meios executivos predispostos, permite, diante da peculiaridade do caso concreto, a utilização adequada das técnicas executiva ou mandamental, capazes de materializar a prestação de uma tutela específica.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Acerca da delimitação estrutural e funcional dos alimentos provisórios vide item 4.4.

¹⁴⁸ “Resta, sem dúvida, a conquista, ou a reconquista, da distinção entre obrigações e deveres que o direito moderno suprimiu, a partir do período bizantino do direito romano tardio, generalizando, contra as legítimas fontes do direito romano clássico, o conceito de *obligatio*, de que proveio nossa genérica e exclusiva execução por créditos – com a supressão das ações mandamentais e das execuções reais, que correspondiam basicamente à tutela romana interdital -, para que a compreensão do campo da incidência da norma contida no art. 461 evidencie que, no conceito de obrigação com que labora este artigo, compreendem-se tanto as obrigações *strictu sensu*, do direito das obrigações quanto genericamente os deveres, aí compreendidos tanto aqueles nascidos do direito privado quanto os deveres sociais e os que nascem do direito público. O art. 461, além de generalizar a execução das obrigações de fazer e não fazer, buscando tornar o instrumento processual executivo adaptado às peculiaridades do caso concreto, ainda arma o juiz de poderes de império de que é carente, por definição, a sentença condenatória. Quer dizer, a norma do art. 461 responde afirmativamente à indagação que a doutrina italiana frequentemente faz, procurando determinar se poderia haver sentenças condenatórias cuja execução não se submete aos rígidos padrões da execução por crédito. É significativo observar como a doutrina italiana vem reagindo contra a insuficiência do instrumento executivo, reduzido como ele foi, no direito moderno, exclusivamente à execução obrigacional, particularmente nos dois setores mais sensíveis da disciplina jurídica privada, o direito do trabalho e o direito de família, os dois ramos onde em geral costumam surgir os primeiros sinais de reação contra o divórcio entre as exigências sociais e os esquemas processuais que o tempo tenha superado. Nos últimos anos, têm-se intensificado, na doutrina italiana, as manifestações contra a rigidez dos instrumentos executórios destinados ao cumprimento de sentenças condenatórias, tanto no direito do trabalho, quanto no direito de família.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso...* v. 1. p. 150-151.) Nesse sentido, MALAGÜ, Luca. *Esecuzioni forzata e diritto di famiglia*. Milão: Giuffrè, 1986; SILVESTRI, Elisabetta. *Problemi e prospettive di evoluzione dell’esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*. *Rivista di Diritto Processuale*. Milão: Giuffrè, 1981.

Outrossim, a distinção entre as obrigações de fazer e as obrigações de dar, quando as prestações envolvem, como não raro acontece, a prestação concomitante de coisas e de fatos, reside no interesse do credor.¹⁴⁹

Note-se, todavia, que a visível tendência de tudo converter em dinheiro contribuiu para a substituição da prestação *faciendi* primitiva pelo seu equivalente pecuniário.

Além disso, a complexidade e a incompreensão acerca dos meios executórios específicos contribuíram para utilização genérica da técnica do equivalente pecuniário.

Ademais, por outro lado, devido ao princípio da intangibilidade física do obrigado, os meios coercitivos, aplicáveis às obrigações infungíveis, muitas vezes se revelaram insuficientes.¹⁵⁰

Assim, o direito moderno distinguiu as prestações de fazer realmente infungíveis e aquelas outras prestações que, não obstante implicarem igualmente um *facere* a ser realizado pelo obrigado, podem perfeitamente ser prestadas por terceiros.¹⁵¹

¹⁴⁹ Nos termos, inclusive, do artigo 612 do Código de Processo Civil. Acerca do assunto, BORRÉ, Giuseppe. **Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare**. Nápoles: Jovene, 1966.

¹⁵⁰ “Por mais rigorosas que sejam tais medidas, se o ato depender exclusivamente do devedor e esse preferir suportá-las, mesmo com prejuízo irressarcível, não haverá poder jurídico capaz de exigir-lhe o cumprimento de sua obrigação.” (LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 6, tomo II, Rio de Janeiro: Forense. 1974, p. 724).

¹⁵¹ “A tendência do direito moderno orientou-se no sentido de restringir o princípio geral da incoercibilidade do fazer humano, limitando as hipóteses em que a resistência do obrigado em cumprir a obrigação deva ser suprida por uma indenização pecuniária, de modo que o princípio da incoercibilidade do *facere* acabou sendo limitado apenas às prestações incapazes de serem executadas por terceiros.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso...** v. 2. p. 139).

Nesta linha, o dever de sustento se amolda à infungibilidade meramente jurídica.¹⁵²

Com efeito, apesar de configurar um direito personalíssimo, “o interesse do credor não se dirige à atividade do devedor, considerada em si mesma, senão ao resultado dela, isto é, a produção do efeito que de semelhante atividade resultaria. Daí deflui a possibilidade de proporcionar ao credor o benefício especificamente visado. Em determinadas circunstâncias, assegura-lhe a lei aquele resultado, através de expediente que torna prescindível a colaboração do devedor.”¹⁵³

Assim, muito embora o direito a alimentos seja nitidamente personalíssimo, ninguém nega a possibilidade da utilização, no que tange aos alimentos decorrentes do dever de sustento, de meios inerentes à execução indireta (prisão), bem como à execução direta (desconto em folha de pagamento), possibilitando, nesta hipótese, o adimplemento da obrigação independentemente da vontade do alimentante.

“Realmente, sempre que o desconto em folha for possível, há uma forte probabilidade de que a satisfação da prestação alimentícia através desse meio possa realizar-se tão prontamente quanto a que se obtém com a aplicação do meio coercitivo. Sendo esse o caso, porque a utilização de um meio sub-rogatório é indiscutivelmente menos prejudicial ao devedor que a aplicação de

¹⁵² “O conceito de fungibilidade, constante do art. 50 do Código Civil, refere-se a objeto material pois aí se determina serem fungíveis os móveis que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Todavia a doutrina lançou mão da noção de fungibilidade para distinguir duas diferentes espécies de obrigação de fazer, isto é: aquelas em que a pessoa do devedor constitui preocupação essencial do credor, e as em que isso não ocorre.” (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v.2. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 36).

¹⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 210.

medida que consista em restrição à sua liberdade, a aplicação do princípio da proporcionalidade – mais precisamente, de um dos três subprincípios em que ele se subdivide, ou seja, o da exigibilidade (ou princípio do meio mais suave) – levaria a que se preferisse utilizar, em primeiro lugar, o desconto em folha.”¹⁵⁴

Este raciocínio, além de encontrar respaldo no artigo 620 do Código de Processo Civil, demonstra uma questão interessante no plano da efetividade da tutela jurisdicional; importa dizer, a utilização do meio mais grave (prisão) não implica, necessariamente, na efetividade da tutela jurisdicional que poderá ser alcançada, outrossim, através da utilização de um meio que, muito embora prescindida da vontade do devedor (desconto em folha), se revela menos gravoso. Assim, a infungibilidade meramente jurídica do dever de sustento (que não se confunde com a alternatividade da prestação), decorrente da aplicação fungível das técnicas executivas e mandamentais, preordenadas de forma a permitir, diante das peculiaridades do caso concreto, a prestação de uma tutela diferenciada, caracteriza a frisante especificidade da tutela jurisdicional dos alimentos decorrentes do dever de sustento.

Poder-se-ia argumentar, ainda, que é possível identificar hipóteses de prestação de assistência material por terceiros.¹⁵⁵

Destarte, dispõe o artigo 1.341 do Código Civil que, “quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar

¹⁵⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução...** p. 220.

¹⁵⁵ Nesse sentido CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos...** p. 93-94; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família...** p. 65.

a quem se devem, poder-lhe-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato.”¹⁵⁶

Entretanto, esta possibilidade, além de não se confundir com o dever de sustento, não afasta o aludido dever inerente à autoridade parental, podendo caracterizar, outrossim, uma mera liberalidade do terceiro.¹⁵⁷

Com efeito, a pessoalidade do débito reside no fato de que o obrigado é identificado em razão de um vínculo de filiação que o une ao alimentando. Por esta razão, o dever de sustento é intransmissível à luz do artigo

¹⁵⁶ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 05 jan. 1916. “Non si tratta qui infatti del diritto alimentare in sè, ma soltando di una pretesa concreta di rimborso connessa al suo inadempimento da parte dell’obbligato. L’azione del terzo contro l’obbligato viene fondata, sulla *negotiorum gestio* o sull’art. 2900 (azione surrogatoria).” (TESDESCHI, Guido. **Gli alimenti...** p. 416-417). “A tendência que tem prevalecido é considerar o terceiro como gestor de negócios do obrigado; se alguém prestou os alimentos, a título de empréstimo, ou sem receber o pagamento, o alimentante deve-os como os deveria a quem fosse gestor de negócios sem poder de representação; pois, em direito, sempre que uma pessoa gere utilmente os negócios de outra, aquela tem ação para se fazer indenizar dessas despesas; assim, é possível que aquele que nutriu o filho o tenha feito gerindo utilmente os negócios do pai, devendo este portanto ser compelido a indenizar. Pretendem, porém, outros, que o terceiro estaria investido de uma ação sub-rogatória ou ação oblíqua; mas tal fundamento não se mostra aceitável, pois, sendo os alimentos vinculado exclusivamente à pessoa do credor, ‘les créanciers (deste) ne peuvent le exercer à la place des intéressés’.” (CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos...** p. 93).

¹⁵⁷ Nesta linha, o parágrafo único do artigo 1342 do Código Civil evidencia que, se os alimentos foram prestados por liberalidade, sem intenção de exigir, posteriormente, o reembolso do responsável por eles, não há que se falar em ressarcimento. “Si inclina a presumere l’animo liberale quando l’alimentando sia unito al somministratore degli alimenti da un vincolo di famiglia” (TEDESCHI, Guido. **Gli alimenti...** p. 416). Neste aspecto, oportuna a lição do professor Fachin: “Se o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais do que 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 no comportamento a 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, 1.996. p. 37).

402 do Código Civil. Logo, do seu caráter estritamente pessoal decorre, por exemplo, sua intransmissibilidade.¹⁵⁸

Frise-se, por oportuno, que o dever de sustento não é afastado sequer quando os filhos são entregues a terceiros, como se depreende do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁵⁹

Sendo assim, ressalte-se que, embora se trate de um direito vinculado à personalidade, materializado em um dos meios de se usufruir o direito à vida, portanto, nitidamente de caráter não patrimonial, o dever de sustento, calcado na autoridade parental, além de permitir a restrição ao direito de liberdade do alimentante, comporta a utilização dos meios de execução direta, sem que isso

¹⁵⁸ Cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família...** p. 70.

¹⁵⁹ “A guarda não implica em prévia suspensão ou destituição do pátrio poder.” (CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 45). “Assim, o dever material do guardião em relação ao menor não ilide o dever dos pais de assistência material, isto é, o fato do menor estar sob a guarda de terceiros não exime os pais de prestar alimentos. Todavia, poder-se-ia argumentar que, estando o menor sob a guarda de outrem, os pais se eximiriam, por completo, do dever de prestar alimentos. Tal raciocínio, sem sombra de dúvida, contrastaria com a obrigação natural imposta aos pais de prestar alimentos aos filhos menores, além de configurar verdadeira heresia jurídica.” (OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 42.). “Tem-se ressaltado que a guarda dos filhos não é da essência, mas tão-somente da natureza do pátrio poder; em outros termos, a guarda é um dos atributos do pátrio poder, mas não se exaure nele nem com ele se confunde; em condições tais, a guarda pode existir sem o pátrio poder, como, reciprocamente, este pode ser exercido sem a guarda. O símile da posse e propriedade é posto em confronto pela doutrina: assim como a posse é o exercício de fato de alguns poderes inerentes ao domínio, mas com este não se confunde, assim também a guarda do menor é o exercício de fato de um dos atributos inerentes ao pátrio poder, mas não se confunde com este, podendo ambos, também aqui, ser exercidos concomitantemente por pessoas diversas; o exercício da posse não extingue o direito de propriedade, assim como a concessão da guarda do menor a terceira pessoa não elimina o pátrio poder do respectivo titular.” (CAHALI, Yussef Said. Da guarda. In: **Estatuto da Criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros. 1992. p. 127).

resulte um procedimento incompatível com o estado de liberdade, proclamado nas constituições modernas.¹⁶⁰

As regras, portanto, da tutela alimentar decorrente do dever de sustento não colidem com os princípios que protegem a liberdade individual, mas procuram conciliá-los com o direito do credor a ser satisfeito, sempre que isso for materialmente possível, sem a utilização, por óbvio, do sucedâneo das perdas e danos.

Portanto, a obrigação de sustento se qualifica por uma infungibilidade meramente jurídica que, devido as suas características, não se amolda às prescrições do artigo 880 do Código Civil, já que, diante do descumprimento do dever, constituiria um grave equívoco converter o mencionado dever em perdas e danos, pois, tratando-se de violação do artigo 231, IV do Código Civil, estamos diante de um ato ilícito, cuja tutela não leva em consideração o dano.

Importa dizer, sob esta ótica, é possível afirmar que a predisposição de técnicas mandamentais e executivas à tutela alimentar, já demonstrava, há muito, a incoerência da equiparação entre o ilícito e o dano para efeito de reparação civil, pois, muito embora a prática do ilícito, o ordenamento jurídico, nesta hipótese, não se contentava com a conversão em perdas e danos, nos termos do artigo 880 do Código Civil.¹⁶¹

Ao contrário, sempre muniu o demandante de técnicas que viabilizassem o cumprimento do dever em sua forma específica, ainda que na

¹⁶⁰ Ao contrário, tal conduta encontra espeque no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, de forma a contribuir para o cumprimento do disposto em seu artigo 229, primeira parte, no que tange ao dever de sustento.

¹⁶¹ O mencionado artigo dispõe que “incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.”

forma monetária, independentemente da investigação da ocorrência do dano ou não.

Em suma, na hipótese de não cumprimento do dever de sustento, importa dizer, diante da ocorrência do ilícito, a tutela alimentar, independentemente da existência de título, sempre foi prestada na forma específica, revelando a insuficiência da sentença condenatória.

Para tanto, o procedimento da ação de alimentos fundada no dever de sustento, previsto na Lei n.º 5.478/68, não poderia compatibilizar-se com a classificação trinária das ações. Destarte, o artigo 4º do mencionado dispositivo legal, assim como tantos outros exemplos previstos em leis esparsas, demonstra a fragilidade das concepções fundadas na separação, no plano procedimental, da tutela cognitiva e executiva.

Entretanto, como a tutela alimentar não está catalogada dentre os ‘procedimentos especiais’, o legislador entendeu ‘seguro’ permitir, expressamente, como se depreende do artigo 733 do Código de Processo Civil, a execução de ‘decisão’ que fixa alimentos.

Assim, a tutela inerente ao dever de sustento, importa dizer, de um direito da personalidade, por caracterizar uma prestação de fazer, ou de dar, meramente infungível, admite, em busca de uma solução no interesse do credor, a teor do disposto no artigo 4º da Lei n.º 8.069/90, a utilização das técnicas mandamental e executiva, com a predisposição dos meios de coerção e sub-rogação, de modo a permitir a satisfação do direito a alimentos, inclusive, de forma antecipada.

Logo, o instituto em testilha, por apresentar tais peculiaridades, situa-se em uma “zona de penumbra” a justificar a predisposição de técnicas processuais, à primeira vista, inadequadas.¹⁶²

Assim, muito embora o cumprimento do dever de sustento se caracterize por uma infungibilidade meramente jurídica, é inegável a possibilidade de se utilizar, de maneira fungível, dependendo do caso concreto e sempre no interesse do alimentando, as técnicas de coerção e sub-rogação.

Em outras palavras, a infungibilidade meramente jurídica do dever de sustento não retira a possibilidade de se utilizar, de maneira fungível, as técnicas processuais adequadas à efetiva prestação da tutela jurisdicional.¹⁶³ Outrossim, em determinados casos, a efetividade do provimento jurisdicional somente será alcançada através do emprego simultâneo de tais técnicas.

Portanto, a mencionada fungibilidade não implica, necessariamente, na exclusão de uma ou de outra técnica processual. Note-se que

¹⁶² “Esta proximidade, redutora da nitidez dos conceitos, é um fenômeno natural no domínio da ciência jurídica, destacado por Herbert Hart, o eminente filósofo inglês, como uma espécie de zona de penumbra própria de todos os conceitos criados pelos juristas, na tentativa de explicar as próprias construções teóricas por eles concebidas para a formação das categorias jurídicas. Segundo Hart, a análise dos conceitos mais se revela proveitosa e fecunda na medida em que o jurista se afasta do núcleo de nitidez máxima para penetrar em sua zona periférica e nebulosa. Não se trata, portanto, de proscreever o conceitualismo no estudo do direito, e sim de evitar a reprodução teórica somente da transparência nuclear de cada conceito, como se os fenômenos jurídicos pudessem, através das teorizações e sistemas que os juristas constroem para explicá-los, contrariar o *continuum* natural.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso...** v. 2. p. 144.)

¹⁶³ “Se se tratar de infungibilidade meramente jurídica, pode ter lugar a tutela específica, porquanto o juiz emite um provimento que substitui o ato volitivo do devedor, com idêntica extensão e profundidade.” (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 66). Neste sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 42. Cabe ressaltar, outrossim, que a doutrina também se refere à “prestação apenas juridicamente infungível”. Neste sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 147.

“há muito tempo, no ordenamento francês – que é aquele que serve de modelo, inclusive em termos históricos, às investigações teóricas preocupadas com a incidência da multa ou das *astreintes* -, tais formas de execução podem ser cumuladas e coexistem pacificamente.”¹⁶⁴

Porém, isto não retira a possibilidade de alternatividade quanto ao objeto da prestação. Importa dizer, a infungibilidade meramente jurídica nada tem a ver com o conteúdo da prestação alimentar a título de dever de sustento.¹⁶⁵

Neste ponto, como dito, reside o núcleo de complexidade do instituto em exame, pois, como se trata de obrigação cuja infungibilidade é meramente jurídica, é perfeitamente possível a utilização de técnicas inerentes à coerção e sub-rogação, inclusive de forma cumulada, o que não retira, por outro

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 74. Neste sentido, CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Giuffrè, 1980. p. 16.

¹⁶⁵ “O art. 403, *caput*, do Código Civil permite ao devedor de alimentos pensionar o credor ou dar-lhe, em casa, hospedagem e sustento. A regra confere duplo conteúdo à obrigação alimentar: tanto abrange prestação em dinheiro, sob a forma de pensão periódica, quanto a de dar coisa determinável, ou seja, morada e sustento. Deste ângulo, e sem maiores digressões, a obrigação de sustento assume natureza alternativa.” (ASSIS, Araken de. **Da execução...** p. 94.) Com efeito, “a pessoa obrigada a suprir alimentos pode satisfazer a prestação por dois modos: a) dando uma pensão ao alimentando; b) dando-lhe, em casa, hospedagem e sustento. Trata-se, portanto, de obrigação alternativa.” (GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 419). Assim, “l’obbligazione alimentare si soddisfa o mediante un assegno alimentare corrisposto in periodi anticipati o coll’accolgere e mantenere l’alimentando nella casa propria del debitore (non di un terzo) (art. 437, 1° comma). Si tratta, dunque, di obbligazione tipicamente alternativa, com facoltà di scelta nel debitore (art. 115 libro delle obbligazione) che può eleggere, secondo le sue convenienze, l’uno o l’altro modo di adempimento.” (DEGNI, Francesco. **Il diritto...** p. 493). Contudo, nos termos do parágrafo único do artigo 403 do Código Civil Brasileiro, “compete, porém, ao juiz, se as circunstâncias exigirem, fixar a maneira da prestação devida.” Por sua vez, o artigo 149 do Código Civil Espanhol prescreve que “el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad.” (Cf. GIMÉNEZ, José Antonio Pajares. **Código Civil**: Edición preparada. Madrid: Civitas. 1999. p. 169).

lado, a alternatividade do objeto da prestação alimentar decorrente do dever de sustento.

Aliás, em virtude dos meios de execução que lhes dão efetividade e dos diferentes impactos que produzem sobre a esfera jurídica do demandado, a tutela alimentar inerente ao dever de sustento comporta, por exemplo, a utilização fungível, ou cumulada, das tutelas inibitória e de remoção do ilícito.¹⁶⁶

Em suma, a infungibilidade meramente jurídica da obrigação de sustento não retira a alternatividade do conteúdo da prestação, sendo certo que a utilização, de forma fungível, das técnicas de coerção e sub-rogação, demonstrará, diante das peculiaridades do caso concreto, a fungibilidade entre as tutelas de cunho preventivo (inibitória e executiva) e reintegratório (mandamental e executiva).

Com efeito, por se tratar de obrigação alternativa¹⁶⁷, a escolha do devedor, observada a discricão judicial na fixação da forma de prestar os alimentos, logrará elastério maior ou menor ao objeto do dever de sustento, podendo ficar reduzido à simples pecúnia, ou admitir o adimplemento *in natura*.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Com efeito, “a execução específica ou a obtenção do resultado prático correspondente à obrigação pode ser alcançada através de provimento mandamental ou do provimento executivo *lato sensu*, ou da conjugação de ambos.” WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.753.

¹⁶⁷ Destarte, o artigo 884 do Código Civil dispõe que, “nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.” Com efeito, “a obrigação alternativa é a que contém duas ou mais prestações com objetos distintos, da qual o devedor se libera com o cumprimento de uma só delas, mediante escolha sua ou do credor.” (DINIZ, Maria Helena. **Código Civil...** p. 673).

¹⁶⁸ Por esta razão, devido às características dos alimentos decorrentes do dever de sustento e os respectivos meios executórios, levando-se em consideração as categorias obrigacionais, urge incluir o crédito alimentar numa ou mais de uma classe. Cf. ASSIS, Araken de. **Da execução...** p. 90.

Neste aspecto, o artigo 25 da Lei n.º 5.478/68 exige o consentimento do credor capaz, excluindo, portanto, as hipóteses inerentes ao dever de sustento decorrentes da autoridade parental.¹⁶⁹

Frise-se, outrossim, que o artigo 4º do mencionado diploma legal faz menção à fixação de ‘alimentos provisórios’, sendo que o artigo 733 do Código de Processo Civil, por sua vez, alude à fixação de ‘alimentos provisionais’.

Assim, revela-se imprescindível, para a classificação das tutelas inerentes ao dever de sustento, a delimitação estrutural e funcional dos alimentos provisórios e provisionais, afim de determinar a natureza do provimento, as diversidades procedimentais, as questões que serão objeto da cognição do julgador, afim de implementar, através da técnica cognitiva sumária, as medidas de coerção ou sub-rogação condizentes com as peculiaridades do caso concreto.

4.5 A IDENTIDADE ESTRUTURAL E FUNCIONAL DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS E PROVISIONAIS DIANTE DA DIVERSIDADE PROCEDIMENTAL

¹⁶⁹ Assim, “com relação ao incapaz, permanece íntegra a disposição do artigo 403 do Código Civil, cabendo ao juiz fixar as circunstâncias. Trata-se, na hipótese, do princípio da alternatividade, em que o alimentante poderá pensionar o alimentando ou dar-lhe hospedagem e sustento.” (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Lei de alimentos comentada**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 80). Com efeito, “el obligado a prestar alimentos podrá, e su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo em su propia casa al que tiene derecho a ellos.” (COLIN, Ambrósio; CAPITANT, H. **Curso elemental de derecho civil**. Traducción por Demófilo de Buen. Madrid: Reus, 1952. p. 800).

Ressalte-se, inicialmente, que a delimitação estrutural e funcional da tutela dos alimentos ditos ‘provisórios’ e daqueles denominados ‘provisionais’ constitui um dos temas mais interessantes em sede de alimentos.¹⁷⁰

Nesta linha, Sérgio Gischkow 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.”¹⁷¹

Como se vê, a análise da função dos alimentos provisórios e provisionais não é capaz de ensejar qualquer distinção. Ao contrário, ambas categorias apresentam uma indentidade funcional.

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.”¹⁷²

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.

¹⁷⁰ Cf. OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A antecipação...** p. 40.

¹⁷¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de alimentos**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983. p. 49. Neste sentido, a professora Iara de Toledo Fernandes salienta, coerentemente, que “os pontos de contato fixam-se quanto à função: há um sentido (essência) de provisão tanto nos provisionais quanto nos provisórios.” (FERNANDES, Iara de Toledo. **Alimentos Provisionais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 152).

¹⁷² OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A antecipação...** p. 49.

Significa dizer, portanto, que os alimentos provisionais são, na verdade, alimentos provisionais antecipados.¹⁷³

Entretanto, a inaptidão do critério estrutural para a determinação dos alimentos provisionais como medida cautelar, visto que ambos são ‘alimentos antecipados’, aliada ao fato, no âmbito funcional, de que ambos materializam a provisão (no sentido de prover) do demandante, não dispensa a análise da diversidade procedimental entre os alimentos provisórios e provisionais.

Certamente, ambas espécies têm por finalidade substancial prover o requerente da medida. Todavia, a tutela diferenciada prevista na Lei n.º 5.478/68, além de permitir a utilização das técnicas de coerção e sub-rogação, é concedida apenas a quem disponha de prova da relação de parentesco, decorrente da autoridade parental.

¹⁷³ Perceba-se 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 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. Tanto na liminar possessória como em todas as demais liminares ‘antecipatórias’, cuida-se de uma única lide, sobre a qual se opera, para retirar-lhe um elemento da sentença final de procedência, trazendo-o para a fase liminar do procedimento. Quando isto ocorre, a sentença final esvazia-se de um componente eficaz, precisamente aquele que fora antecipado. É uma questão, portanto, de estrutura, não de função. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso...* v. 3. p. 329). Em sentido contrário, a professora Iara de Toledo Fernandes aduz que, “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 nas tutelas definitivas.” (FERNANDES, Iara de Toledo. *Alimentos Provisionais...* p. 152). Em sentido ainda diverso, o saudoso professor Paulo Lúcio Nogueira consignou que “tanto os alimentos provisórios como os provisionais têm caráter provisório e nisso se confundem. Ambos são de natureza cautelar, visto que os provisórios são fixados ao despachar o pedido inicial e os provisionais podem ser fixados antes da ação principal.” (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Lei de alimentos...* p. 07).

Diante disso, o procedimento da Lei em testilha possibilita a fixação imediata 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.

“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.”¹⁷⁴

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.”¹⁷⁵

Ao contrário, tratando-se de alimentos provisionais, que poderiam ser pedidos por quem fosse apenas “um provável credor”, como se daria, por exemplo, nas hipóteses de obrigação alimentar, a fixação da prestação alimentícia, ainda que via cognição sumária, sujeita-se a verificação da probabilidade da existência da pretensão afirmada.

Com efeito, dispõe o artigo 854 do Código de Processo Civil que, na petição inicial, exporá o requerente as suas necessidades e as possibilidades do alimentante. Daí porque, nos termos do parágrafo único do mencionado dispositivo, “o requerente poderá pedir que o juiz, ao despachar a

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A antecipação...** p. 41.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A tutela de urgência e o direito de família.** São Paulo: Saraiva, 1998. p. 86.

petição inicial e sem audiência do requerido, lhe arbitre, desde logo, uma mensalidade para manutenção.¹⁷⁶

Portanto, 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, nos termos do 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.

Feitas estas observações, pode-se concluir que o procedimento específico inerente à tutela dos alimentos provisórios, regulado pela Lei n.º 5.478/68, consagra, diante de flagrante especificidade, não encontrada em nenhum outro exemplo no ordenamento, de antecipação da tutela, visando a satisfação do direito de forma imediata em face do peculiar interesse de ordem pública que a informa.

¹⁷⁶ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 17 jan. 1973. “Deve-se, portanto, distinguir as duas ações: a) ação de alimentos provisórios, que compete a quem tem direito de receber alimentos; b) ação de alimentos provisionais, pela qual o seu autor pede alimentos.” (FERREIRA, Pinto. **Investigação de paternidade, concubinato e alimentos**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 147).

Portanto, em conjunto, as peculiaridades da tutela jurisdicional, ainda que prestada via cognição sumária, inerente aos alimentos provisórios e provisionais, apesar de ostentarem a mesma estrutura e função, é possível uma sistematização acerca do tema de forma a concluir pela diversidade procedimental, bem como, dos âmbitos de incidência.

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

Por outro lado, tratando-se de obrigação alimentar decorrente, por exemplo, de negócio jurídico (contrato e testamento), de fato gerador da responsabilidade civil, ou ainda, da relação de parentesco entre parentes em linha reta, excluída a hipótese inerente à autoridade parental, ou colateral, o julgador deverá investigar, dependendo do caso concreto, vários fatores, dentre eles, a condicionalidade representada pelo binômio necessidade-possibilidade, a comprovação do dano nas hipóteses de alimentos indenizativos, etc.

Reafirme-se, por oportuno, que no trato das relações jurídicas, das quais se irradiam direitos e obrigações alimentares, devem-se separar, nitidamente, àquelas concernentes à existência da sociedade conjugal, as que derivam da união estável, da responsabilidade civil, as que dizem respeito à relação de parentesco e, dentre estas, as oriundas da autoridade parental.

Sendo assim, tal concepção permite vislumbrar que a tutela inerente ao dever de sustento (obrigação de sustento) concerne aos alimentos provisórios, da mesma forma que a tutela inerente aos alimentos pertinentes à

sociedade conjugal, à união estável, à responsabilidade civil e as que dizem respeito à relação de parentesco, excluído, por óbvio, o dever de sustento, materializam hipóteses de obrigação alimentar, concernentes, portanto, aos alimentos provisionais.¹⁷⁷

Em suma, sob esta ótica, a diferença entre alimentos provisórios e alimentos provisionais decorre dos diferentes pressupostos que informam a distinção entre dever de sustento e a obrigação alimentar.¹⁷⁸

Logo, tratando-se de alimentos decorrentes do dever de sustento, é perfeitamente possível classificar a tutela alimentar, sob a ótica do direito material, em alimentos (provisórios) preventivos mandamentais (inibitórios) e alimentos (provisórios) preventivos executivos, bem como, em alimentos (provisórios) reintegratórios mandamentais e alimentos (provisórios)

¹⁷⁷ “Estes distintos tipos de procedimento se originaram remotamente da forma interdital romana e, mais proximamente, das *inhibitiones* do processo germânico medieval, a denotar a coexistência, ao longo da história, de dois sistemas processuais perfeitamente diferenciados, resultantes de adequação condizente com situações e valores distintos da lide material.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 8. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 385).

¹⁷⁸ Assim, poder-se-ia dizer, embora pareça simplista, que a tutela dos alimentos provisórios está para o dever de sustento, assim como a tutela dos alimentos provisionais está para a obrigação alimentar. “Tais enunciados não conflitam agora com o disposto no art. 13, *caput*, da Lei 5.478/68, mas com ele se conformam, na medida em que ali se estabelecia a aplicabilidade da Lei de Alimentos às ‘ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação do casamento’, *no que couber*; ora, nesta sede, aqui não mais caberia a aplicação subsidiária (‘no que couber’) da lei especial, porquanto a legislação processual superveniente estatuiu medida cautelar específica “nas ações de desquite e de anulação de casamento” (CPC, art. 852, I), cuja aplicabilidade se sobrepõe ao dispositivo genérico e eventual do art. 13 da Lei de Alimentos, restringindo-se, portanto, os alimentos provisórios do art. 4º tão-apesas às ações de alimentos típicas, deduzidas com base na Lei 5.478/68.” (CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos...** p. 667). Com efeito, “o rito especial da ação de alimentos não pode ser aplicado às ações de separação judicial, de nulidade, de anulação de casamento e mesmo divórcio, visto que estas ações seguem o rito ordinário ou comum. Nada impede que numa das ações retroreferidas, se houver necessidade de alimentos provisionais (e não provisórios), sejam requeridos cumulativamente com a ação principal, que seguirá o rito ordinário. (...) O que não se admite é o contrário, substituir o rito ordinário pelo especialíssimo ou especial, o que implicaria cerceamento das partes na discussão do problema *sub judice*.” (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Lei de alimentos...** p. 42-43).

reintegratórios executivos, a serem prestados, diante da necessidade de efetividade da tutela dos direitos, na forma antecipada.

Ademais, no que tange aos alimentos decorrentes da obrigação alimentar é possível vislumbrar, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, a tutela inerente aos alimentos (provisionais) ressarcitórios, prestados na forma específica ou pelo equivalente, a serem efetivados, caso seja necessário, na forma antecipada.¹⁷⁹

5 AS TUTELAS ESPECÍFICAS DO DEVER DE SUSTENTO

5.1 ALIMENTOS (PROVISÓRIOS) PREVENTIVOS: MANDAMENTAIS (INIBITÓRIOS) E EXECUTIVOS

Em princípio, cumpre analisar o momento a partir do qual decorre a obrigação de sustento, pois este aspecto materializa outra peculiaridade desta espécie em confronto com outras obrigações.

Na verdade, o dever de sustento, muito embora o vínculo de parentesco (nascimento) já esteja estabelecido e, diante da omissão do genitor, a obrigação legal violada, materializando a prática do ato ilícito, é a partir do dia da

¹⁷⁹ Devido à delimitação do tema, a referência dar-se-á apenas com o intuito de demonstrar, nitidamente, a independência entre o ilícito e o dano, bem como, os reflexos da distinção entre dever e obrigação, no que tange à tutela alimentar. Com efeito, a importância do tema já nos conduzia à várias indagações, ao ponto de consignarmos: “Sem perder de vista a perspectiva do direito material, a tutela dos alimentos apresenta natureza reintegratória, ressarcitória ou inibitória? (OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A antecipação...** p. 49).

ciência da pretensão deduzida em juízo que as prestações alimentares serão exigidas pelo filho.

Como se sabe, “la obligación de alimentos será exigible desde que los necesitase para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.”¹⁸⁰

Destarte, em nosso ordenamento, o artigo 13, § 2º da Lei n.º 5.478/68 consagra que os alimentos fixados retroagem à data da citação. Trata-se do princípio *in praeteritum non vivitur* que significa, sobretudo, que a prestação alimentar, dado o fim a que se destina, deve ser cumprida súbita e tempestivamente. Isto porque a pessoa que tinha o direito a pedir alimentos e não os reclamou, não deixou por isso de viver e não se torna, pois, necessário sustentá-la pelo tempo que já decorreu, mas sim para o futuro.¹⁸¹

¹⁸⁰ COLIN, Ambrósio; CAPITANT, H. **Curso elemental...** p. 801.

¹⁸¹ Una delle questioni più discusse e più delicate in materia di obbligazione alimentare *ex lege*, sotto l'impero del codice del 1865, era quella che rifletteva il momento di decorrenza dell'obbligo della prescrizione fra congiunti. Essa è stata risolta dal nuovo codice che, all' art. 439, ha disposto che, gli alimenti son dovuti dal giorno della domanda giudiziale o dal giorno della costituzione in mora dell'obbligato, quando questa costituzione sia dentro sei mesi seguita dalla domanda giudiziale, in omaggio all'antico principio '*in praeteritum non vivitur*', il quale vuol dire che, poichè, pel tempo anteriore, l'alimentando ha vissuto ciò significa che egli há potuto sostenersi senza il concorso dell'obbligato. Gli alimenti mirano ad assicurare l'esistenza di una persona, e ciò riguarda il futuro non il passato. Dato lo scopo, si può dire che il debito giorno per giorno si estingue e rinasce, si estingue per il passato e rinasce per el futuro.” (DEGNI, Francesco. **Il diritto di famiglia...** p. 495). Por esta razão “en todo caso el acreedor de alimentos debe guardarse cuidadosamente de una negligencia prolongada, porque una jurisprudencia constante, aunque sin fundarse en ningún texto, le prohíbe pedir después el pago de los atrasos de us pensión, anteriormente vencidos y que hubiera descuidado reclamar a su debido tiempo: ‘los alimentos no se retrasan’; es ésta una regla de derecho consuetudinario, a base de presunción: se considera que el retraso constituye prueba de que el acreedor no se encontraba en la necesidad y podía prescindir de una ayuda de que no se há servido.” (JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil...** p. 321). Com efeito, “tem-se por razoável que não se reconheçam devidos os alimentos para um tempo em que o alimentando não os solicitara ao parente obrigado e com possibilidade de atendê-lo. Aqui se fazem sentir as necessidades gerais de certeza e segurança, pois o obrigado precisa saber ao certo o momento em que deve alimentos para se colocar numa situação de poder realizar a prestação.” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ; Francisco José Ferreira. **Direito de Família...** p. 51).

A justificativa não reside numa presumida renúncia do alimentando, ou numa presumida ausência da necessidade, mas sim no fundo prático a que o instituto se destina: assegurar a existência de uma pessoa, fim este que naturalmente respeita ao futuro e não ao passado.¹⁸²

Sendo assim, antes de tudo, é forçoso reconhecer uma proteção eficiente à preservação dos direitos da personalidade, sendo certo que tal desiderato somente será alcançado sob a forma da tutela preventiva.¹⁸³

Com efeito, não cabe restringir a tutela da pessoa à reparação do dano.¹⁸⁴ Importa dizer, não é possível tutelar negativamente o ser humano. Ao contrário, a atualidade demonstra a necessidade de proteger a pessoa em um sentido positivo, contribuindo para o pleno e livre desenvolvimento de sua personalidade. Esta tutela positiva se apresenta, prioritariamente, de ordem preventiva.

¹⁸² Logo, para a adequada tutela dos alimentos decorrentes do dever sustento, não há que se falar em uma técnica voltada ao passado, inerente à sentença condenatória, mas em uma tutela capaz de prevenir o ilícito ou a sua repetição. Com efeito, diante do princípio *in praeteritum non vivitur*, materializaria um enorme contra-senso negar a utilização da tutela inibitória, sobretudo na forma antecipada, aos alimentos decorrentes da autoridade parental.

¹⁸³ “O funcionamento do mecanismo processual corresponderá ao que dele se espera na medida em que concorra de forma efetiva para evitar a lesão, ou quando menos para impedir que continue a produzir-se. As providências jurisdicionais de índole puramente repressiva ou sancionatória têm nesse campo valor reduzido, se é que algum têm. Ora, o repertório legal das medidas preventivas, no Brasil e alhures, é sabidamente insatisfatório; e, por paradoxal que possa afigurar-se, a sua pobreza agrava-se justamente no domínio onde mais aguda se faz a necessidade prática da tutela: para proteger a posse e a propriedade ainda se dispõe de remédios prestadios, mas a farmacopéia jurídica chega em geral às raias da penúria no que concerne às relações não patrimoniais – precisamente numa área de problemas cuja solução, sem tais remédios, oscila entre os níveis da precariedade e da mistificação.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: **Temas de direito processual...** p. 05).

¹⁸⁴ Reitere-se que esta restrição derivou, dentre vários fatores, da equiparação, no que concerne à responsabilidade civil, entre ilícito e dano. Note-se, contudo, que a tutela inerente ao dever de sustento não leva em consideração o dano, daí ser incoerente a utilização da tutela ressarcitória.

Assim, os modelos tradicionais de proteção da pessoa fracassam, porque não levam em consideração a necessidade de prevenir que se produzam atentados contra o ser humano em um futuro imediato.

Logo, com o propósito de se antecipar às prováveis agressões que se pode cometer contra a pessoa, é que se inclui, nos mais recentes ordenamentos jurídicos, tutelas de caráter preventivo. Nesta linha, a tutela inibitória¹⁸⁵ visa evitar a consumação de um ilícito, ou em caso de já ter ocorrido o ilícito, obter sua imediata cessação.

Note-se, portanto, que tal ação, que não tem natureza repressiva, mas preventiva, brinda a pessoa com relativa segurança jurídica. “En este orden de ideas, se hace evidente la supremacía de las perspectivas preventivas respecto aquéllas represivas en lo que concierne a la protección de la persona.”¹⁸⁶

Entretanto, como dito, para a efetividade da tutela jurisdicional é imprescindível a predisposição de técnicas de coerção e sub-rogação de modo a interferir no resultado que o processo pode proporcionar no plano do direito material.¹⁸⁷

Assim, como o dever de sustento pode ser prestado através do fazer, dúvida não há acerca da existência, muito antes da reforma, do

¹⁸⁵ Acerca dos fundamentos e pressupostos da tutela inibitória, vide item 2.2.

¹⁸⁶ SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana. In: **Daño y protección a la persona humana**. Buenos Aires: La Rocca, 1993, p. 21-80.

¹⁸⁷ “Como a ordem, para ser efetiva, depende de multa, isto é, como a multa objetiva convencer o demandado a observar a ordem de fazer ou de não-fazer contida na sentença ou na tutela antecipatória, é imprescindível a análise da multa como meio de imposição da tutela inibitória.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 63).

fundamento legal para a imposição de multa cominatória visando compelir o alimentante a cumprir o dever de sustento, decorrente da autoridade parental.

Destarte, se o artigo 644 do Código de Processo Civil sempre permitiu a incidência de multa cominatória nas obrigações de fazer e, se o dever de sustento pode ser prestado através de um fazer, é inegável que sempre houve fundamento para a incidência de multa, nítida técnica coercitiva, no que tange aos alimentos decorrentes da autoridade parental.

Por esta razão, há muito, Alcides de Mendonça Lima, ao tecer comentários ao artigo em testilha, sustentou que, “embora a epígrafe se refira expressamente às ‘seções precedentes’, o dispositivo reitera a natureza da obrigação. Enquanto não faz, nas obrigações de fazer; ou enquanto faz, nas obrigações de não fazer, o devedor poderá ficar sujeito ao pagamento de pena por dia de atraso.”¹⁸⁸

Entretanto, paradoxalmente, a doutrina apenas enxergava a prisão como meio coercitivo para o cumprimento do dever de sustento, sendo certo que a coerção física, de longe, é muito mais rígida e comprometedora do que a coerção patrimonial. Logo, nas hipóteses em que o devedor possua patrimônio, a cominação da possibilidade de prisão, visando cessar a repetição do ilícito, por força do disposto no artigo 733, § 1º do Código de Processo Civil, infringiria o artigo 620 do mesmo diploma legal.

¹⁸⁸ LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 6, tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 778. Logo, sob esta ótica, a cominação de multa não se limitava apenas às hipóteses de execução fundada em título, pois levava em consideração a natureza da obrigação (de fazer ou não fazer). Atualmente, a redação do artigo 461 do Código de Processo Civil demonstra o acerto daquela tese. Por outro lado, tratando-se de alimentos provisórios, portanto, decorrentes do dever de sustento, o artigo 27 da Lei n.º 5.478/68 sempre permitiu a aplicação supletiva das disposições do Código de Processo Civil, de forma que sempre foi possível a cominação de multa visando o cumprimento da obrigação de sustento.

Neste sentido, “conforme al art. 666 bis del Cód. Civil, si el alimentante no cumple con el pago de las cuotas fijadas en la sentencia, el juez, a pedido do alimentando, puede imponer sanciones conminatorias o astreintes, cuyo propósito es compeler a esse cumplimiento. Las astreintes pueden ser reducidas o dejadas sin efecto si cesa la resistencia del alimentante al pago de los alimentos, ya que ellas no constituyen una pena civil, nui una indemnización de daños y perjuicios, sino un medio de presión de la voluntad del destinatario de un mandato judicial a fin de vencer su resistencia o contumacia al cumplimiento de lo debido u ordenado. Verificada la finalidad perseguida, desaparece la causa que las motivó y no procede su mantenimiento ni su reajuste.”¹⁸⁹

Poder-se-ia objetar que a norma em testilha permite a fixação da multa somente na sentença, limitando-se, portanto, na maioria das vezes, às hipóteses de ilícito já praticado. Entretanto, em virtude da redação do artigo 461 do Código de Processo Civil brasileiro, cujas ações de obrigação de fazer e não fazer podem ser implementadas com a cominação de multa diária, via cognição sumária, independentemente de requerimento da parte, não há dúvida da aplicação da coerção patrimonial, inclusive, na forma preventiva.¹⁹⁰

¹⁸⁹ BOSSERT, Gustavo A. **Régimen jurídico...** p. 526. Neste sentido, ZAVALÍA, Fernando López de. La tutela de las obligaciones de hacer, y de no hacer en el derecho argentino. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 5, p. 422-444, maio/ago. 1997; MADDOZZO, Luis Ramon. Derecho procesal civil: medidas conminatorias. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1, p. 154-160, jan./abr. 1996.

¹⁹⁰ Note-se, contudo, que, “como importa saber os resultados que estão sendo produzidos no plano do direito material, até para que se possa indagar se o processo está correspondendo àquilo que dele se espera, a ‘tutela liminar’ que pode ser postulada em uma ação inibitória ou em uma ação de remoção do ilícito, com fundamento nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, deve ser classificada como tutela inibitória antecipada ou tutela de remoção do ilícito antecipada, e não como tutela cautelar.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 58).

Assim, a fixação das *astreintes*¹⁹¹ ficará ao prudente critério do juiz que, dentre outros aspectos, levará em conta um reiterado descumprimento do dever de sustento pelo alimentante, a justificar a incidência da multa em proporção que possa evitar a prática, a continuação ou repetição do ilícito.

Logo, diante das peculiaridades dos alimentos decorrentes do dever de sustento, é plausível que se tema o inadimplemento, principalmente na forma continuada, justificando, assim, a utilização de outra forma de coerção judicial, consistente na imposição de multa diária para a hipótese de descumprimento da obrigação, sem, entretanto, alterar a natureza da tutela.¹⁹²

Nesta linha, poder-se-ia argumentar que o alimentante que porventura não tenha condições de cumprir a obrigação, por maior razão, não terá condições de cumprir a obrigação acrescida da cominação diária.

Este argumento padece de um grave equívoco, pois não consegue vislumbrar que a outra forma de coerção, consistente na prisão do obrigado, por razões lógicas, não satisfaz a pretensão do autor.

¹⁹¹ “As *astreintes* correspondem a uma coação de caráter econômico, no sentido de influírem no ânimo do devedor, psicologicamente, para que cumpra a prestação de que se está esquivando. É combinação de tempo e de dinheiro. Quanto mais o devedor retardar a solvência da obrigação, mais pagará como pena. Daí o conceito de Liebman: ‘chama-se *astreinte* a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento da obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente. A medida é cominatória, e não expiatória. Sua finalidade é de fazer o devedor cumprir a obrigação.” (LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código...** p. 775).

¹⁹² A coerção patrimonial não ostenta finalidade ressarcitória; ao contrário, visa desestimular o obrigado a descumprir a obrigação. De fato, as *astreintes* não visam obrigar o réu a pagar o valor que elas exprimem, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. Nesta linha, “o valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. (...) Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação na forma específica.” (NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 673).

Ademais, ainda que se concretize a prisão do alimentante, esta forma de coerção, além de não evitar a repetição do ilícito, não é apta, por si só, a removê-lo, como se depreende, inclusive, do disposto no artigo 733, § 2º do Código de Processo Civil. Logo, se é certo que a prolação da ordem, fundada exclusivamente na cominação de multa diária, visando remover, ou inibir a repetição de ilícitos, também não é apta, por si só, a removê-los ou evitá-los, não menos certo que, nas hipóteses em que o alimentante tenha condições de cumprir a obrigação de sustento, seria eficaz para evitar que o adimplemento se verificasse somente na iminência da prisão civil, fato não raro na prática forense.

Além disso, se é certo que a coerção patrimonial não garante ao alimentando que o seu direito não será novamente violado, o mesmo pode se dizer em relação à ordem para o cumprimento da obrigação, sob pena de prisão. Outrossim, as *astreintes*, além de substituírem a ordem de prisão, que muitas vezes se revela inoperante, evitam ensejar um ambiente de violência física, embora amparada em lei.¹⁹³

Portanto, é perfeitamente possível a concessão da tutela inibitória visando impedir a prática do ilícito consistente no inadimplemento do dever de sustento, ou a sua repetição, caracterizando, assim, os alimentos (provisórios) preventivos mandamentais (inibitórios) que, diante da peculiaridade do caso concreto, deverá ser concedido na forma antecipada.

Ademais, em seara dos alimentos decorrentes do dever de sustento, a tutela inibitória em face de ilícito de eficácia continuada pode

¹⁹³ Não se pretende, com isto, negar a aplicação da coerção física, tampouco relegar o 'discutível' roteiro estabelecido nos artigos 16, 17 e 18 da Lei n.º 5.478/68, mas, sobretudo, diante da utilização fungível das técnicas inerentes à execução direta e indireta, difundir o emprego da coerção patrimonial no âmbito da tutela alimentar, especialmente no que concerne aos alimentos decorrentes do dever de sustento.

persuadir o réu a cessar ou mesmo remover o ilícito e, neste sentido, pode conduzir a um resultado idêntico àquele que pode ser proporcionado pela tutela reintegratória.¹⁹⁴

Por esta razão, é freqüente a necessidade de cumulação de pedido reintegratório com pedido preventivo, inclusive, no âmbito dos alimentos decorrentes do dever de sustento.

Pense-se, por exemplo, na hipótese de não cumprimento da obrigação de sustento. Indubitavelmente, tal fato constituiria um ato ilícito e, como se sabe, o alimentário poderá pleitear que o julgador determine o recebimento de alugueres e outras rendas do devedor, nos termos do artigo 17 da Lei n.º 5.478/68, cominando, para a hipótese de continuação do ilícito, a incidência de multa, medida inerente aos meios coercitivos. Assim, determinará a remoção do ilícito independentemente da vontade do réu, bem como desestimulará o obrigado a descumprir o dever de sustento.

Por outro lado, o magistrado pode determinar o pagamento dos alimentos vencidos, sob pena de prisão, cominando, para a hipótese de continuação do ilícito, a incidência de multa, ou ainda, ordenar o pagamento dos alimentos vencidos sob pena de multa diária, cominando também, para a hipótese de continuação do ilícito, a incidência das *astreintes*.

¹⁹⁴ “Como diz Genaro Carrió, ‘los juristas (no todos) se dan cuenta (no simple) de estas cosas. Cuando no los obsesiona el afán de alcanzar una inalcanzable seguridad, o el deseo de presentar, com fines didácticos, un cuadro de perfiles nítidos, libre de zonas grises, reconocen que ‘las categorías jurídicas no presuponen identidad com las categorías y conceptos de otras ciencias, sino que se inspiran más bien en los conceptos vulgares’ (Rotondi, *Istituzioni di Diritto Privato*, p. 412), y admiten que por fuerza ‘tenemos que tropezar con la imprecisión o relatividad de los conceptos jurídicos’, pues existen numerosas zonas de transición, en las que el jurista debe estar alerta para no caer en una peligrosa geometría jurídica.” (CARRIÓ, Genaro R. apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória...** p. 425-426).

Estes exemplos, além de ratificar a fungibilidade das técnicas processuais que, aliadas à cognição sumária do julgador, permitirão, sempre que possível, a tutela específica do dever de sustento, comprovam, sobretudo, que a tutela reintegratória, assim como a tutela preventiva, pode se valer das técnicas mandamentais e executivas.

Outrossim, no que tange aos alimentos (provisórios) preventivos executivos, cujos meios de execução independem da vontade do alimentante, nada impede a utilização, diante da probabilidade do não cumprimento da obrigação de sustento, da tutela preventiva executiva¹⁹⁵ que, em virtude do justificado receio de ineficácia do provimento final, poderá ser concedida na forma antecipada, visando evitar a prática, a continuação ou repetição do ilícito.

Pense-se, por exemplo, nas hipóteses em que o genitor, trabalhador autônomo, de forma intermitente, reitera a prática de ilícito, consistente no inadimplemento do dever de sustento. Caso venha a obter emprego, com renda fixa, em localidade diversa, será possível, em face da probabilidade da reiteração da prática do ilícito, a concessão de tutela preventiva executiva consistente no desconto em folha de pagamento que, diante do receio de ineficácia do provimento final, será concedida na forma antecipada. Tal provimento seria inerente aos alimentos (provisórios) preventivos executivos antecipados, ou seja, uma das formas de tutela específica do dever de sustento.

Perceba-se que, nas hipóteses em que o genitor esteja cumprindo a obrigação de sustento, este fato, em razão da probabilidade da prática do ilícito, aferida em virtude de vários inadimplementos anteriores, não impedirá a

¹⁹⁵ Acerca dos fundamentos e pressupostos da tutela preventiva executiva, vide item 2.2.

concessão da tutela preventiva (mandamental ou executiva), inclusive na forma antecipada.

“Sin embargo, dado que se trata prestaciones sucesivas que tienen la misma causa, teniendo en cuenta que resulta imprescindible asegurar la cobertura de las necesidades del alimentado, por el carácter asistencial de la cuota, la jurisprudencia prevaleciente coincide en hacer lugar ao pedido de embargo para garantizar el cumplimiento de alimentos futuros cuando particulares circunstancias permiten inferir que no habrá un cumplimiento voluntario, aunque señalándose el carácter excepcional con que debe adoptarse la medida, ya que se trata de obligaciones aún no vencidas.

Procede, entonces la medida para garantizar los alimentos futuros cuando reiterados incumplimientos anteriores del demandado permiten suponer que hay riesgo de que incurram en nuevos incumplimientos, creando así una grave situación al alimentado, también cuando es posible inferir la intención del deudor insolventarse mediante la enajenación o el ocultamiento de sus bienes, para tornar imposible el cumplimiento forzado de su obligación en el futuro; también cuando se prueba su intención de abandonar el país.

En tales casos, se configura el peligro en la demora que significaría aguardar al vencimiento de cada cuota futura para adoptar medidas tendientes al cobro; encunto a la verosimilitud del derecho resulta incuestionable ya que el crédito surge de la cuota fijada en la sentencia o el convenio homologado.”¹⁹⁶

¹⁹⁶ BOSSERT, Gustavo A. **Régimen jurídico...** p. 521-522.

É certo, outrossim, que estas hipóteses dependem do arcabouço probatório, a emergir no contexto da demanda. Todavia, tais fatores não podem constituir obstáculo para a admissão da tutela, pelo menos como possibilidade de prevenção do ilícito.

Com efeito, “la naturaleza de la función del juez no es reparar el daño, si puede evitarlo, porque lo contrario reduce la función de los jueces y puede llegar a transformarlos en espectadores privilegiados de la consumación del perjuicio injusto, máxime en la esfera de los derechos personalísimos, donde se ha hecho carne la evidencia de que la reparación pecuniaria es siempre insuficiente y donde está en juego el derecho de ser dejado a solas, calificado como el más amplio de los derechos y el derecho más valioso para los hombres civilizados.”¹⁹⁷

Como é óbvio, a tutela dos direitos inerentes à vida parte da premissa da não ocorrência do ilícito, pois, se assim não fosse, para ter direito à tutela do direito, este direito teria que estar violado; logo, a tutela atuaria de forma negativa, o que não se coaduna com os direitos da personalidade, de cunho estritamente não patrimonial.

Frise-se, ademais, que nos termos do projeto de lei que objetiva reformar o Código de Processo Civil, o artigo 461–A permitirá, na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, a concessão da tutela específica, aplicando-se as disposições previstas no artigo 461, inclusive no que tange a imposição de multa diária ou a adoção das medidas necessárias para a efetivação da tutela

¹⁹⁷ GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general...** p. 408. Como já dissemos, “é preciso uma combinação de coragem e sabedoria para abrir a janela, deixar entrar a claridade, e verificar o que se passa lá fora.” (OLIVEIRA, Flávio Luís de. *A antecipação...* p. 38).

específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, nos termos do § 3º do mencionado dispositivo do projeto.¹⁹⁸

Nesta linha, o projeto de lei em epígrafe, em seu artigo 461-A, § 2º, também dispõe que não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. Logo, a mesma sistemática utilizada pela *lege lata* em relação à ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, afastando-a dos rígidos padrões da execução por créditos, será implementada, pela *lege ferenda*, em relação à ação que tenha por objeto a entrega de coisa certa e incerta, atribuindo, por consequência, maior efetividade à tutela dos direitos.

Sendo assim, como a tutela inerente ao dever de sustento caracteriza uma prestação de fazer ou de dar¹⁹⁹, o sistema processual, rompendo a ‘camisa de força’²⁰⁰, tornar-se-á mais efetivo, racionalizando a tarefa do judiciário.²⁰¹

¹⁹⁸ “A convenção Benelux de lei uniforme sobre *astreinte*, admite o seu emprego não apenas para garantir as obrigações de fazer e não-fazer, mas também para dar efetividade às obrigações de entrega de coisa.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 194).

¹⁹⁹ Acerca do assunto vide item 4.4.

²⁰⁰ “O princípio de que o processo deve, tanto quanto possível, satisfazer o direito como se ele estivesse sendo cumprido voluntariamente pelo devedor, a evidenciar o caráter instrumental do processo, por si só, já seria capaz de romper a *camisa de força* com que a ciência do processo se vestiu ao reduzir o fenômeno executivo exclusivamente à execução obrigacional, estruturada em esquemas rígidos e estereotipados, liberando-o para adequar-se, instrumentalmente, ao direito material que lhe cabe tornar efetivo e realizado.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso....** v. 1. p.149).

²⁰¹ Portanto, “se o emprego da multa é importante para as tutelas que resultam na imposição do fazer e do não-fazer, não há razão para não a empregarmos para dar efetividade às tutelas que objetivam a entrega de coisa e mesmo o pagamento de soma em dinheiro. (...) Por outro lado, não há motivo para que a tutela que objetiva o pagamento de soma tenha que ser prestada unicamente através da execução forçada.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 194).

5.2 ALIMENTOS (PROVISÓRIOS) REINTEGRATÓRIOS: MANDAMENTAIS E EXECUTIVOS

Como dito, o dever de sustento nasce da lei; é uma obrigação *ex lege*.²⁰² Logo, tratando-se de violação de um dever legal, o ilícito, independentemente da existência de dano, deve ser removido desde logo. Para tanto, revela-se fundamental a técnica antecipatória.²⁰³

Assim, quando fixa os alimentos decorrentes do dever de sustento, o julgador não investiga a ocorrência de dano, conceito estranho à tutela dos alimentos provisórios, não havendo falar-se em tutela ressarcitória, mas numa técnica que visa a remoção do ilícito de eficácia continuada.

Na verdade, em alguns casos, será fundamental a remoção do ilícito, via cognição sumária, visando evitar que somente a sentença viesse a determinar o cumprimento do dever legal, a partir da constituição em mora do devedor.²⁰⁴

²⁰² Perceba-se que, “si el título de una obligación es la ley, las reglas a las que dicha está sujeta son aquellas que la misma ley señala.” (LOPEZ, Blas Piñar. **La prestación alimenticia...** p. 7). “Conforme a lo expuesto, la ley, al establecer el derecho y la obligación alimentaria, fundada en los vínculos de familia, no hace sino reconocer la existencia del deber moral de solidaridad existente entre parientes y cónyuges, para convertirlo en la obligación civil de prestar alimentos. De manera que la fuente de la obligación alimentaria, fundada en los vínculos de familia, es la ley.” (BOSSERT, Gustavo A. **Régimen jurídico...** p. 02).

²⁰³ “Remover o ilícito não significa apenas remover um ato concreto, de eficácia continuada, mas também eliminar uma situação de ilicitude que pode concretizar-se em uma atividade ilícita ou na não-observância de um fazer, imposto por norma legal.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 140).

²⁰⁴ De outra forma, a sentença serviria mais para ‘indenizar’ o requerente que para satisfazê-lo, com a probabilidade de se tornar inoperante, devido, inclusive, ao princípio *in praeteritum non vivitur* que, indubitavelmente, também se refere ao presente.

Nestas hipóteses, será fundamental a concessão da antecipação da tutela dos alimentos decorrentes do dever de sustento, invertendo o ônus do tempo do processo, tornando, assim, efetiva a prestação da tutela.

Destarte, nos termos da Lei n.º 5.478/68, o julgador não declarará que o alimentante deve cumprir a obrigação de sustento e, por não tê-la cumprido, o condenará; ao contrário, o julgador ordenará, ao final, o pagamento de um *quantum*, cuja quantia será idêntica, ou não, àquela fixada nos termos do artigo 4º da cogitada Lei e que, por razões óbvias, comporta as técnicas mandamental e executiva desde logo. Com efeito, “o crédito alimentar mereceu generosas atenções do legislador. Exemplo frisante deste singular tratamento desponta na predisposição de vários meio executórios.”²⁰⁵

“Uma delas consiste na possibilidade de receber o demandante as quantias que lhe sejam devidas mediante desconto em folha de pagamento. Esse expediente, prático e vantajoso para o credor, porque dispensa as formalidades e percalços inerentes ao procedimento da apreensão e expropriação forçada de bens, não encontra dificuldade quando o devedor tiver a situação de funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, empregado sujeito à legislação do trabalho, ou outra equiparável, não se devendo considerar taxativa a enumeração do artigo 734, *caput*: o essencial é que se trate de pessoa remunerada periodicamente, de maneira constante, por trabalho ou profissão que exerça.”²⁰⁶

²⁰⁵ ASSIS, Araken. **Manual do Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 683.

²⁰⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo...** p. 260. Por outro lado, partindo-se da premissa que a situação econômica do obrigado não possibilite o desconto em folha de pagamento ou a expropriação de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, a tutela reintegratória, em relação ao ilícito materializado nas obrigações vencidas, poderá ser efetivada através do meio expropriatório consistente na penhora, nos termos dos artigos 646 e 732 do Código de Processo Civil, bem como, do artigo 18 da Lei n.º 5.478/68.

Outrossim, a remoção do ilícito consistente no inadimplemento do dever de sustento também pode se verificar em virtude dos meios coercitivos (físico ou patrimonial). Neste caso, com o cumprimento da obrigação de sustento em atraso, o ilícito de eficácia continuada restaria removido.

Como se vê, quando o julgador determina o pagamento sob pena de prisão ou sob pena de multa, está, na verdade, utilizando uma técnica mandamental que visa remover ou cessar a repetição do ilícito.

Sendo assim, “la fijación de astreintes queda librada al prudente criterio del juez, quien, entre otros aspectos, tendrá en cuenta si el solicitante invoca un simple incumplimiento de un mes determinado, lo que difícilmente induzca a la fijación de sanciones, o si en cambio, señala un reiterado incumplimiento del alimentante, que tipifica una conducta, en cuyo caso las astreintes resultan justificadas.

Lo razonable es que ante un retardo o incumplimiento de pago total, a requerimiento del alimentista se intime al deudor a cumplir adecuadamente su obligación, bajo apercibimiento de astreintes; en caso de mantenerse la resistencia, se hará efectivo el apercibimiento, estableciéndose la sanción pecuniaria respecto a los períodos que se deben y respecto de los posteriores. Aun cuando se dispongan otras medidas para inducir al cumplimiento, podrán disponerse astreintes; de manera que éstas no se hallan supeditadas a la esterilidad de aquellas otras medidas.”²⁰⁷

²⁰⁷ BOSSERT, Gustavo A. Régimen jurídico... p. 527-528. Assim, “l’astreinte può essere chiesta, pronunciata e liquidata anche là dove l’inadempimento o il ritardo non abbia, in effetti, arrecato nessun danno al creditore.” (CENDON, Paolo. *Le misure compulsorie a carattere pecuniario. Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989. p. 298).

Assim, esta ordem (mandamento) pode pressionar o réu a remover o ilícito e, neste sentido, conduzir a um resultado idêntico àquele que pode ser proporcionado pela tutela reintegratória, fundada na técnica de sub-rogação. Logo, caso o requerido venha a efetuar o pagamento dos alimentos vencidos, em relação à estes, estaremos diante de uma tutela tipicamente reintegratória, embora fundada numa técnica coercitiva.

Destarte, tendo em vista o princípio da elasticidade processual, nada impede a formulação de pedido reintegratório, que utilize, dependendo das peculiaridades do caso concreto, as técnicas inerentes à coerção e sub-rogação.

Outrossim, como já foi dito, em alguns casos, a utilização da coerção patrimonial revelar-se-á mais útil às diversas situações de direito material, notadamente nas hipóteses em que se tem entendido que, em se tratando de prestações vencidas, não está presente àquela ‘função alimentar’, que justifica a utilização da medida tão grave como a prisão do devedor.²⁰⁸

Por outro lado, na hipótese em que o obrigado, em virtude da cominação dos meios de coerção, passe a cumprir o dever de sustento a

²⁰⁸ “A prisão civil decorrente do inadimplemento de prestação alimentícia tem por escopo fundamental forçar o devedor a suprir a necessidade atual do alimentando. Assim, a custódia determinada em execução de prestação alimentícia pretérita é ilegal, porque cuida-se aí, de cobrança de crédito patrimonial que perdeu sua função de garantia de sobrevivência.” (4ª CC, TJPR – RT 670/132). “A prisão deve ser utilizada para garantir a prestação de alimentos ao credor, isto é, aqueles alimentos destinados à sobrevivência deste. No caso, a credora dos alimentos deixou que estes se acumulassem por longos meses, fazendo com que alcançassem quantia expressiva. Essa quantia, obviamente, já não tem o caráter alimentar, mas o de ressarcimento de despesas feitas.” (4ª CC, TJSP – HC 104.196-1). Em sentido contrário, “convém ressaltar que, tecnicamente, o envelhecimento da dívida não muda seu caráter alimentício, como enfatizou, com razão, a 6ª Câmara Cível do TJRS. Os alimentos pretéritos não deixam de constituir ‘alimentos’ com o decurso do tempo.” (ASSIS, Araken de. **Da execução...** p. 112).

partir da intimação da ordem, o ilícito, referente aos alimentos vencidos, não estará removido.²⁰⁹

Portanto, em suma, no âmbito da tutela dos alimentos provisórios, não há como olvidar a possibilidade da cumulação de pedido reintegratório, confortado pelos meios de coerção ou pelos meios de sub-rogação, com pedido inibitório, sendo este implementado pela cominação de multa, visando impedir a continuação ou repetição do ilícito.²¹⁰

Deixe-se claro, contudo que isto não significa dizer que não haja tutela ressarcitória que veicule o direito à alimentos ou que a tutela alimentar sempre se caracterize como uma tutela que visa prevenir ou remover o ilícito.

É evidente, porém, que a tutela específica do dever de sustento sempre se caracterizará como uma tutela preventiva mandamental (inibitória) ou executiva, ou ainda, reintegratória mandamental ou executiva, prestadas isoladamente ou, havendo compatibilidade, em conjunto. Este âmbito esgota os alimentos provisórios.

²⁰⁹ Nesta hipótese, dependendo do período em atraso, segundo a jurisprudência dominante, não será possível a aplicação da prisão, o que evidencia, outrossim, a utilidade da coerção patrimonial, sem afastar, todavia, a possibilidade da utilização dos meios de sub-rogação, como, por exemplo, o meio expropriatório. Aliás, em virtude do princípio *in praeteritum non vivitur* é perfeitamente possível, não obstante a imediata remoção do ilícito na forma antecipada, verificar uma situação de ilicitude, inerente ao período compreendido entre o descumprimento do dever de sustento e a efetiva ‘ciência bilateral dos atos contrariáveis’, não tutelável.

²¹⁰ “Esse entendimento é reforçado pela orientação consagrada na recente reforma do Código de Processo Civil, uma vez que ao juiz foram conferidos poderes para determinar as medidas executivas – quer sub-rogatórias, quer coercitivas – mais adequadas ao caso concreto. Assim, foi assinalada a tendência em ampliar ao máximo, observados apenas os limites impostos pela situação concreta, os instrumentos à disposição do juiz para garantir a efetiva prestação da tutela específica.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Execução...** p. 231).

Note-se, outrossim, que a tutela que veicula os alimentos indenizativos, decorrentes de fato danoso, ostenta natureza ressarcitória, cuja efetividade pode ser assegurada, inclusive, pelo arresto, que, por razões óbvias, não terá o suposto caráter preventivo. Todavia, os alimentos provisionais não se esgotam nesta hipótese.²¹¹

Nesta linha, embora possa traduzir uma insurgência em relação ao tema, estas peculiaridades, especialmente sob a ótica da independência do ilícito e do dano e da distinção entre dever e obrigação, justificam a análise, ainda que perfunctória, dos alimentos provisionais ressarcitórios.

6. A TUTELA ALIMENTAR RESSARCITÓRIA (OBRIGAÇÃO ALIMENTAR) DIANTE DA TUTELA ALIMENTAR PREVENTIVA E REINTEGRATÓRIA (DEVER DE SUSTENTO): REFLEXO DA DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO E DANO

Reafirme-se, em princípio, que a tutela ressarcitória leva em consideração a ocorrência de dano, exigindo, em regra, o elemento subjetivo, isto é, a culpa ou o dolo.²¹²

²¹¹ Basta pensar, por exemplo, nos alimentos provisionais concedidos em virtude da relação de parentesco na linha reta, excluída a hipótese de dever de sustento (alimentos provisórios), ou na linha colateral, bem como, nos casos inerentes à sociedade conjugal, ou ainda, relativos à união estável. “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 à natureza eminentemente satisfativa. (...) Daí resulta a impropriedade do termo ‘alimentos definitivos’.” (OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A antecipação...** p. 50). Com efeito, a identidade estrutural e funcional dificulta a sistematização do tema, perfeitamente possível, contudo, diante da diversidade procedimental, compreensível à luz do âmbito de incidência.

²¹² Acerca do assunto vide item 2.4.

Entretanto, como já foi dito, a obrigação de indenizar pode surgir sem qualquer ilicitude do ato. Destarte, se é mais frequente a indenização dos danos causados por atos ilícitos, devido a distinção entre ilícito e dano, é perfeitamente possível que a indenização resulte de um ato sem qualquer ilicitude.²¹³

Sendo assim, diante de danos oriundos da prática de atos lícitos, como não é possível a prevenção ou remoção de tais atos (lícitos), a única tutela concebível, nestas hipóteses, é a tutela ressarcitória.

Com efeito, por força do artigo 1534 do Código Civil brasileiro, quando se trate de obrigação de reparar o dano, derivados de atos ilícitos ou atos lícitos, a pretensão à restauração ao *status quo ante*, deve, na medida do possível, se dar *in natura* e, somente quando isso seja impossível, é que, em lugar disso, se há de exigir a indenização em dinheiro.

Destarte, “a indenização em natura tende à eliminação dos danos concretos ou reais. Por ela, procura-se restabelecer o estado de fato que existia ao tempo da infração. A indenização em pecúnia presta o valor do que se perdeu ou do dano causado. Ambas tem por finalidade recompor, ainda que somente pelo valor, o que era.”²¹⁴

Frise-se, contudo, que nas hipóteses dos alimentos previstos no artigo 1537, II do Código Civil, o direito tutelado ostenta natureza

²¹³ Basta pensar, por exemplo, nos artigos 1519 e 1520 do Código Civil. “Quando o sistema jurídico atribui a alguém, por ato lícito, o dever de reparar o dano causado, é o princípio da incolumidade da pessoa e dos bens que está à base das regras jurídicas.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de...** p. 37)

²¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de...** p. 26.

extrapatrimonial e, portanto, não pode ser um reflexo da equivalência entre os respectivos instrumentos. Importa dizer, se é certo que é possível, embora não seja a forma ideal, tutelar um direito de conteúdo não patrimonial através do equivalente pecuniário, não menos certo é o fato de que a tutela prestada em pecúnia não é apta, por si só, a justificar a natureza patrimonial do direito tutelado.²¹⁵

Indubitavelmente, “el valor de la vida humana no resulta apreciable com criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores, materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos com el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres.”²¹⁶

Certamente, “do ponto de vista legal, o homem válido e capaz de trabalhar faz sempre falta a sua família, encarando-se antes a possibilidade de uma geração, bem como a obrigação que lhe cabia de prestar alimentos. Era obrigado a prestá-los e é o bastante, mesmo porque essa obrigação é que se transmite, sem embargo do modo pelo qual estivesse sendo cumprida pelo

²¹⁵ Destarte, “a indenização em dinheiro, não há de confundir-se com a prestação prometida em dinheiro.” (Ibid., p. 28).

²¹⁶ GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 1999. p. 414.

ofendido. Na determinação dessa obrigação, aplicam-se as regras estabelecidas nos arts. 396 e seguintes, com as adaptações exigidas pelas circunstâncias.”²¹⁷

Com efeito, “casos há em que o sistema jurídico cria pretensão à indenização, por parte de terceiro. O terceiro que sofre o dano pode, segundo as circunstâncias, ser legitimado à indenização. Assim, se morre A, que estava obrigado a alimentar B, ou B e C, quer por força de lei, quer em virtude de negócio jurídico, o ofensor, por ato ilícito ou, conforme a espécie, por ato lícito, tem de prestar a B, ou a B e C, os alimentos que A teria de prestar, se vivo fôsse.”²¹⁸

Nesta linha, Zannoni adverte que “si el daño es indirecto, es decir, perjuicio patrimonial que acaece como consecuencia de la lesión o menoscabo de un interés extrapatrimonial de la víctima, la reposición no puede interesar el bien jurídico personal afectado, pues sólo es posible, a lo sumo, indemnizar las consecuencias patrimoniales (daño emergente o lucro cesante) que el menoscabo o pérdida de esse interés extrapatrimonial provoca. Veamos algunos ejemplos. El homicidio hace nacer la obligación de indemnizar a los damnificados indirectos (cónyuge supérstite e hijos menores – art. 1084, Cód. Civil-, u otros damnificados) lo necesario para su subsistencia, u otros lucros del muerto, en función de la pérdida de la vida que allegaba esos recursos económicos a tales damnificados, No hay reparación in natura posible, pues ello equivaldría a resucitar al muerto.”²¹⁹

²¹⁷ SANTOS, J. M. DE Carvalho. **Código Civil...** V. 21. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 89. Neste sentido, BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil...** p. 317.

²¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de...** p. 38.

²¹⁹ ZANNONI, Eduardo A. **El daño...** p. 224.

Entretanto, diante destas peculiaridades e, principalmente, da finalidade da prestação alimentar, não se revela adequado sujeitar a pretensão aos entraves do procedimento ordinário, materializados, sobretudo, no binômio condenação-execução.

Logo, tratando-se de alimentos provisionais ressarcitórios, a hipótese se amolda às tutelas específicas da obrigação alimentar. Advirta-se, porém, que não se trata de almejar a restituição ao estado anterior no que tange à vítima, fato indubitavelmente impossível, mas tão somente o cumprimento da obrigação alimentar que, comumente, será prestada em pecúnia, caracterizando uma obrigação de dar.²²⁰

Sendo assim, se o emprego da multa é importante para as tutelas que resultam na imposição de um fazer ou não fazer, é fundamental no que tange às obrigações de dar, cuja incidência encontra respaldo, inclusive, em proposta *de lege ferenda*.²²¹

²²⁰ “Com efeito, consistindo a prestação alimentícia em uma obrigação de dar quantia certa em dinheiro, a sua tutela executiva deveria ser prestada, em princípio, através da execução por quantia certa. No entanto, a peculiaridade dos créditos alimentares justifica, e até mesmo impõe ao legislador, a utilização de meios executivos diferenciados (...). Nessa perspectiva, é oportuno sublinhar, desde logo, que a regra do art. 732, mandando que a execução das prestações alimentícias se faça segundo o procedimento da execução por quantia certa, não deve ser entendida literalmente. Na verdade, numa interpretação sistemática, tal dispositivo é de ser compreendido como a determinação (óbvia) do legislador, no sentido de que, se infrutíferos os meios executivos específicos para satisfazer as prestações alimentícias, sejam aplicadas as regras da execução por quantia certa.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Execução...** p. 215).

²²¹ Esta concepção é fundamental para a devida compreensão dos alimentos provisionais ressarcitórios e das técnicas necessárias à adequada tutela dos direitos, pois, a obrigação alimentar não se restringe ao conceito de dívida e, por esta razão, o artigo 5º, LXVII da Constituição Federal, não veda a utilização da coerção física nestas hipóteses, mas apenas a prisão por dívida. Não se pretende privilegiar a coerção física em detrimento da coerção patrimonial ou dos meios de sub-rogação, mas, como já foi dito, admitir a utilização fungível de tais técnicas, diante das peculiaridades do caso concreto. Com efeito, “o verdadeiro espírito da lei é franquear meios executórios mais lesto e eficazes aos alimentários em geral, deixando de discriminá-los em razão da fonte da obrigação alimentar.” (ASSIS, Araken. **Da execução...** p. 111).

Com efeito, “las astreintes no constituyen una pena civil, ni una indemnización de daños y perjuicios, sino un medio de presión de la voluntad del destinatario de un mandato judicial a fin de vencer su resistencia o contumacia al cumplimiento de lo debido u ordenado.”²²²

Outrossim, diante das peculiaridades do caso concreto, nada impede que a obrigação seja prestada através de um fazer, ou ainda, conjugando o fazer e o dar. Portanto, de qualquer forma, a hipótese está perfeitamente ajustada às prescrições do artigo 461 do Código de Processo Civil, permitindo, assim, a utilização das técnicas de coerção e sub-rogação, afim de tornar efetiva a tutela do direito alimentar, inclusive, na forma antecipada.

Logo, não há que se restringir o uso das técnicas coercitivas e sub-rogorias às hipóteses regidas pela Lei de n.º 5.478/68. Destarte, com a autorização genérica para o juiz usar as medidas necessárias para a correta prestação da tutela jurisdicional, pode-se considerar suprida essa ‘falta’ de previsão legal para ordenar a prisão do devedor de alimentos provisionais ressarcitórios, de forma a não restringir as técnicas de tutela (meio), possibilitando, assim, a efetiva prestação da tutela jurisdicional (fim).²²³

²²² BOSSERT, Gustavo A. **Régimen jurídico...** p. 528.

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica...** p. 194. “Como é óbvio, não há motivo para se dar meio executório diverso aos alimentos indenizativos. Em outros termos, a diferença de fonte não pode servir para determinar a diferenciação do meio executório. O que importa, sem dúvida, é o fim, a exigir meio executório efetivo. (...) Não sendo possível, no caso concreto, o desconto ou a expropriação de alugueres ou rendas, poderá ser aplicada a coação pessoal. (...) A menos que se entenda, por exemplo, que os filhos daquele que se afasta do lar merecem tutela jurisdicional mais efetiva do que os filhos que têm o pai morto em acidente automobilístico!” (Marinoni, Luiz Guilherme. **Antecipação...** p. 203-204).

7. CONCLUSÕES

A ‘universalização’ da ação condenatória, como mera declaração, além de contribuir para a separação entre cognição e execução, ensejou a marginalização dos direitos de cunho não patrimonial.

Além disso, o procedimento de fases ‘sossegadas’, caracterizado pela ‘neutralidade’ do julgador, de forma a legitimar a ‘busca incessante da verdade’, emasculou a tutela jurisdicional das características interditaes concebidas pelo direito romano.

Com efeito, tais fatores, aliados, dentre outros, à frequente indistinção entre ilícito e dano, ensejou o total desinteresse da ciência processual em relação à tutela dos direitos de cunho não patrimonial, especialmente aos direitos da personalidade, no que tange à predisposição de meios preventivos aptos a impedir a prática do ilícito.

Este ‘ambiente’, propício aos interesses da classe detentora de capital, permitiu a consagração da tutela ressarcitória pelo equivalente e a exaltação à conversão da obrigação específica em ‘perdas e danos’, atribuindo-se um valor pecuniário àqueles direitos cuja natureza marcante é justamente o caráter não patrimonial.

Indubitavelmente, o ‘ambiente’ estava comprometido com o ‘ter’, em detrimento do ‘ser’.

Destarte, ao se concluir que o dano é mais *lato* que o ilícito, já que ‘só interessaria ao direito o ilícito que causasse dano, além de se

desprezar as hipóteses de ocorrência de ilícito independentemente de dano, bem como, a verificação de danos decorrentes de atos lícitos, teorizou-se acerca de uma sentença que atua voltada ao passado, em busca do ‘equivalente’.

Por esta razão, pensando-se o processo em termos de tutela dos ‘novos’ direitos, conclui-se que a tutela preventiva é um meio hábil para impedir a prática do ilícito ou a sua repetição, sendo necessário, ainda, reconhecer uma tutela que vise remover o ilícito, nas hipóteses em que ele ocorra, independentemente da verificação de dano.

Assim, a mirada do processualista volta-se ao futuro, delimitando, por consequência, o âmbito da tutela ressarcitória. Todavia, os mecanismos implementadores da tutela preventiva (inibitória) e da tutela que visa remover o ilícito (reintegratória) devem estar dispostos de forma a ensejar o cumprimento específico da obrigação, e não por sucedâneos.

Nesta linha, a conjugação das técnicas mandamental e executiva além de demonstrar a insuficiência da classificação trinária (tradicional) das ações, revela, sobretudo, a racionalização do custo-benefício do processo no plano temporal, o que contribui para a efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, os mecanismos de coerção e sub-rogação dispostos no ordenamento jurídico, aplicáveis à luz do princípio da proporcionalidade (meio e fim), demonstra a prioridade e a importância da tutela específica, ressaltando o corolário da ‘elasticidade processual’.

Dentre estes procedimentos, construídos à luz das diversas situações de direito material, implementadas pelos diferentes graus de cognição do julgador, frisante particularidade depreende-se do dever de sustento.

Destarte, embora se trate de um direito vinculado à personalidade, materializado em um dos meios de se usufruir o direito à vida, de caráter nitidamente não patrimonial, o dever de sustento, calcado na autoridade parental, além de justificar a restrição à liberdade do alimentante, comporta a utilização dos meios de sub-rogação e coerção.

Por esta razão, a obrigação de sustento se qualifica por uma infungibilidade meramente jurídica que não se confunde com o caráter alternativo da prestação, consistente no *fazer* ou *dar*, ou ambos, a ensejar o poder-dever do julgador no que concerne à utilização fungível das técnicas processuais, de maneira a tutelar adequadamente o direito material.

Outrossim, diante da violação do dever de sustento, não há que se falar em uma tutela voltada ao dano, pois as suas peculiaridades não condizem com o paliativo sistema de conversão em perdas e danos.

Assim, sob esta ótica, é possível afirmar que a predisposição de técnicas mandamentais e executivas à tutela alimentar, já demonstrava, há muito, a incoerência da equiparação entre o ilícito e o dano para efeito de reparação civil, pois, muito embora a prática do ilícito, o ordenamento jurídico, nesta hipótese, não se contenta com a conversão em perdas e danos, nos termos do artigo 880 do Código Civil.

É invidável que o procedimento contemplado pela Lei de Alimentos sempre denotou a especificidade dos “alimentos provisórios” em relação aos ‘alimentos provisionais’; assim como se vislumbra, ainda que num olhar rápido, ou – para ser mais preciso – via cognição sumária, as peculiaridades do ‘dever’ quando comparado com a ‘obrigação’ em todas as suas modalidades.

Poderíamos experimentar a mesma sensação quando pronunciássemos: ‘tenho’ (alimentos provisórios) ou ‘peço’ (alimentos provisionais).

Entretanto, como a tutela alimentar não está catalogada dentre os ‘procedimentos especiais’, era preciso justificar este poder ‘interdital’ de forma a manter íntegra a classificação trinária das ações. Sendo assim, o legislador, além das prescrições contidas na Lei n.º 5.478/68, entendeu ‘seguro’ permitir, expressamente, como se depreende do artigo 733 do Código de Processo Civil, a execução de ‘decisão’ que fixa alimentos.

Assim, a tutela inerente ao dever de sustento, importa dizer, de um direito da personalidade, por caracterizar uma prestação de fazer, ou de dar, meramente infungível, admite, em busca de uma solução no interesse do credor, a teor do disposto no artigo 4º da Lei n.º 8.069/90, a utilização das técnicas mandamental e executiva, com a predisposição dos meios de coerção e sub-rogação, de modo a permitir a satisfação do direito a alimentos, inclusive, de forma antecipada.

Como se vê, é inegável que o artigo 461 do Código de Processo Civil, como ‘norma de encerramento’, é apto a encerrar a discussão perfunctória, reconhecendo, no âmbito do dever de sustento, uma tutela específica, a qual podemos designar de ‘tutela específica do dever de sustento’, um verdadeiro ‘interdito alimentar’, caracterizado não apenas pela cognição sumária e pelo juízo de verossimilhança, mas sobretudo pela ‘internalização’ das eficácias executiva e mandamental, de modo a superar a rigidez do processo de conhecimento e a ser proclamado com a mesma facilidade com que se proclama os ‘interditos possessórios’, embora como maior ênfase, devido ao seu conteúdo não patrimonial.

Assim, poderíamos nos referir à tutela específica do dever de sustento, inerentes aos alimentos provisórios, como uma tutela preventiva (mandamental (inibitória) ou executiva) ou reintegratória (mandamental ou executiva), prestadas isoladamente ou, havendo necessidade, em conjunto, principalmente via cognição sumária.

Nesta linha, nos termos do projeto de lei em curso, que dá sequência à ‘reforma processual’, será possível, na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, a concessão da tutela específica, aplicando-se as disposições previstas no artigo 461, inclusive no que tange a imposição de multa diária ou a adoção das medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente.

Isto demonstra, indubitavelmente, que a ciência processual tem procurado reordenar os mecanismos necessários à efetividade da tutela jurisdicional específica, fundamento da instrumentalidade do processo que ‘deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire’.²²⁴

Portanto, cabe aos operadores do direito, através de uma ‘reforma ideológica’, contribuir para que os entraves à efetividade do processo sejam enfrentados e, sobretudo, superados.

²²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo...** p. 03.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. **Istituzioni di diritto privato**. Torino: Utet, 1994.

ALVIN, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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, 1998.

_____ **Cumulação de ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____ **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____ **Manual do processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AULETTA, Tommaso Amadeo. **Alimenti e solidarietà familiare**. Milano: Giuffrè, 1984.

AZARA, Antonio. **Diritto delle persone e diritto di famiglia nel progetto di riforma del codice civile**. Roma: Società Editrice Del Foro Italiano, 1935.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARBI, Celso Agrícola. **A ação declaratória no processo civil brasileiro**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 1. Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BARROS, Benedicto de Azevedo. **Princípios de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.; BARDE, L. **Trattato teorico-pratico di diritto civile**. Delle obbligazioni. Milano: Casa editrice Dottor Francesco Vallardi, 1914.

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**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil comentado**. v. 2 e 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1946.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

- _____. **O direito civil na constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Guarda de filhos**. 3. ed., São Paulo: Universitária do Direito, 1985.
- BO, Giorgio. **Il diritto degli alimenti**. Milano: Giuffrè, 1935.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1994.
- _____. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BORGHESI, Domenico. L'anticipazione dell'esecuzione forzata nella riforma del processo civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, 1991.
- BORRÈ, Giuseppe. **Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare**. Napoli: Jovene, 1966.
- BOSSERT, Gustavo A. **Régimen jurídico de los alimentos**. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- BRECCIA, Umberto et al. **Diritto civile**. Torino: Utet, 1992.
- BRUM, Jander Maurício. **Comentários à lei de alimentos**. Rio de Janeiro: Aide, 1997.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Execução provisória e antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BUSSADA, Wilson. **Ação cominatória interpretada pelos tribunais**. São Paulo: Jalovi, 1989.

CAHALI, Yussef Said. Da guarda. In: **Estatuto da Criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____ **Dos alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____ **Divórcio e separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1955.

_____ **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____ **Direito Processual Civil**. v. 3. Campinas: Bookseller, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia como programma di riforma e como metodo di pensiero. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1982.

_____ GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARBONNE, V. **Il fatto dannoso nella responsabilità civile**. Napoli: Jovene, 1969.

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.

_____ **Sistema de direito processual civil**. v. I. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____ **Instituições do processo civil**. v. III. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARPI, Federico. 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.

CHIANALE, Angelo. **Diritto soggettivo e tutela in forma specifica**. Milano: Giuffrè, 1993.

CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Giuffrè, 1980.

CHINA, Sergio La. **Diritto processuale civile: la novella del 1990**. Milano: Giuffrè, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. Campinas: Bookseller, 1998.

CICU, Antonio. La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti. **Rivista di Diritto Civile**, 1910.

_____ **La filiación**. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.

_____ **El derecho de familia**. Buenos Aires: Ediar, 1947.

_____ **L'obbligazione nel patrimonio del debitore**. Milano: Giuffrè, 1948.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. Buenos Aires: Astrea, 1995.

- CLERIGO, Luis Fernandez. **El derecho de familia en la legislación comparada.** Mexico: Uteha, 1947.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H. **Curso elemental de derecho civil.** Traducción por Demófilo de Buen. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.
- COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil.** Rio de Janeiro: José Konfino, 1.949.
- CRICENTI, Giuseppe. **Il danno non patrimoniale,** Padova: Cedam, 1999.
- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil.** Curitiba: Juruá, 1992.
- CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DEGNI, Francesco. **Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano.** Padova: Cedam, 1943.
- DENTI, Vitorio. Intervento. **La tutela d'urgenza** (Atti del XV Convegno Nazionale, Bari, 4-5 Ottobre 1985) Rimini: Maggioli Editore, 1985.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil,** v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DÍEZ-PICAZO, Luis; LEÓN, Ponce de. **Derecho de daños**. Madrid. Civitas Ediciones, 1999.

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.

_____ **A execução civil**. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 4 e 5, São Paulo: Saraiva, 1996.

_____ **Código civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

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.

_____ **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____ **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERNANDES, Iara de Toledo. **Alimentos provisionais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Pinto. **Investigação de paternidade, concubinato e alimentos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____ **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de paternidade**. São Paulo: LTr, 1997.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.
_____. **Direitos da personalidade**. Coordenadas fundamentais. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 567, p. 09-16, jan./1983.

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.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Código de Processo Civil italiano**. Campinas: Agá Juris, 2000.

GARBAGNATI, Edoardo. **Il procedimento d'ingiunzione**. Milano: Giuffrè Editore, 1979.

GHERSI, Carlos Alberto . **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 1999.

_____. **Cuantificación económica del daño**. Buenos Aires: Astrea, 1999.

GIMÉNEZ, José Antonio Pajares. **Código Civil**: Edición preparada. Madrid: Civitas. 1999.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. In: **Direito e Neoliberalismo**. Curitiba: Edibej, 1996.

GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1984.

_____ **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____ **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____ **Direito das coisas**. Marília: Editora Seleções Jurídicas, 1979.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. v. II, tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

GREIF, Jaime. El abuso del derecho y la responsabilidad civil emergente en el derecho uruguayo. In: **Abuso do direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____ **Execução forçada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____ **Execução indireta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

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

GUSMÃO JUNIOR, Athos Cardoso de. **A indenização nos acidentes pessoais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

HEGEL, George W. F. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch Y Cía., 1952.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Institutas do imperador justiniano**. Tradução: J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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.

_____ **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____ **Embargos do executado**. Campinas: M. E. editora, 2000.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

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.

_____ **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. v. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995

LOPEZ, Blas Piñar. **La prestación alimenticia en nuestro derecho civil**. Madrid: Reus, 1955.

MADOZZO, Luis Ramon. Derecho procesal civil: medidas conminatorias. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 1, p. 154-160, jan./abr. 1996.

MAJO, Adolfo di. **La tutela civile dei diritti**. Milano: Giuffrè, 1993.

_____ **Obbligazioni in generale**. Bologna: Zanichelli, 1985.

MALAGÙ, Luca. **Esecuzioni forzate e diritto di famiglia**. Milano: Giuffrè, 1986.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. São Paulo: Conan, 1995.

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. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____ **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, 1999.

_____ **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____ **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, 1999.

_____ 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.

_____ **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARMITT, Arnaldo. **Perdas e danos**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**, v. IV. Campinas: Bookseller, 1997.

_____ **Instituições de direito processual civil**. v. 3. Campinas; Millennium, 2000.

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.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações**. Curitiba: Imp. Paranaense, 1908.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v.1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

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 VII. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____ **Tratado de direito privado.** tomo IX e XXVI. Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

_____ **Tratado de direito privado.** tomo I, II, V, VII e VIII. Campinas: Bookseller, 2000.

_____ **Tratado das ações.** Tomo I, VI e VII. Campinas: Bookseller, 1999.

_____ **O problema fundamental do conhecimento.** Campinas: Bookseller, 1999.

MONTESANO, Luigi. **Le tutele giurisdizionali dei diritti.** Bari: Cacucci, 1983.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: **Temas de Direito Processual.** São Paulo: Saraiva, 1980.

_____ Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: **Temas de Direito Processual.** São Paulo: Saraiva, 1980.

_____ Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de Direito Processual.** São Paulo: Saraiva, 1980.

_____ 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, 2000.

_____ **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidades sobre processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____ **Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NISS, Pedro Henrique Távora. **Da sentença substitutiva da declaração de vontade**. São Paulo: Sugestões literárias, 1977.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Lei de alimentos comentada**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____**Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 1993.

NUTI, Giuseppe Attilio. **La garanzia della responsabilità patrimoniale**. Milano: Giuffrè, 1954.

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.

_____**Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VIII, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

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.

_____**A antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** (Direito Matrimonial). Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1990.

OLIVEIRA, José Lopes de. **Direito das obrigações**. Recife: Livrotécnica, 1976.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, tutela e adoção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

OLIVEIRA NETO, Olavo. **Conexão por Prejudicialidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____ **A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2000.

PACIFICI-MAZZONI, Emidio. **Istituzioni di diritto civile italiano**. v. II, Terza edizione. Firenze: Editori-Librai, 1881.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações do código de processo civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____ **Comentários ao código de processo civil**, v. III. Rio de Janeiro: Forense: 1974.

_____ **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense: 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____ **Instituições de Direito Civil**, v. II e V. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família - Uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____ **Concubinato e união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de alimentos**, 3ª ed., Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1983.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil** – Introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEZZELA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

PIETROBON, Vitorino. **Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento**. Padova: Cedam, 1998.

PINTO, Ferreira. **Investigação de paternidade, concubinato e alimentos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela di condanna. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, 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.

_____ **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1994.

PRZEWORSKY, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Rio de Janeiro: Relume-dumará, 1995.

RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: Cedam, 1987.

REALE, Miguel. **Paradigmas da cultura contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____ **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1998.

RICCI, Edoardo F. I provvedimenti interinali e cautelari. In: **La riforma del processo civile**. Milano: Giuffrè, 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.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v. 2. e 4. São Paulo: Saraiva, 1989.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. v. 1, 2 e 3. Campinas: Bookseller, 1999.

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**, v. 2. 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 , Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

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'execuzione forzata**. Turim: Utet, 1963.

_____ **Direito processual civil**. Rio de Janeiro: Borsói, 1973.

SCALISI, Vincenzo. **Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale**. Atti del seminario promosso dal centro di iniziativa giuridica P. Calamandrei. Messina, Milano: Giuffrè, 1985.

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

SECCO, Luigi; REBUTTATI, Carlo. **Degli Alimenti**. Milano: Giuffrè, 1957.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana. In: **Daño y protección a la persona humana**. Buenos Aires: La Rocca., 1993.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SIDOU, J. M. Othon. **Processo civil comparado** - Histórico e contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. El concepto de daño en el derecho brasileño. Traducción: Ana Paula Teixeira Alves. In: **Daño y protección a la persona humana**. Buenos Aires: La Rocca., 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. v. 1, 2 e 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____ **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____ **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.

_____ O processo civil e sua recente reforma (Os princípios do direito processual civil e as novas exigências, impostas pela reforma, no que diz respeito à tutela satisfativa de urgência dos arts. 273 e 461). In: **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVESTRI, Elizabetta. Problemi e prospettive di evoluzione dell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare. **Rivista di Diritto Processuale**. Milano: Giuffrè, 1981.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SUERIO, Maria E. Rovira. **La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.** Barcelona: Cedecs Editorial, 1999.

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.

TEDESCHI, Guido. **Gli alimenti.** Torino: Utet, 1951.

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.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. II e III, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

_____ Tutela antecipada. In: **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza, struttura e limiti della tutela anticipatoria.** Padova: Cedam, 1983.

_____ Intervento. **Les mesures provisoires en procédure civile.** Milano, Giufrè, 1985.

TUHR, Andreas Von. **Derecho civil.** Traducción por Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1947.

VASSALLI, Filippo. **Trattato di diritto civile italiano**, volume terzo. Torino: Utet, 1951.

VERDE, Giovanni. **Considerazioni sul procedimento d'urgenza** (como è e come su vorrebbe che fosse). I Processi Speciali, Studdi Offerti a Virgilio Andrioli dai suoi Allievi. Napoli: Jovene, 1979.

_____ **Profili del processo civile** (parte generale). Napoli: Jovene, 1988.

VISINTINI, Giovanna. **Tratado de la responsabilidad civil.** v. 1 e 2. Buenos Aires: Astrea, 1999.

WALD, Arnold. **Direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

WATABANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** Campinas: Bookseller, 2000.

_____ Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer. **Reforma do Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 1.996.

_____ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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.

_____ **Tutela jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 1999.

ZANNONI, Eduardo A. **El daño en la responsabilidad civil.** Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.

ZAVALÍA, Fernando López de. La tutela de las obligaciones de hacer, y de no hacer en el derecho argentino. **Revista de Direito Processual Civil,** Curitiba, v. 5, p. 422-444, maio/ago. 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.