

Filhos e tutela antecipatória alimentar: instrumentalidade e racionalização aplicadas nas “ações de separação”

Eloy Ojea Gomes
Promotor de Justiça – SP

Introdução

Hodiernamente, quero crer que a racionalização, não fosse método correlato ao princípio constitucional da eficiência,⁽¹⁾ e, assim, de estrita observância, inclusive pelos agentes políticos, seria uma necessidade. Restringindo-me, por óbvio, à área jurídica, é fato que a proliferação de demandas é fenômeno facilmente perceptível, sobretudo por aqueles que detêm atribuições cumulativas; por outro lado, cada vez mais se exige do profissional respostas mais rápidas, concentradas e visando o alto rendimento funcional

Imbuído desse espírito, e atento a outros princípios jurídicos que serão adiante explorados, venho, com ousadia, bem o sei, tentar trazer pequena parcela de contribuição.

Objeto

No exame diário dos processos versando sobre direito de família, não se desconhece a máxima, usada por muitos, segundo a qual, em resposta a um pedido de alimentos, de cunho liminar, feito nos autos do processo cujo pedido principal também é de extinção ou dissolução do vínculo matrimonial, remete-se a autora à via própria, qual seja, ação tratando sobre alimentos, disciplinada pela Lei nº 5 478/68, ou mesmo indefere-se literalmente esse pedido por incabível, diante da impossibilidade de cumulação entre os ritos especiais.⁽²⁾

Encorajo-me a sustentar não só a plausibilidade jurídica da fixação de alimentos *in limine* nos processos versando sobre separação ou divórcio, como a salubridade da medida, claramente racionalizadora, evitando dedução de nova ação, autônoma da anterior

(1) Sobre princípio da eficiência veja-se, Hely Lopes Meirelles *in* “Direito administrativo brasileiro”, 25ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Aleixo Balestero e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores 2001. pág. 90

(2) É patente que o rito previsto na Lei nº 5 478/68 é especial; também o é o procedimento de separação e de divórcio – ressalvado, quanto a este, a modalidade conversão – tendo em conta o disposto no artigo 3º, § 2º, da Lei nº 6 515/77, que, se não obedecido, traz nulidade insanável ao procedimento (RT 616/169)

Análise crítica

Não ignoro que a corrente que defende tal impossibilidade conta com argumentos, não fossem extremamente respeitáveis,⁽³⁾ da mais absoluta autoridade.⁽⁴⁾

Próprio, contudo, da audácia que me levou a redigir essas considerações, e mesmo bem ciente de meu posto na hierarquia jurídica, atrevo-me a apontar os equívocos desse entendimento.

Pois bem.

Orientado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,⁽⁵⁾ venho sugerindo aos autores separandos, logo que me chega à mesa para apreciação a inicial distribuída e autuada, que declinem se desejam, naqueles autos, disciplinar regime de visitas, guarda, alimentos para si próprios e para os filhos comuns, além de manutenção ou não do nome de casada – exatamente como sói fazermos nos casos de separação e divórcio consensuais – justamente porque, aditando a inicial nesses termos, tais pontos restarão controvertidos, e, por conseguinte, serão alvo de provimento jurisdicional, muitas vezes até de forma consensual, por ocasião tanto da audiência de que trata o artigo 3º, § 2º, da Lei nº 6.515/77, quanto da audiência de que trata o artigo 331 do Código de Processo Civil, evitando, assim, propositura de novas demandas, sobrecarga do Judiciário e perda de tempo

Todas essas questões estão expressamente previstas na Lei nº 6 515/77 (arts. 15, 9º, 19, 20 e 17). Logo, não se cuida de matéria estranha àquela seara.

Em especial, por ser objeto do presente, a questão dos alimentos em favor da prole comum.

Por primeiro, penso que os argumentos da corrente contrária que tive conhecimento não elidem os fundamentos postos e vindouros.

Quanto à necessidade de ação autônoma, é preciso ter em mente é que a ação é garantia individual consagrada (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) E, em sendo, sobretudo, individual, caracteriza-se como uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado, do que se deduz que compete soberana

(3) Agravo de Instrumento nº 110.351 4/3. Comarca de Mauá. Relator Desembargador Marco César, julgado em 26 8 1999

(4) Por todos: Yussef Said Cahali *in* “Dos Alimentos”, 2ª edição, Editora RT, 1993, págs. 367/368

(5) Eis o teor do julgado:

“Divórcio. Divórcio direto litigioso. Alimentos

A sentença que decreta o divórcio direto litigioso deve dispor, salvo situação excepcional, sobre a pensão alimentícia, guarda e visita dos filhos, a fim de evitar a perpetuidade das demandas.

Recurso conhecido em parte e provido. (Recurso Especial nº 132304/São Paulo. 4ª Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar julgado em 10 11 1997. votação unânime, Diário da Justiça da União de 19.12.1997, pág. 67 507)

e exclusivamente a ele optar, desde que seja possível, o meio pelo qual entenda adequado e conveniente deduzir sua pretensão.⁽⁶⁾

A lei (art. 20 da Lei nº 6.515/77), muito ao revés de vedar, permite expressamente que se postule alimentos em favor dos filhos, como objeto de provimento jurisdicional final, nas ações que tratam de separação e divórcio. Cuida-se, portanto, de cumulação objetiva legalmente prevista e jurisprudencialmente recomendada, e, principalmente, no bojo do mesmo procedimento, já que é matéria insita, por força de lei, à relação matrimonial. E, se assim o é, excluída está qualquer margem de invocação da disciplina do Código de Processo Civil (art. 292), por ser uno o procedimento adotado.

Quanto à inaplicabilidade do disposto na Lei nº 5.478/68 nas ações versando sobre separação e divórcio, e seus consectários, muito embora a proposta seja de concessão dos alimentos, de modo liminar, com base no instituto da antecipação de tutela, argumento que, se o artigo 852, I, do Código de Processo Civil, obstava aplicação do artigo 4º da Lei nº 5.478/68 nos processos versando sobre separação e divórcio, o artigo 273 do Código de Processo Civil revigorou sua aplicabilidade, não só pela expressa previsão legal, como pela inovação jurídica ao positivar, ainda que implicitamente, a distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa sumária. E a proposição, também, inova, na medida em que o beneficiário não integra a lide como parte processual explícita, mas como substituído, legal e implicitamente previsto (art. 20 da Lei nº 6.515/77), bem como pelo fato de não ter sido o provimento oriundo de medida cautelar, de cunho provisional (art. 852, I, do Código de Processo Civil), mas como derivado de medida antecipatória da tutela final, na qual se subsume com maior perfeição, dada sua inequívoca natureza de atendimento ao bem da vida pretendido em juízo.

De qualquer forma – e agora passo a sustentar meu posicionamento – o artigo 273 do Código de Processo Civil, que prevê instituto típico do processo de conhecimento,⁽⁷⁾ e, logo, abarca qualquer matéria sobre o qual verse, autoriza categoricamente até mesmo o adiantamento de apenas um dos efeitos do provimento final.

(6) Ousamos, ainda, parafrazeando. Fátima Nancy Andrighi e Sidnei Agostinho Benetti, bem como Nelson Nery Junior, sustentar que é imperioso que se permita ao cidadão a livre escolha dos meios jurídicos desde que possíveis, que melhor lhe aprouver para processar e dirimir o seu conflito, sob pena de, assim não se entendendo, conspirar contra o acesso à ordem jurídica justa, porque se restringiria o direito de ação do autor (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal) (in "Juizados Especiais Cíveis e Criminais". Belo Horizonte, Del Rey, 1996, pág. 21 e "Atualidades sobre o Processo Civil – A reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de 1994 e 1995". 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág. 1996).

(7) Nesse sentido o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco in "A reforma do Código de Processo Civil". Malheiros Editores, 2ª edição. 1995, págs. 138/139.

E nenhuma dificuldade há na identificação nos autos de seus requisitos. Primeiro, até mesmo por uma questão de interpretação autêntica,⁽⁸⁾ a certidão de nascimento, que, segundo a lei (art. 4º da Lei nº 5.478/68), é prova pré-constituída da paternidade, subsume-se perfeitamente à prova da verossimilhança do direito afirmado (art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil). O fundado receio de dano irreparável (art. 273, I, do Código de Processo Civil), requisito dentre outro que pode ser eleito, nesse caso, independe de prova (art. 335 do Código de Processo Civil),⁽⁹⁾ haja vista que a experiência humana ensina-nos que os filhos, para sua própria subsistência, dependem do auxílio direto de ambos os pais, cada qual com sua parcela, tanto que, se o alimentante não contribuir com sua parcela, é bem certo que as crianças sofrerão privação indevida, com sérias conseqüências a quem está em fase de desenvolvimento. É, aliás, expressa determinação legal (art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente). E tanto assim deve se pensar que, em comparação, não se exige, em ações versando tão-somente sobre alimentos, prova do *periculum in mora*, justamente porque a lei (art. 4º da Lei nº 5.478/68), ao dispensar a prova do perigo na demora, implicitamente acolhe essa máxima. Inexiste, por fim, com a antecipação, qualquer risco de irreversibilidade (art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil), considerando-se que, de toda forma, cabem aos pais, primordialmente, prover o sustento dos filhos.

(8) Nesse sentido Damásio E. de Jesus: diz-se autêntica a interpretação quando procede do próprio órgão de que emana. É a interpretação que parte do próprio sujeito que elaborou o preceito interpretado (in "Direito Penal" volume 01, Parte Geral, Editora Saraiva, 15ª edição, 1991, pág. 29).

(9) Nesse sentido veja-se o que nos ensina. Vicente Greco Filho: em não havendo presunção legal, o juiz chega ao fato principal por presunção humana (que alguns chamam de presunção judicial), que resulta da experiência comum ou da experiência técnica. A experiência comum é extraída da observação do que ordinariamente acontece em dado grupo social, em determinadas circunstâncias. As regras de experiência, comum ou técnica, não estão no plano dos fatos e, portanto, do ônus da prova, podendo e devendo o juiz aplicá-las de ofício, como faria com as presunções legais, podendo, contudo, a parte ter interesse em desenvolver atividade argumentativa sobre tais regras, como faria juntando pareceres jurídicos sobre a interpretação do direito, mas nesse caso não se trata, propriamente, de atividade probatória, mas apenas atividade dialética de argumentação e colaboração. Stein definiu as regras ou máximas de experiência como "definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, independentes do caso concreto que se tem de julgar e de seus elementos particulares, e que são adquiridos pela experiência, mas que são autônomos em face dos casos particulares de cuja observação se deduzem, e que pretendem ter valor em relação aos casos novos". A regra de experiência, seja ela comum, seja ela técnica, não é criada no processo, mas nele pode ser revelada. Ela se forma extrajudicialmente ou extraprocessualmente pela observação do que ordinariamente acontece (observação cultural) ou das leis da natureza, por meio de um processo lógico indutivo e, uma vez formulada, tende a aplicar-se a casos futuros semelhantes, por raciocínio dedutivo. Como já se disse, a regra de experiência faz parte da formulação do juízo, do processo lógico de raciocínio do juiz, de modo que não é objeto de prova. Ela atua de forma idêntica às presunções legais: de um fato conhecido que sozinho não tem conseqüências jurídicas de interesse, chega-se a um fato desconhecido, relevante para o processo, sendo o seu efeito a dispensa do ônus da prova de que a tem a seu favor (in "Direito Processual Civil brasileiro", 2ª volume 7ª edição. Editora Saraiva, 1994, págs. 190-191).

Registro, por fim, que a prática vem demonstrando que raras são as vezes em que há grande discussão acerca da questão dos alimentos e, de qualquer maneira, não exigem maiores esforços na solução, de modo que o argumento, a meu ver, é insuficiente. Ainda de qualquer forma, seja em ação autônoma, seja em cumulação, o tempo gasto para apreciação e resolução da questão será o mesmo, sendo preferível, assim, como sugere a jurisprudência, que o seja sem que se movimente a máquina desnecessariamente e mediante gastos supérfluos.

E, tornando ao início desse tópico, registro que o encorajamento para a redação dessas considerações, e a respectiva autoridade jurídica, advém do prestígio dado pela 2ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão da lavra do eminente Desembargador Roberto Bedran,⁽¹⁰⁾ que acolhendo essa argumentação posta, deu provimento ao agravo de instrumento interposto por este subscrivente.

Síntese conclusiva

1 – A racionalização é mandamento e necessidade atuais, com sede, inclusive, no princípio constitucional da eficiência.

2 – Nas ações que versem sobre separação e divórcio admite-se, por expressa previsão legislativa (art. 20 da Lei nº 6.515/77), dedução de pedido cumulativo de alimentos em favor da prole comum, valendo-se de um só e mesmo procedimento.

3 – Diante da nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, criadora do instituto da tutela antecipada, consolidou-se a possibilidade de

(10) Transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho do acórdão: "O inconformismo, com toda legitimação e pertinência manifestado pelo Ministério Público, convence, em parte. O entendimento contido na decisão, embora respeitável, não se coaduna com os novos rumos hoje traçados pela moderna teoria do processo, concebido em seu caráter instrumental e finalístico, de efetividade e da mais justa realização do direito. Consoante anotado pelo ilustre Promotor de Justiça recorrente, o pagamento de alimentos à filha do casal separando vem expressamente previsto na Lei nº 6.515/77 (art. 20), sendo certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para evitar o suceder infundável de demandas, recomenda que essa questão seja disciplinada na própria lide da separação (Recurso Especial nº 132304/São Paulo, 4ª Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 10.11.1997, votação unânime, Diário da Justiça da União de 19.12.1997, pág. 67.507). Assim, cabível o pedido de alimentos em prol da filha, no processo de separação dos pais. E, conquanto deveras apropriado no procedimento especialíssimo da ação de alimentos, não se afiguraria nenhuma heresia jurídica admitir a possibilidade dos provisórios nesta ação de separação judicial, em que pleiteados, em cumulação, os definitivos. A tanto o possibilitaria o disposto no artigo 13, da Lei nº 5.478/68, a não afastar a aplicação, no caso, do seu artigo 4º *omissis*. De todo modo, mesmo que assim não se entendesse, cumpriria apreciar o requerimento de concessão de alimentos provisórios à luz da mais recente norma do artigo 273, que, na linha da concepção moderna do processo, criou a tutela antecipatória, naturalmente pertinente também no procedimento ordinário" (Agravo de Instrumento nº 203.527-4/0, Comarca de Itanhaém, julgado em 24.4.2001). Esclareço, apenas, que foi dado parcial provimento ao recurso porque o eminente relator entendeu que cabia ao magistrado de primeira instância, primeiramente, apreciar o pedido, de modo a que não se suprimisse um grau de jurisdição.

fixação de alimentos, desde logo, em favor dos filhos, naquelas ações, atuando a parte como verdadeira substituta processual da prole, conforme previsão legal, ainda que implícita (art. 20 da Lei nº 6.515/77)

4 – Não há risco de irreversibilidade, pois o dever do alimentante é irrenunciável, e os demais requisitos da antecipação da tutela são de fácil verificação, diante do que dispõe o artigo 335 do Código de Processo Civil e o artigo 4º da Lei nº 5.478/68

5 – Postos à disposição do autor separando a ação autônoma versando sobre alimentos e a antecipação da tutela, cabe a ele a escolha do meio pelo qual deseja ver a pretensão alimentar satisfeita de modo sumário, tendo em conta o princípio do acesso à ordem jurídica justa

Nesses termos, e com o nítido escopo de tentar contribuir para a racionalização e difusão do instituto da tutela antecipada, submete-se a presente à crítica dos demais operadores do direito.