

TUTELAS ANTECIPADAS E PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS NA UNIÃO ESTÁVEL

Newton Teixeira Carvalho, Juiz Titular da 1ª Vara de Família de Belo Horizonte, especializado em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral, em Belo Horizonte e Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM

SUMÁRIO

1.Introdução. 2.Provas pré-constituídas na união estável. 3. Diferença entre cautelar e antecipação de tutela. 4. Antecipação de Tutela ou Cautelar? 5.As diversas ações cautelares.6.Caráter satisfativo da medida cautelar no Direito de Família. 7.Desnecessidade da utilização das vias ordinárias, no juízo sucessório, se existentes provas escritas.8.Conclusão.

1 - INTRODUÇÃO.

"A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta" (Rui Barbosa)

Antes de adentrarmos no tema em epígrafe, ressaltamos a importância deste evento para todos nós, que, no dia a dia, lidamos com o Direito de Família. Nesta hora, juízes, advogados, promotores, assistentes sociais e psicólogos, dentre outras profissões, estão todos irmanados na busca de um Direito de Família que satisfaça, a contento, as necessidades imediatas da sociedade atual, em constante mutação.

Assim, felicitamos o IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, na pessoa de seu dinâmico Presidente, o Professor e Jurista Rodrigo da Cunha Pereira, por mais este evento, necessário também para uniformização de procedimentos e para permutas de informações entre os diversos seguimentos da sociedade forense brasileira.

É através desses acontecimentos, que, com certeza, a Justiça se democratiza e, por conseguinte, poderá ser prestada com maior rapidez, eis que a célebre frase de Rui Barbosa, antes transcrita, repetida insistentemente por diversos juristas com algumas pequenas alterações, continua mais viva do que nunca.

Por conseguinte, é importante que os novos mecanismos de agilização da prestação jurisdicional sejam assimilados o mais rapidamente possível por todos os componentes desta grande família forense, em total benefício da sociedade em que vivemos.

2 - PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS DA UNIÃO ESTÁVEL

Ao contrário do casamento, eminentemente formal, a ser comprovado apenas através de documento público (art. 195 do CC), a união estável pode ser demonstrada por intermédio de todos os meios legais e moralmente legítimos (art. 332 do CPC c/c art. 129 do CC), eis que a lei, neste caso, não exige ou prescreve forma especial.

Com relação à gravação, a vertente que melhor interpreta o art. 332 do Código de Processo Civil, em consonância com o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal, é a que considera que tal prova não pode advir de meios invasores da vida privada e da intimidade de cada pessoa. Deve a gravação ser obtida sem que tenha havido devassa das comunicações produzidas pelo interlocutor. Também não é reconhecida gravação obtida por terceiro alheio ao diálogo, mediante subterfúgio.

Acerca de gravação para fins de prova em juízo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se pronunciou da seguinte maneira, não deixando nenhuma dúvida sobre o assunto:

Há de ser considerada a prova, quando a fita magnética que reproduz gravação telefônica entre as partes diretamente envolvidas na lide e gravada por uma delas foi gerada em conformidade com os preceitos constitucionais legais. Nada obsta a sua apresentação, se obtida por meio lícito, moralmente legítimo.¹

Do acórdão cuja ementa foi transcrita acima, colhe-se os seguintes ensinamentos, em ordem de seqüência diversa da ditada pelo eminente Relator, Des. Aloysio Nogueira:

A propósito da consistência da necessidade de provar, o CPC, art. 332, expressa que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

Portanto, em face da Constituição, art. 5º, XII, e das leis infraconstitucionais, a mais ampla defesa é assegurada às partes, desde que feita dentro dos métodos próprios da relação processual e, por óbvio, não são admitidas, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

O CPC, art. 383, prescreve que qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquela contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade.

A gravação fonográfica - gravação de conversas telefônicas - tem sua utilização admitida pelo Direito, do ponto de vista processual, se obtida licitamente, pois, caso contrário, se obtida ilicitamente, a interceptação telefônica é repelida e atenta contra o direito individual.

¹ Agravo nº 84.907/5 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Aloysio Nogueira

Nessa conformidade, o Juiz, ao ter que negar ou admitir o meio de prova, há de recorrer ao direito material e até mesmo à Constituição, porque em Juízo - ressalta J. CRETELLA JÚNIOR - o valor da prova é incontestável. Prova é tudo aquilo que pode convencer o Magistrado da certeza de algum fato, circunstância ou proposição controvertida, sendo, assim, o elemento que determina a convicção do Juiz, fornecendo-lhe base para a sentença.

Assim, há de ser considerada a prova, quanto à fita magnética que reproduz gravação telefônica, entre as partes diretamente envolvidas na lide e gravada por uma delas, gerada em conformidade com os preceitos constitucionais e legais. Nada obsta à sua apresentação, pois obtida por meio lícito, moralmente legítimo...

Assim e desprezadas, evidentemente, as provas obtidas por meios ilícitos, a união estável pode ser reconhecida de maneira cabal através de testamento, escritura pública ou instrumento particular, bem como através de contrato escrito, regulando a convivência, ou de casamento religioso, bem como através de reconhecimento judicial de forma incidental em anterior demanda judicial.

Prova-se também a união estável através de contas conjuntas, avisos de cobranças ou por intermédio de cartas, de colocação do companheiro como dependente no seguro ou junto ao Instituto de Previdência ou até mesmo através de assinatura de contrato de locação, seja como locatário (mero empresta nome) ou como fiador ou através de fotografias.

Inexistindo tais provas, nada impede o manejo da justificação, com citação dos interessados (art. 862, do CPC), autorizada pelo art. 861 do CPC, ouvindo-se testemunhas para servir de prova em posterior processo cautelar ou de conhecimento, com pedido de liminar ou de antecipação de tutela.

Nessas hipóteses, havendo prova imediata e pré-constituída da relação estável, poderá a parte prejudicada ofertar toda e qualquer cautelar prevista

no CPC não mais podendo haver diferenciação entre casados ou companheiros, para o fim de se deferir cautelar, seja ela qual for.

É certo que, principalmente com relação a cautelar de separação de corpos, jurisprudência existia, numa interpretação literal e restritiva do art.888, VI, do CPC, opinando pela impossibilidade de se deferir tal provimento entre companheiros. Assim, a cautelar de separação de corpos, para esta ultrapassada corrente, somente poderia ser deferida em se tratando de pessoas casadas.

Entretanto, a questão antes lançada foi irrefutavelmente enfrentada pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, hoje ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar:

A família, instituição social, é uma realidade que se antecipa e antepõe à própria lei, e as relações que dela emergem devem ser compreendidas e resolvidas pelo juiz com a lei, se possível, ou sem ela, se necessário, na forma do art. 4º da Lei de Introdução, com o auxílio dos princípios gerais consagrados pelo ordenamento e que agora, no tema, estão expressamente incluídos no texto constitucional, o qual estende a proteção estatal à união estável e assegura assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram (art. 226, §§ 3º e 6º da Constituição da República). A concubina, que vem a juízo pedir proteção para os maus-tratos do companheiro, praticados contra ela e os filhos, tem o direito de ver sua pretensão examinada. A separação de corpos é possível, porque a união deles é uma realidade; se existentes os motivos invocados, plenamente cabível o pedido da mulher de ficar na casa com os filhos, saindo dali o réu causador do conflito. A não ser assim, caberia à mulher, comumente a mais desamparada e com menos recursos ao seu alcance, e aos filhos, incapazes civil e economicamente, submeterem-se à violência do companheiro e pai, como se alega, ou a aventurarem-se pela rua. ²

² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União Estável, 4ª ed., Ed. Del Rey, 1997, pág. 131.

3 - DIFERENÇA ENTRE CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Como a concessão do provimento jurisdicional não é mais uma graça do Estado, mas um direito da parte, preparem-se juízes e tribunais para o exercício de sua nobre missão de outorgar tutela na forma da nova lei, não devendo o termo poderá ser entendido como um passaporte para a omissão, deixando para a sentença o que, segundo a lei, deva ser, de logo, antecipado.³

Com a introdução no Direito Brasileiro da tutela antecipada (art. 273, do CPC) não há mais necessidade de se ajuizar, indiscriminadamente, ação cautelar, que persistirá apenas com o escopo de garantir o resultado do processo principal.

Sabido é também, que a tutela cautelar não se confunde com a tutela antecipatória. A primeira visa garantir a eficácia do provimento jurisdicional a ser proferido no processo principal, sem implicar satisfatividade; a segunda tem por escopo adiantar o provimento final objeto do processo principal, apreciando-se *initio litis* o mérito do pedido e antecipando seus efeitos. Verifica-se assim que, enquanto a primeira tem caráter assecuratório, a segunda é de cunho exauriente, embora reversível.⁴

Portanto, a tutela antecipada nada mais é que um adiantamento da prestação jurisdicional, incidindo sobre o próprio direito perseguido. Em contrapartida, no procedimento cautelar não se antecipada a prestação jurisdicional perseguida na lide principal.

Certo é, também, que, no nosso Direito Processual Civil, as duas medidas coexistem, a cautelar e a tutela antecipada, sendo ponto comum entre ambas o pedido de liminar.

³ ALVIM, Carreira J. E. Código de Processo Civil Reformado, 2ª ed., Ed. Del Rey, 1995, pág. 100.

⁴ PAULA, Alexandre de. Código de Processo Civil Anotado, 7ª ed., Vol.2, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 1362.

Assim, é importante que os causídicos façam bem a distinção entre liminar na cautelar e na antecipação de tutela, com o manejo da ação correta, eis que, em assim procedendo, haverá enorme economia para todos já que, no caso de antecipação de tutela, não há necessidade de ajuizamento de cautelar, preparatória do processo principal.

4 - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA OU CAUTELAR?

A princípio a tutela poderá ser antecipada na ação de sociedade de fato cumulada com outros provimentos pleiteados, como, por exemplo, na guarda e visita de filhos ou com alimentos, desde que presentes os requisitos previstos e exigidos pelo art. 273 do Código de Processo Civil.

Porém, esse dispositivo legal faz inúmeras exigências, de difícil comprovação, de chofre, mormente considerando que estamos diante, na ação declaratória de união estável, de questões eminentemente fáticas.

Portanto e mesmo sendo caso típico de ajuizamento apenas da ação principal, com antecipação de tutela, de ver-se que, por questão prática, as ações cautelares continuarão sendo usadas em maior número, posto que os fatos poderão ser comprovados na audiência de justificação, ***inaudita altera parte***, caso não haja prova documental.

Depois, há entendimento de que não é lícito ao julgador conceder tutela antecipada sem ouvir a parte contrária e também o de que não pode o Magistrado proceder, na dúvida quanto à possível existência do direito, a uma cognição sumária.

O entendimento antes lançado, o de que no bojo de uma ação principal, com pedido de antecipação de tutela, não é possível o juiz, na ausência de comprovação, de plano, dos requisitos exigidos pelo art. 273 do CPC, designar audiência prévia, ***inaudita altera parte***, com justificação e, em razão desta audiência, deferir a antecipação de tutela, já foi enfrentado por nós, na Primeira Vara de Família de Belo Horizonte, quando do ajuizamento de uma ação de guarda.

A inicial, na ação antes aludida, não veio acompanhada da prova dos fatos alegados. Assim, designada foi audiência de justificação e, ainda na audiência, houve antecipação de tutela, com deferimento da guarda provisória da criança ao pai requerente.

Dessa aludida decisão houve agravo de instrumento, a ser decidido, em breve, pelo egrégio Tribunal de Justiça de Minas. Esperamos que a decisão seja confirmada, eis que reforçará, sobremaneira, a utilização da ação principal, sem necessidade da oferta de uma cautelar prévia.

5 - AS DIVERSAS AÇÕES CAUTELARES.

No momento presente e em razão do reconhecimento Constitucional da união estável (CF, art. 226 § 3º) e sua posterior e demorada regulamentação (Leis números 8.971/94 e 9.278/96), não há discordância, jurisprudencial ou doutrinária, acerca da possibilidade do manejo de todas as cautelares permitidas na ação de separação judicial, também na ação de dissolução de sociedade de fato.

Assim, vejamos algumas:

Arrolamento de bens (art.855 do CPC): o juízo cautelar labora com o provável e o verossímil. Assim, cabível é tal providência para evitar dilapidação dos bens, ante ao moroso processo de conhecimento. Para tanto, basta um princípio de prova do concubinato, com formação de patrimônio comum e fundado receio de dissipação desse patrimônio.

Na prática tal cautelar é deferida, de imediato, na ausência de prejuízos outros, eis que a

própria parte requerida ficará na posse dos bens, como depositária, até o desfecho da ação principal.

Posse em nome do nascituro (art. 877 do CPC): trata-se de medida pleiteada através de jurisdição graciosa e que tem por escopo permitir a habilitação do nascituro no inventário do de **cujus**, de quem será o herdeiro legal ou testamentário, e na investidura nos direitos daí decorrentes.

Alimentos provisionais: a lei 8.971/94 permite, em seu art. 1º, o direito do necessitado valer-se do disposto na Lei nº 5.478/68, desde de que comprove a união estável em concubinato puro e a constituição de família.

Também podem ser ofertadas as cautelares de arresto, seqüestro, busca e apreensão, enfim, todas cautelares nominadas e inominadas previstas no Caderno Processual Civil, em se tratando de reconhecimento de união estável.

Cautelar de separação de corpos: conforme demonstrado acima, hoje é perfeitamente admitida, como preparatória da ação de dissolução de sociedade de fato.

6 - Caráter satisfativo da medida cautelar no Direito de Família.

Não se pode exigir, em se tratando de Direito de Família, a propositura da ação principal, no prazo de 30 dias, caso haja liminar em ação cautelar, eis que,

nas questões de família e no amparo ao menor e ao incapaz, há uma tendência jurisprudencial a considerar que não ocorre a caducidade da medida liminar se a ação principal não for proposta em 30 dias⁵

⁵ RT 554/214.

É certo que, em decisão já não tão recente, o Colendo TJMG entendeu aplicar-se, também na medida cautelar de separação de corpos, o disposto no art. 806 do CPC, ao ementar:

quando a medida cautelar de separação de corpos tiver cunho preparatório, sua eficácia submete-se à disposição do art. 806 do CPC, que fixa o prazo de 30 dias para interposição da ação principal. ⁶

Porém e "data venia", de entender-se de melhor aplicação, "in casu", o voto vencido, da lavra do **Desemb. ARTUR MAFRA,**

V.v.: A separação de corpos, como medida cautelar, pode ser satisfativa porque, embora insuportável a vida em comum, pode não interessar aos cônjuges a postulação imediata da separação conjugal, tornando-se uma prerrogativa facilitadora da solução desejada, o divórcio direto.

Portanto e apesar de respeitáveis opiniões contrárias, de entender-se que, nas cautelares ofertadas no Direito de Família, desnecessária é a propositura da ação principal, no prazo de 30 (trinta) dias.

A tese acima lançada foi encampada no Colendo TJMG, conforme julgamento de 01/06/00, Ap. Cível nº 000.167.447/00, Relator, DES. BADY CURI, com a seguinte ementa:

⁶ Jurisprudência Mineira, vol. 115/194, Ap. Cível nº 84.884/5, Comarca de Belo Horizonte, Relator: Desemb. COSTA VAL.

"Exatamente pela gravidade e seriedade das situações que envolvem o direito de família, a jurisprudência tem evoluído no sentido de que as hipóteses de concessão de medida cautelar, em que estão em jogo direitos relativos à família, menores e incapazes, não se submetem à égide do art. 806 do CPC."

Do voto do eminente Relator, DES. BADDY CURI:

Mesmo porque, exatamente pela gravidade das situações que envolvem o direito de família, a jurisprudência tem evoluído no sentido de que as hipóteses de concessão de medida cautelar, em que estão em jogo direitos relativos à família, menores e incapazes, não estariam submetidas à égide do art. 806 do CPC.

Neste sentido:

"...o bom senso repele caducidade das medidas liminares no direito de família, quando não proposta a ação principal dentro de 30 dias" ⁷

"Nas questões de família e no amparo ao menor e ao incapaz há uma tendência jurisprudencial à considerar que não ocorre caducidade da medida liminar se a ação principal não for proposta em 30 (trinta) dias (RT 554/214). Assim, concedidos alimentos provisórios ou provisionais, não perde a eficácia se não for proposta ação no prazo de 30 dias" ⁸

Sobre o tema, diz **GALENO LACERDA** que o Direito de Família encontra resistência à aplicação do prazo do art. 806 quando se refere à prestação de alimentos e à separação de corpos:

⁷ RT 648/174, JTJ 147/135

⁸ RT 496/98, RJTJESP 43/190, 68/268,73/122, 107/169.

No direito de família e no amparo ao menor e ao incapaz, o bom senso repele a caducidade. Se o juiz, cautelarmente, decretou separação de corpos, a prestação de alimentos à mulher e ao filho abandonados, o resguardo do menor contra o castigo imoderado ou contra a guarda nociva, a regulamentação do direito de visita, a destituição provisória de pátrio poder ou de tutor ou curador, é de evidência meridiana que o não ingresso da ação principal, no prazo de trinta dias não pode importar, respectivamente, na reunião de corpos que se odeiam, no desamparo e na fome da mulher e da criança, na eliminação da visita, no retorno do indigno ao pátrio-poder, à tutela e à curatela. Fazemos justiça ao artigo 806, que jamais visou objetivos odiosos e nefandos. Interpretemo-lo com inteligência e com bom senso. ⁹

7. DESNECESSIDADE DA UTILIZAÇÃO DAS VIAS ORDINÁRIAS, NO JUÍZO SUCESSÓRIO, SE EXISTENTES PROVAS ESCRITAS, A COMPROVAR A UNIÃO ESTÁVEL, DE PLANO.

Os direitos sucessórios, deferidos indistintamente entre ambos os companheiros, foram definidos, expressamente, nos arts. 2º e 3º, da Lei nº 8.971/94, bem como através do art. 7º da Lei nº 9.278/96, a equiparar, como não podia deixar de ser, os companheiros aos cônjuges.

Evidentemente que, aberto o inventário, o companheiro sobrevivente comparecerá nos autos do processo e, existindo as provas escritas acima referidas, o reconhecimento da sociedade, mesmo que de maneira implícita, poderá ser concretizado nos próprios autos de inventário, sem necessidade de, primeiro, haver ação declaratória de reconhecimento de união estável, no juízo familiar.

⁹Comentários ao Código de Processo Civil, Editora Forense, Vol,VIII, t.1/380

Entretanto, poderá haver objeção dos herdeiros quanto à habilitação do companheiro no inventário. Porém e como sabido, simples discordância não é motivo para remeter as partes às vias ordinárias.

É que, em se tratando de inventário judicial, o juiz decidirá as questões de direito e de fato, desde que, quanto a estas últimas, haja prova documental, nos termos do art. 984 do Código de Processo Civil.¹⁰

Portanto, inexistindo provas documentais que amparem a pretensão do companheiro sobrevivente, a sua habilitação, de plano, no inventário restará prejudicada, por ser o mesmo procedimento especial e não admitir discussão de alta indagação, isto é, aquela que demanda prova a ser colhida fora do inventário, e não, como já se chegou a sustentar, da maneira equivocada, em sede doutrinária, **uma intrincada e difícil questão de direito.**

Remetidas as partes às vias ordinárias, para reconhecimento da união estável e eventual direito à meação, herança ou usufruto, o companheiro sobrevivente poderá requerer reserva de bens em inventário, nos termos do art. 1.001 do Código de Processo Civil.

¹⁰ Pessoa, Claudia Grieco Tabosa. Efeitos Patrimoniais do Concubinato, Ed. Saraiva, 1997, 241.

8 - CONCLUSÃO.

O Direito de família exige soluções rápidas que, se deixadas para depois, poderá ser tarde e de nenhuma utilidade. Assim, não resta dúvida que agiu acertadamente o legislador ao determinar, diante da resistência de alguns juizes, que a questão envolvendo união estável fosse dirimida na Vara de Família.

Depois, ao reconhecer o legislador a Vara de Família como a competente para solucionar questões envolvendo sociedade de fato que, na verdade, antes de tudo, envolve e prepondera o laço afetivo, várias questões restaram superadas, à luz de entendimentos anteriores, principalmente no tocante as medidas cautelares e a não participação do Representante do Ministério Público nesses feitos.

Os meios de comprovação da união estável são vários, desde que não coibidos por lei, conforme demonstrado acima. Havendo prova documental, o pedido de antecipação de tutela, se presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, poderá ser formulado ou, então, de plano poderá ser ofertada cautelar preparatória para garantia da eficácia do provimento jurisdicional posterior.

Podemos também afirmar, hodiernamente, que todas as cautelares possíveis em uma ação de separação litigiosa também o serão com relação às ações advindas de uma união estável, no momento presente e infelizmente, ainda somente admitida entre homem e mulher.

Não se pode desprezar, no desfecho deste trabalho, o ponto comum existente entre a união estável e o casamento: o amor. Assim e embora dissonantes em vários aspectos, principalmente por força de leis específicas, estes dois institutos do Direito de Família na verdade afloram do afeto, sentimento mais puro do ser humano, despido de qualquer regulamentação jurídica e de preconceitos.

FIM.

