

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - CURSO
DE DIREITO**

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

FLÁVIA DANIELA ALVARENGA

**REFLEXOS JURÍDICOS FRENTE A CONCESSÃO DA MEDIDA
INAUDITA ALTERA PARS NO PROCESSO DE BUSCA E APREENSÃO
DE MENOR**

RUBIATABA – GO

2011

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - CURSO
DE DIREITO**

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA



FLÁVIA DANIELA ALVARENGA

**REFLEXOS JURÍDICOS FRENTE A CONCESSÃO DA MEDIDA
INAUDITA ALTERA PARS NO PROCESSO DE BUSCA E APREENSÃO
DE MENOR**

Monografia apresentada à FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do professor Valtecino Eufrásio Leal, Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento.

De acordo

Professor Orientador

5-35074

Tombo nº	18347
Classif.:	
Ex.:	1
Origem:	cd
Data:	30-08-11

RUBIATABA – GO

2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

FLÁVIA DANIELA ALVARENGA

**REFLEXOS JURÍDICOS FRENTE A CONCESSÃO DA MEDIDA
INAUDITA ALTERA PARS NO PROCESSO DE BUSCA E
APREENSÃO DE MENOR**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO:

Aprovada (10,0)

Orientador: _____

[Assinatura]
Valtecino Eufrásio Leal

Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento

1º Examinador: _____

[Assinatura]
Denise Helena Monteiro de Barros Carollo

Pós-doutora em Direito

2º Examinador: _____

[Assinatura]
Samuel Balduino Pires da Silva

Especialista em Direito Civil e Processo Civil

RUBIATABA-GO

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado força e sabedoria para conseguir concluir meu tão sonhado curso, pois sem ele eu não teria conseguido chegar até aqui. Aos meus pais pelo respeito, pela dedicação, e por terem acreditado em meu sonho. Ao meu orientador querido, pelos ensinamentos que me transmitiu, e pela atenção e dedicação ao longo deste projeto. A todos os meus professores e amigos de sala, que estão comigo desde o início do curso. Ao meu querido marido Jobertt por ter me incentivado ate mesmo nos momentos em que pensei em desistir, e em especial aos meus filhos Bianca, Bárbara, e José Felipe, principalmente ao José Felipe, que de uma forma não muito feliz me “incentivou” a aprofundar um pouco mais no estudo do referido tema, assim registro aqui minhas sinceras homenagens.

“(...) o cuidado é uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestruturase, definha, perde e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana”.

(Leonardo Boff)

RESUMO: A presente pesquisa visa analisar qual o melhor momento de se conceder uma decisão liminar *inaudita altera pars* no processo de busca e apreensão de menor, apresentando assim seus pressupostos para que seja concedida, e ainda apontando qual a melhor maneira e a forma mais segura para sua concessão, destacando sua importância frente aos possíveis reflexos jurídicos que podem vir a acontecer se for concedida sem que se tenha um mínimo de certeza em relação ao direito a ser assegurado, que nesse caso se relaciona com o bem estar do menor, considerado como vítima no âmbito de um processo dessa natureza. Podendo assim o magistrado proporcionar à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida, diretamente ou através de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional, pois, o que está em jogo é a vida de um menor incapaz, impossibilitado de se defender sozinho, e seus direitos de maneira nenhuma poderão ser protelados.

Palavras-chaves: Liminar *inaudita altera pars*. Processo de busca e apreensão de menor. Reflexos Jurídicos. Plausibilidade. Âmbito.

ABSTRACT: This survey aims at the best time to grant an injunction parsunprecedented changes in the process of search and seizure of smaller, thus presenting their assumptions to be granted, and even pointing the best and safest way for your grant, highlighting its importance in the face of possible legal consequences that may happen if no one has given a minimum of certainty regarding the right to be assured that this case relates to the welfare of the child, considered as a victim under of such proceedings. So the judge can give the child, in particular, the opportunity to be heard, either directly or through a representative or an appropriate body, in accordance with the procedural rules of national law, because what is at stake is the life of a minor incompetent, unable to defend itself, and your rights in any way may be delayed.

Keywords: Injunction unprecedented altera pars. Process of search and seizure of less. Legal reflexes. Plausibility. Scope. Magistrate.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

Art. = Artigo

Atual. = Atualizado

Cap. = Capítulo

CRFB = Constituição da República Federativa do Brasil

CPC = Código de Processo Civil

ECA = Estatuto da Criança e do Adolescente

Dec. = Decreto

Ed. ou ed. = Edição

Ibidem. = mesma obra do mesmo autor. Refere-se à última fonte citada.

Inc. = inciso

In verbis. = significa que o texto foi transcrito na forma literal (*ipsis litteris*)

Ipsis litteris = significa que o texto foi transcrito na forma literal (*in verbis*)

n° ou n. = Número

p. = página

Proc. Processo

reform. = reformada

Rel = relator (a)

REsp = Recurso Especial

STJ = Superior Tribunal de Justiça

Rev. = revista

Vol. ou v. = volume

§ = parágrafo

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	09
1. NOÇÕES GERAIS SOBRE BUSCA E APREENSÃO.....	12
1.1. Breve Histórico.....	12
1.2. Conceitos da Busca e Apreensão.....	17
1.3. Objeto.....	19
1.4. As Diversas Espécies da Busca e Apreensão.....	20
2. NECESSIDADE DA BUSCA E APREENSÃO DE MENOR.....	22
2.1. Busca e Apreensão de Menor.....	25
2.2. Natureza da Busca e Apreensão de Menor.....	27
2.3. Competência.....	31
2.4. Os Pressupostos da Busca e Apreensão de menor.....	32
2.5. Procedimento.....	33
2.6. Direito não Absoluto do Pai ou da Mãe.....	36
3. A LIMINAR <i>INAUDITA ALTERA PAR</i>	39
3.1. Pressupostos Legais.....	45
3.2. Liminar <i>Inaudita Altera Pars</i> no Processo de Busca e Apreensão de Menor.....	47
3.3. Eficácia da Liminar.....	50
4. REFLEXOS JURÍDICOS NA CONCESSÃO DA LIMINAR <i>INAUDITA ALTERA PARS</i>	52
4.1. Dano Afetivo.....	54
4.2. Síndrome da Alienação Parental.....	57
4.3. Caso Verídico a Confirmar os Riscos Jurídicos da Liminar sem a Audição da Parte Contrária.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem como fim destacar os reflexos jurídicos frente à concessão da medida *inaudita altera pars* no processo de busca e apreensão de menor, de forma que ao final possa apresentar análises sobre os reflexos que essa medida poderá ocasionar, frente à disputa dos pais enquanto genitores, pelo poder familiar na esfera judicial. Possibilitando ainda, investigar quais medidas que poderá ser adotadas para que se evitem prejuízos que poderão tornar-se irreversíveis na vida do menor.

O intuito não é demonstrar somente, como o Estado deve agir frente a um pedido dessa natureza, e sim sobre quando e como deve ser concedida e em quais situações, para que assim uma decisão de suma importância em nosso ordenamento jurídico, não frustre o seu principal objetivo, que é de assegurar o bem estar do menor, pois o que deve prevalecer é o interesse maior do menor. Por isso, a liminar *inaudita altera pars* no processo de busca e apreensão de menor poderá ser concedida somente em casos excepcionais e expressamente prevista em Lei, conforme o artigo 797 do Código de Processo Civil, *in verbis*, “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

O método utilizado para elaboração deste trabalho científico foi o da compilação, cujo estudo de sistematização foi realizado através de doutrinas (livros) pertinentes ao tema, artigos da internet e revistas com publicação sobre o assunto em pauta, os quais se encontraram descritos na bibliografia, já que a pesquisa bibliográfica foi a principal fonte de pesquisa utilizada, incluindo as fontes indiretas. Vale ressaltar ainda, que também foi utilizado o método hipotético-dedutivo, partindo da premissa sobre o conhecimento da medida de busca e apreensão para que pudéssemos entender como pode ser concedida juntamente com um pedido de liminar consubstanciado na polêmica do deferimento de uma decisão em que poderá a princípio colocar o menor como vítima, frente a sérios problemas tidos como consequências após a efetivação da medida. Em relação ao método hipotético-dedutivo, Gil (1999, p.33) conceitua da seguinte forma:

Quando os conhecimentos disponíveis sobre determinado assunto são insuficientes para a explicação de um fenômeno surge o problema. Para tentar explicar a dificuldade expressa no problema, são formuladas conjecturas ou hipóteses. Das hipóteses formuladas, deduzem-se consequências que deverão ser testadas ou falseadas.

Como objetivo geral, ressalta-se que foi analisado sobre a melhor forma e ainda o momento correto de se conceder uma liminar *inaudita altera pars* no processo de busca e apreensão de menor, e qual a sua relevância e importância em nosso ordenamento jurídico brasileiro de forma a sopesar as consequências e os reflexos em potencial na vida dos envolvidos, se não for concedida de forma segura, demonstrando assim as consequências juntamente com análises de fatos jurídicos e fatos verídicos, que valem a pena serem estudados.

Como objetivos específicos, o presente trabalho científico pretende conhecer como se dá o processo de busca e apreensão de menor enquanto processo cautelar seguido de liminar, e quais os principais pressupostos para que seja concedida, de forma que possa apontar qual a forma mais segura de sua concessão, e como, o magistrado pode de forma imediata mediar o conflito, até que reúna elementos disponíveis para uma decisão mais segura, e ainda apontar quais as consequências que essa medida pode trazer para vida futura do menor.

Em tese, o elemento primordial a ser discutido nesse projeto científico, é demonstrar que a concessão da medida *inaudita altera pars* no processo de busca e apreensão de menor, pode provocar sequelas e resultados danosos para ao menor (infante) e ainda tende a acirrar a disputa judicial entre aqueles que pretendem através da mesma disputar a guarda ou o poder familiar.

O trabalho se desenvolverá em quatro capítulos. O primeiro capítulo é destinado a uma breve evolução histórica da busca e apreensão no aspecto geral, enquanto processo cautelar, apresentando seus conceitos, seu objeto e quais as formas de busca e apreensão. No segundo capítulo, serão apresentadas breves considerações sobre a necessidade da busca e apreensão de menor destacando o poder familiar como função primordial de pais em relação aos seus filhos, dispondo os conceitos da medida mediante os fundamentos legais e sobre a visão de alguns doutrinadores, apresentando ainda sua natureza, sua competência,

seus pressupostos, seu procedimento e dando ênfase ao poder igualitário entre os genitores em relação a seus filhos. No terceiro capítulo, apresentamos o conceito da liminar *inaudita altera pars* e principalmente a posição de alguns doutrinadores frente à concessão da mesma em um processo de busca e apreensão de menor, com ênfase em seus pressupostos e sua eficácia. No quarto e último capítulo, se ressaltará sobre os reflexos jurídicos frente à concessão da liminar, destacando-se e apresentando os danos afetivos, a síndrome da alienação parental, que é considerada hoje como sendo um dos mais novos dilemas no âmbito da área cível, principalmente quando se trata de ação de guarda de menor. E ainda apresentando um caso verídico que repercutiu na imprensa brasileira.

As obras descritas na bibliografia e utilizadas como referência para ampliar o conhecimento sobre o tema proposto, foram de suma importância para compreensão do tema. Em função disso, vale destacar alguns doutrinadores que foram citados, como por exemplo, Maria Berenice Dias, Humberto Theodoro Júnior, Luis Orione Neto, Reis Fried, e também o nosso tão conhecido Código de Processo Civil e a nova Redação da Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010, que foram primordiais para o desenvolvimento deste trabalho.

Esta pesquisa monográfica também foi toda elaborada sob as normas da ABNT, e complementou-se com a utilização do Manual de Apresentação de Trabalhos Acadêmicos da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE BUSCA E APREENSÃO

1.1. Breve Histórico

Conforme relatos apresentados a seguir, destacaremos a origem da medida da busca e apreensão enquanto processo cautelar. Origem essa que se imputa a civilização ocidental, mas precisamente em Roma, no século VIII a.C. Naquela época era usada somente na esfera criminal, e frente à evolução da humanidade e conforme a necessidade existente fez-se necessário algumas alterações sobre essa medida que evoluiu de forma aparente, tendo inclusive que ser inserida nos códigos brasileiros e principalmente na área cível, mais precisamente no Código de Processo Civil (CPC) de 1939.

Na civilização ocidental, com o surgimento da Lei das XII Tábuas, os credores da sociedade romana tinham seus direitos assegurados por esta lei de matar e de se apoderar sobre o corpo do devedor que não cumpria com determinada prestação, com diz o ditado popular, “dente por dente, olho por olho”. Assim, o credor romano fazia uso da sanção corpórea pelo inadimplemento da dívida, respondendo o devedor pelos seus débitos com sua liberdade e até mesmo com sua própria vida. O credor detinha, como garantia de sua satisfação, o corpo do seu devedor. O credor utilizava-se, portanto, de uma forte coerção como fator impeditivo de inadimplemento das dívidas.

(FERNANDA BANDEIRA RIVAS, disponível em: www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/discente/dis5.doc, Acesso em 21/03/11 às 10:42 h.)

Mediante o estudo acima, a Lei das XII Tábuas era conhecida como uma antiga legislação do direito Romano, semelhante a outras leis primitivas, que combinava penas rigorosas com procedimentos bem severos. Esta lei é considerada o primeiro documento legal do Direito Romano. (Lei das XII Tábuas. (disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_das_Doze_T%C3%A1buas. Acesso em 14 de março de 2011)

Ainda na civilização ocidental, não se conhecia uma ação cautelar específica, o que havia era um poder geral de cautela de alguns magistrados. Mediante uma evolução ocorrida no direito romano, às funções de justiça foram atribuídas ao pretor. Conforme Pinto Ferreira (1990, p. 44), “o pretor é o magistrado que ministrava a justiça na antiga Roma”,

ainda afirma que “tinha assim o poder de comandar e utilizar a força para valer e convalidar a sua autoridade”. Mesmo não tendo um conhecimento de uma ação cautelar como existe hoje, o pretor tinha autoridade de como se estivesse investido em um cargo público, ainda aduz que “por causa de sua autoridade de um verdadeiro cargo público, o pretor podia tomar medidas acautelatórias em benefício da parte ofendida, assegurando e reservando bens para a futura execução”. O pretor romano exercia um poder de cautela mesmo sem conhecer a teoria de um processo cautelar. Nessa época ainda foi inserido no direito romano algumas ações conhecidas como cautelares tais como, o sequestro, e arresto, conhecidas hoje também em nosso direito processual brasileiro, não sendo inserido nesta época o instituto da busca e apreensão.

Conforme Rivas, tal costume somente foi alterado após conceder a transferência o ônus pelo não adimplemento da dívida para o patrimônio material do devedor, dotando a garantia da satisfação do crédito do credor do aspecto econômico, que antes não existia, passando a valorizar a dignidade da pessoa humana, destacado como princípio basilar do nosso sistema jurídico. (FERNANDA BANDEIRA RIVAS. A Prisão Civil na Alienação Fiduciária em Garantia. Disponível em: http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/discente/dis5.doc. Acesso em 11 de maio de 2011 às 15:00 h.)

Percebemos então sua evolução, e como já esclarecido, conhecida na esfera criminal, estranha ao Processo Civil. Mas, foi com as alterações no Código de Processo Civil de 1939, que a busca e apreensão se tornou uma medida de caráter cautelar, cujo nome se apresenta como medida preventiva e preparatória. O artigo 676 do Código de Processo Civil de 1939 enumera as medidas preventivas e o art. 677 regula as medidas preparatórias. Distinguindo assim, do sequestro e do arresto pela sua autonomia. Passando a serem disciplinadas nos artigos 676 até 678 do respectivo código. Conforme destaca, Oliveira e Lacerda (1991, p.144):

O instituto da busca e apreensão distingue-se do sequestro, porque não há acautelamento de coisa litigiosa e nem cuida de assegurar crédito, como no arresto. Além disso, hoje nos institutos tanto do arresto como no sequestro, não se atinge pessoas, sendo o único instituto que pode atingir pessoas é a busca e apreensão, sendo esta subsidiária em relação aos outros institutos. Ambos têm em comum a apreensão, diferenciando-se na indicação precisa do lugar onde se encontre o bem.

Mas foi no ano de 1965 com a introdução da Lei de nº 4.728 de 1965, considerada a Lei de Mercados de Capitais que transformou a alienação fiduciária em garantia, sendo esta a partir daí considerada como um contrato de garantia, passando a alienação fiduciária. Mas foi somente com a alteração pelo Decreto 911 de 1º de outubro de 1969, que concedeu uma nova redação ao artigo 66 da citada lei, que a busca e apreensão se tornou um processo autônomo, disciplinando a alienação fiduciária em garantia de mútuo, tutelando a pretensão do credor mediante o adimplemento do devedor como um processo especial chamado de tutela jurisdicional executiva. (FORGIARINI, Giorgio. Aspectos relevantes da alienação fiduciária em garantia. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 agosto 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3108>>. Acesso em: 1 março 2011).

O Decreto Lei nº 911/69, foi alterado através da Lei de nº 10.931/04 entrando em vigor somente no mês 02/2008. Alterando substancialmente os parágrafos 1º ao 6º do artigo 3º, incluindo os §§ 7º e 8º, concedendo assim uma maior celeridade ao processo e acrescentando a liminar no instituto da busca e apreensão. (OLIVEIRA. Marcus Vinícius Moura, Lei nº 10.931/04: as alterações ao Decreto-Lei nº 911/69. Questões relevantes. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 533, 22 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6080>>. Acesso em: 27 fevereiro de 2011).

Percebe-se então que em se tratando do direito romano não existia uma visão abrangente da busca e apreensão como temos hoje. Conforme Theodoro Júnior (2005, p.35/36), “na doutrina alemã que apareceram as primeiras tentativas de fixar uma concepção processual dessa classe de medidas e de estruturar sua sistematização”. E ainda afirma que foram alguns processualistas Italianos que apesar de haverem algumas divergências entre si, destacaram esse instituto em relação a sua autonomia no processo cautelar. Destacando assim, três processualistas que são: “CHIOVENDA, CALAMANDREI E CARNELUTTI²”.

Quando se refere ao desenvolvimento da busca e apreensão cautelar no Brasil, somente se fez presente com a entrada das Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, entre os séculos XVI a XVIII, no início da colonização brasileira, que recebeu uma viva influência do direito lusitano, sendo considerada como a base do direito civil brasileiro, perdurando até o advento do Código Civil de 1916. (MOTA, Tercio de Souza. Tutela de

2 Conforme Theodoro Júnior (2005), foram alguns processualistas italianos que se destacaram em relação ao processo cautelar, destacando ainda sua autonomia, que são eles: Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti”.

urgência: Análise da efetividade jurisdicional. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8911. Acesso em 11 abril de 2011 às 9:15 h).

Nesse sentido Ferreira (1990, p.7) destaca que: “assim as Ordenações começaram a ter validade de um verdadeiro código” e ainda acrescenta, foi a lei nº 556 de 25/06/1850, que promulgou o Código comercial do Império, seguindo assim seu processo. Mas foi o regulamento de n 737 de 1850 até que elaborassem os códigos processuais civis, e após a proclamação da República apresentou o Decreto nº 763, de 19/09/1980, considerado como o mais notável código de processo da América, regulando a matéria das atuais medidas cautelares, sendo consideradas como processo preparatório, preventivo e incidente, art. 321/409.

Sobre o processo cautelar, Oriane Neto (2002, p. 212), esclarece que:

A impossibilidade prática de acelerar o andamento do processo principal até o ponto de se obter de um dia para o outro a decisão definitiva e por outro lado, a necessidade de que se torne provisoriamente, determinada providencia para afastar um perigo eminente de dano, é que fazem surgir o processo cautelar.

Segundo o processualista acima citado, o processo cautelar veio para acelerar as decisões consideradas urgentes. Posteriormente estas questões ou conflitos poderão ser resolvidos com um estudo mais aprofundado frente aos acontecimentos na vigência do processo principal, permitindo uma decisão mais correta e segura no processo principal. Garantido assim a rapidez em casos considerados urgentes.

Ainda por não estar completamente de acordo com as necessidades aparentes da época, a criação do Código de Processo Civil de 1973 foi criado com base nos estudos e orientações de Alfredo Buzaid, cuja Lei é 5.869 de 11/01/1973, acrescentando ao art. 839, a busca e apreensão tanto de pessoas como de coisas, demonstrando assim a evolução do instituto com o passar dos tempos. O artigo 839 do CPC, *in verbis*, “o juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas.” Sendo disciplinadas hoje nos artigos 839 a 843 do CPC.

Assim fica claro que hoje, a busca e apreensão somente têm em comum com o sequestro e o arresto à apreensão, sendo que esses institutos não atingem pessoas, o único instituto que poderá atingi-las é o da busca e apreensão, que se faz necessário à presença de alguns pressupostos tidos como essenciais para ser deferida.

Frente a estes estudos, percebemos o quão é interessante a evolução da busca e apreensão, pois era conhecida somente na esfera criminal e logo teve que ser inserida no Código de Processo Civil, devido às necessidades ocorridas em nosso meio social. Hoje é possível ver tal progresso, pois deixou de ser dependente de alguns institutos para se tornar um processo cautelar autônomo.

Ainda Póvoa (1999, p. 34), esclarece que:

A busca e apreensão regida pelos artigos 839 a 843 do CPC e subordinada ao rito dos artigos 801 a 803 é unicamente cautelar, devendo seguir o rito comum das cautelares, só podendo ser deferida após a comprovação cabal do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sempre instrumentalizando o processo principal; quando o requerente propõe a ação de mérito, não pode pretender a busca e apreensão com mero pedido incluído incidentalmente na inicial, porque a cautelar exige processo próprio, inacumulável com a ação de mérito, devido à inadequabilidade de procedimento.

As maiores modificações foram quando se tornou uma medida acautelatória. Mas, é importante também ressaltar que o processo é o meio ou o instrumento que o Estado se utiliza para dirimir conflitos, buscando sempre o direito e a paz social. Sendo assim, o Código de Processo Civil se divide hoje em V Livros, os quais sejam: 1) o primeiro livro “do processo de conhecimento”. 2) o segundo livro “do processo de execução”. 3) o terceiro livro “do processo cautelar”. 4) o quarto livro “dos procedimentos especiais”. 5) o quinto livro “das disposições finais e transitórias”. Estando a busca e apreensão inserida no terceiro livro que é do processo cautelar, pois ela possui todas as características de um processo cautelar, assim afirma Carvalho Filho (2007, p. 2):

O processo cautelar tem como finalidade proteger e resguardar esse bem envolvido no processo. A lei oferece providências assecuratórias eficazes para diminuir e afastar os perigos decorrentes da demora no processo. As medidas buscarão conservar o estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio final da prestação jurisdicional.

Wambier (2006, p.31), afirma que “existem três tipos de processo: o de conhecimento, o de execução e o cautelar”. E ainda explica cada tipo de processo afirmando que o processo de conhecimento tem como função primordial gerar um pronunciamento judicial em que o juiz possa aplicar a situação de fato, descrita e comprovada pelo autor na petição inicial, em relação ao direito correspondente. Já no processo de execução, providencia-se o cumprimento efetivo de um mandado judicial, cuja força e eficácia em relação à lei se equipara com uma sentença. O processo cautelar é usado para se obter meios de garantir uma eficácia plena, do provimento jurisdicional, que possa ser obtido no futuro, do processo de conhecimento, ou da própria execução.

Segundo Ferreira (1990, p.3);

O referido processo cautelar foi objeto do livro próprio porque foi considerado como distinto das funções de conhecimento e de execução, as quais, juntamente com a função cautelar, abrangem a jurisdição civil e ainda afirma que o processo cautelar tem por finalidade manter o equilíbrio entre as partes, com uma decisão de caráter provisório, a fim de impedir a irreparabilidade do dano.

Frente aos relatos apresentados, ressalta-se que o processo de busca e apreensão é conhecido como um processo tipicamente cautelar contendo todas as características de uma ação cautelar, e ainda conforme Câmara (2005), consagra que a lei processual exige que na demanda cautelar é necessário constar a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão devendo demonstrar pelo requerente a indicação do *fumus boni iuris* (aparência do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo da demora), tidos como requisitos para a concessão da medida cautelar, para que o desfecho do processo seja favorável.

1.2. Conceitos da Busca e Apreensão

A medida de busca e apreensão é conhecida como sendo um processo cautelar específico, que busca apreender coisas ou pessoas. E como toda a ação judicial proposta no âmbito jurídico são necessários os requisitos das condições da ação. Conforme Câmara (2005) afirma, que o requerente deve demonstrar a existência de um conflito de interesses que o ata

ao réu e ainda afirma que o intuito dessa ação deve ser de forma acautelatória, cujo objetivo é de conservar o bem ou a pessoa e ainda expor o direito que venha a ser disputado na ação principal. O campo de atuação do processo cautelar pode ser em relação à coisa, pessoa e prova, devendo se mostrar útil ao processo principal.

A busca e apreensão na visão de Pontes de Miranda (*apud* LIBERATO PÓVOA, 1999, p. 27), ocorre “sempre que o mandamento do juiz é no sentido de que se faça mais do que quando se manda exhibir a coisa para produzir prova ou exercera algum direito e se não preceitua o devedor, ou o possuidor da coisa, a que a apresente”. Percebe-se então, que é considerada como um instrumento, ou, uma medida do processo cautelar, utilizado para solucionar litígios em que o juiz manda exhibir a coisa, e se produzir provas para que assim possa exercer algum direito, e se o devedor ou possuidor da coisa não se preceitua, não tem motivos para que seja concedida essa tutela jurisdicional de urgência. Sendo necessário para se conseguir a efetivação deste instituto, buscar e apreender o bem com êxito.

Hoje o conceito de busca e apreensão é visto de modo convergente entre diversos doutrinadores, explicitando que é uma medida judicial, sendo também conhecida como uma das medidas cautelares por ter caráter de urgência, cujo procedimento específico é destinado à busca e mais tarde a apreensão, tanto de pessoas ou de coisas, desde que expressa em lei. Frente a essa opinião Carvalho Filho (2007, p. 85) afirma que, “a busca e apreensão é medida de apreensão judicial. É o ato judicial pelo qual é procurada e apreendida a pessoa ou coisa, nos casos determinados por lei, mediante mandato de autoridade competente”. Desse entendimento também compartilha Theodoro Júnior (2005, p. 283), dizendo que “há busca e apreensão sempre que o mandamento do juiz é no sentido de que se façam mais do que quando se manda exhibir a coisa para se produzir prova ou exercer algum direito e se não preceitua o devedor, ou possuidor da coisa, a que a apresente”.

Diante da situação acima, a busca é nada mais do que a procura de uma pessoa ou de uma coisa, e a apreensão é o complemento da coisa que é buscada. Percebe-se então que os dois atos não se separam, ou seja, os dois atos não são autônomos, um depende do outro, já que além de buscar é necessário também apreender com êxito. Procurar e apreender a coisa ou pessoa, não se aplica ao bem imóvel, sendo utilizado somente através do arresto e do sequestro. Essa medida quando não integra o perfil do arresto e do sequestro, mas se faz necessária à solução de um litígio, dará lugar a busca e apreensão.

1.3. Objeto da Busca e Apreensão

Para Wambier (2006, p.71), em relação ao objeto desta medida conclui-se que: “pode consistir em coisas (móveis) e pessoas (incapazes: menores e interditos (art.839). A medida será, respectivamente, real ou pessoal”. Esclarecendo que por ser uma medida tipicamente cautelar e podendo ser utilizado para buscar e apreender coisas e pessoas faz-se necessário estar em consonância com os artigos expressos no Código de Processo Civil. Inserida no Código de Processo Civil, esse instituto é considerado como medida cautelar, que também pode ser usada para a execução de algumas medidas cautelares como o sequestro, arresto, depósito, podendo inclusive ser autônoma, desde que siga a autonomia do conceito de cautelar.

Assim pode-se afirmar que a busca e apreensão é uma medida judicial que se encontra amparada por lei, nos termos dos artigos 839 a 843 do CPC, sendo possível apreender pessoa ou coisa desde que haja um mandado expedido pela autoridade competente. Sustentam-se estes argumentos nos artigos 839 a 843 do CPC, *in verbis*:

Art.839. O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas.

Art. 840. Na petição inicial exporá o requerente as razões justificativas da medida e da ciência de estar a pessoa ou a coisa no lugar designado.

Art. 841. A justificação prévia far-se-á em segredo de justiça, se for indispensável. Provado quanto baste o alegado, expedir-se-á o mandado que conterà:

I- a indicação da casa ou do lugar em que deve efetuar-se a diligência;

II- a descrição da pessoa ou da coisa procurada e o destino a lhe dar;

III- a assinatura do juiz, de quem emanar a ordem.

Art. 842. O mandado será cumprido por dois oficiais de justiça, um dos quais o lerá ao morador, intimando-o a abrir as portas.

§ 1º Não atendidos, os oficiais de justiça arrombarão as portas externas, bem como as internas e quaisquer móveis onde presumam que esteja oculta a pessoa ou a coisa procurada.

§ 2º Os oficiais de justiça far-se-ão acompanhar de duas testemunhas.

§ 3º Tratando-se de direito autoral ou direito conexo do artista, intérprete ou executante, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, o juiz designará, para acompanharem os oficiais de justiça, dois peritos, aos quais incumbirá confirmar a ocorrência da violação, antes de ser efetivada a apreensão.

Art. 843. Finda a diligência, lavrarão os oficiais de justiça auto circunstanciado, assinando-o com as testemunhas.

Os referidos artigos, por terem características cautelares não podem se desvincular desses procedimentos, pois, dependendo da ação proposta, e principalmente quando diz respeito a pessoas poderá trazer alguns riscos que se tornarão irreparáveis. Daí a necessidade de uma análise em relação à plausibilidade do direito, em que deverá constar na peça vestibular, demonstrando assim o dano irreparável e/ou de difícil reparação, citados nos artigos 273, inciso I, do CPC, *ipsis literis*, “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. Sendo que os mesmos são apresentados como pressupostos para a concessão de tal medida.

1.4. As Diversas Espécies de Busca e Apreensão

Baptista da Silva, Pinto Ferreira e Pontes de Miranda (*apud* LIBERATO PÓVOA 1999, p. 34.) elenca os cinco mais comuns casos de busca e apreensão são eles:

- De pessoas (menores, principalmente, e interditos);
- Para a entrega da coisa certa, móvel, em execução de sentença;
- Para a efetivação de sequestro legalmente decretado;
- No caso de recurso do réu para exhibir coisa, documento ou livro a que foi condenado a exhibir; e
- No caso de alienação fiduciária (art. 3º do Decreto Lei nº 911/69).

Póvoa (1999, p.34) decidiu englobar essas cinco espécies em somente três que julga importantes, que são: “a busca e apreensão de coisas, de menores e de bens adquiridos sobre alienação fiduciária”.

O processo de busca e apreensão possui algumas características importantíssimas, que valem ser destacadas incluindo-se:

- Dependência - o processo cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente (art. 796 CPC).
- Instrumentalidade - a medida cautelar tem um fim em si mesma (medidas satisfativas são exceções a regra), pois apenas servem ao processo principal. Assim a ação cautelar preparatória pressupõe que será proposta no prazo de 30 dias uma ação principal (art.806, CPC).
- Urgência - a cautela só deve ser acionada se está presente uma situação de perigo, ameaçando a pretensão.

Sumariedade de Cognição – não há uma análise profunda e detalhada das matérias que podem ser alegadas.

Provisoriedade – a medida cautelar não é definitiva, pois pode ser concedida liminarmente, durante ou no final (sentença) do processo cautelar ou processo principal (cognição exauriente).

Revogabilidade – pode ser revogada a qualquer tempo, por isso provisória.

Inexistência de coisa julgada material – sendo provisória não gera coisa material.

Fungibilidade – o juiz pode conceder a medida cautelar que pareça ser a mais apropriada para proteger o direito da parte, ainda que não corresponda a medida postulada.

Poder geral de cautela do juiz – a parte pode assegurar qualquer providência assecurativa e acautelatória, ainda que ela não tenha sido prevista (art.798, CPC).

Liminar inaudita altera parte – o juiz pode conceder tal medida sem ouvir o réu, quando verificar que este, quando citado, poderá torná-la ineficaz (art. 804, CPC).

Contra cautela – o juiz pode determinar que a parte preste caução real ou fidejussória no sentido de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, caso a parte queira entrar em uma aventura jurídica. Agir de má fé. (Processo Cautelar. disponível em: (Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Processo_cautelar. Acesso em 28/02/2011 as 10:28 h).

Assim, fica evidenciado que a medida da busca e apreensão possui características particulares, que se destacam desde o início da sua concessão até o julgamento final da lide. E ainda ressaltamos que tal medida antecedia aos Códigos Estaduais sendo circunscrita na esfera criminal e hoje faz parte de um dos livros do Código de Processo Civil, livro III, cujo título é processo cautelar, citados especificamente pelos artigos 839 a 843, proporcionando assim uma facilidade pela parte que necessita desta tutela jurisdicional.

Destacou-se nesse capítulo o histórico e o conceito da busca e apreensão enquanto processo cautelar, mas o foco principal deste trabalho acadêmico é discorrer sobre a busca e apreensão de menor, assunto que será discutido com mais ênfase no próximo capítulo.

2. NECESSIDADE DA BUSCA E APREENSÃO DE MENOR.

Antes de adentrarmos ao tema específico, é necessário anotar um pouco sobre o conceito de família e do poder familiar, principalmente em relação aos dias de hoje, em que o poder patriarcal cedeu lugar ao poder familiar. No direito Romano, a família era conhecida como o “*pater familias*”, conforme ensina o estudioso Gonçalves (2005, p.15), “o *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte”, podia desse modo vendê-los, impor-lhes castigo e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida”. Sabe-se que a realidade já não é mais a mesma, ou seja, a família moderna não segue os padrões convencionais de nossos pais. Nesse sentido, afirma Berenice Dias (2010, p.40) “pensar em família ainda traz em mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou, hoje estamos todos acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional”.

Sob a visão de Berenice Dias (2010), o conceito de família tem mudado muito nos últimos anos, havendo um pluralismo de relações familiares. A consagração de igualdade e a existência da liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento têm constituído entidades familiares como as de união estável, matrimonial, família monoparental, informal, homo afetiva, parental, pluri parental paralela e eudemonista. A família é essencial quando diz respeito à existência da sociedade, mesmo diante a tanta pluralidade desse conceito de suma importância, principalmente quando se fala de filhos, onde apesar de tudo o que se busca é a harmonia, o afeto e acima de tudo o melhor interesse dos mesmos.

Em se tratando da origem da família, ela sempre foi considerada como um fato natural, da união de duas pessoas, que possuem uma química especial, e com uma forte influência e importância em nosso meio social, cuja estruturação ocorre principalmente através do direito, sendo também conhecida como uma construção cultural por alguns estudiosos.

Ainda sobre o conceito de família, Berenice Dias (2010, p.27) afirma que:

A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos-, sem entretanto, estarem necessariamente ligados

biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o direito. É a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: lugar de Afeto e Respeito.

Com as reformas em nossa Constituição Federal de 1988, foram adotados valores que eram necessários frente a essas mudanças, fazendo assim uma revolução no Direito de Família, preservando-se a dignidade da pessoa humana. O artigo 226 da CF. *ipsis literis*: “entidade familiar, é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”.

Mediante essas alterações, horizontes foram ampliados quando se trata de família, principalmente quanto ao seu planejamento, fazendo com que ela se tornasse mais ampla por causa de sua função social, em nosso direito, até proclamando o direito de igualdade entre os cônjuges e os filhos. Desse entendimento Gonçalves (2005, p.19), esclarece:

[...] da disciplina concernente a guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta a determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; [...]

Quando se trata de “poder familiar”, há uma premissa de que a criança, ou os filhos menores necessitam de uma pessoa para ampará-los, defendê-los, educá-los e cuidar de seus interesses, até que adquiram idade suficiente para sobreviverem por si mesmos, de forma independente. Nesse aspecto preceitua o artigo 1.630 do Código Civil, *in verbis*: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Mas o poder familiar não é absoluto como nos tempos Romanos, pois hoje o detentor desse poder não poderá matá-los, e sim protegê-los e defendê-los sempre que necessitarem, velando por sua segurança.

A Constituição Federal em seu artigo 226, § 5º, dispõe o seguinte: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, e ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dispõe em seu art. 21, *ipsis literis*, “o pátrio poder deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”.

Conforme se vê, os direitos exercidos sobre sua família são iguais tanto para o homem quanto para a mulher e até mesmo na criação de seus filhos é exercida essa igualdade de condições. Somente no caso em que existam algumas divergências, estas que na maioria das vezes, aparecem frente à dissolução do casamento, ou da união estável, enfim, mediante tais situações, geralmente os pais entram em acordo, sobre a guarda e responsabilidade dos filhos, e aquele será seu guardião, ou como já foi dito, o detentor do poder familiar. Se ocorrerem divergências sobre o poder familiar, poderá recorrer à justiça, ao direito de família para regularizar a situação. Devendo ser levado em consideração o bem-estar do menor sempre.

É exatamente em função de algumas divergências a respeito do poder familiar, que um dos genitores busca por uma medida específica, conhecida como busca e apreensão de pessoas, que estão elencadas nos artigos 839 a 843 do Código de Processo Civil. Geralmente fazem o uso deste instituto durante a fase mais tensa da separação, pois “brigam” pelo poder familiar em relação a seus filhos, usando-os como barganha entre si. Nesse quadro, a busca e apreensão é arguida pela pessoa que é detentora do poder familiar ou por aquele que é legalmente responsável pelo menor, podendo utilizar-se desta medida para apreender incapazes que se encontram de forma indevida sob a guarda de quem não detém o poder familiar ou de quem não esteja legalmente investido na condição de responsável pelo incapaz, como frisa Póvoa (1999, p. 69), a respeito: “é medida de ampla utilização para apreender incapazes que se encontram indevidamente sob a guarda de quem não detém o pátrio poder ou não seja legalmente investido na condição de responsável pelo incapaz”.

Destacando que o art. 1634 do Código Civil firma que, *in verbis*, “compete aos pais, quando a pessoa dos filhos menores: VI- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha.” Ou seja, só se legitima o direito de reclamar o filho menor quando dirigido à pessoa que ilegalmente o detenha. A ação hábil, neste caso, é a medida cautelar de busca e apreensão prevista no artigo 839 do CPC.

É exatamente desse instituto ora investigado, que muitos genitores lançam mão de forma indevida, fazendo com que os filhos tenham sérios problemas psicológicos, pois nem sempre é resguardado o que realmente se entende sobre o bem estar e a formação do menor.

2.1. Busca e Apreensão de menor

A busca e apreensão de menores está em consonância com os artigos 839 a 843 do CPC, se destacando por se tratar de uma medida cautelar, onde é possível buscar e apreender pessoas ou coisas, com intuito de resguardá-las, ou apenas com o poder de acautelar a pessoa. Possui efeito de cunho provisório, pois pode ser revogada a qualquer tempo. Quem na verdade pode usar dessa medida é aquele detentor do poder familiar para apreender o incapaz que esteja indevidamente sob cuidados de outrem, não investido legalmente como responsável.

O ECA tem o entendimento de que se deve buscar sempre o bem-estar do menor, seja através dos institutos de guarda, tutela ou adoção. Segundo Viana, (*apud* PÓVOA, 1999, p.69), o campo de proteção jurídica é o seguinte:

A teleologia legal indica ao desenvolvimento da criança e do adolescente, cercado de cuidados e garantias materiais e morais, de tal ordem que lhe seja garantido o crescimento como ser humano, chegando à idade adulta em equilíbrio moral, espiritual, intelectual e físico, e socialmente adaptado (...). A criança e o adolescente têm merecido nos tempos que correm, uma atenção maior por parte dos pais. Já vai longe o tempo em que eles apenas obedeciam, não eram ouvidos, agindo os pais de forma absoluta (...). Nessa ótica, é de se compreender a importância da opinião da criança e do adolescente, a ser considerada. Previamente...

A criança ou o menor é um ser humano em formação e depende da ajuda de outras pessoas, principalmente dos pais para instruí-los com educação, respeito, amor e dignidade a fim de que cresça sem nenhum tipo de trauma psicológico.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 prevê essa proteção, *in verbis*:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Diante disso, é necessário um cuidado especial do Magistrado frente a um pedido dessa natureza, respeitando a opinião da criança e o bem estar do menor, para que a decisão proferida não o afete, e para que não traga prejuízos que a longo prazo poderão se tornar irreparáveis. Oliveira e Lacerda (1991, p. 150) comporta outras considerações:

A ação de busca e apreensão de filho menor, exercida por um dos pais em relação ao outro, casados ou não, se casados os pais do menor (não dissolvida a sociedade conjugal ou o vínculo do matrimônio), e se o direito de guarda foi preestabelecido, mediante acordo de sentença. A busca e apreensão poderá ser empregada em via principal, como forma de manutenção do status quo. Não casados os pais, há que considerar o disposto no artigo 16 do Decreto Lei nº 3.200 de 19.04.1941, com a redação da Lei 3.582/70: 'O filho natural enquanto menor ficará sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor'. A busca e apreensão em caráter principal poderá ser aforada pelo genitor que reconheceu o filho natural, ou pela mãe, conforme o caso, com vistas a manter a situação ilegalmente alterada pelo outro.

Com a evolução dos tempos e a criação do ECA, a criança passou a ser mais importante do que as vontades das partes, pois dependendo da decisão e mediante o convívio inadequado poderá frustrar o fim social dessa medida. Em decorrência deve prevalecer sempre a proteção do menor, observando-se em cada situação, ou em cada caso, as particularidades específicas para que não existam decisões em obediência a normas rígidas e frias ao pé da letra da lei, que poderão ser totalmente desastrosas para o menor em questão. Esse é o ideal do pós-positivismo que deixou de dar plena validade a aspectos legais.

Santos (*apud* PÓVOA, 1999, p.70), sobre a questão, destaca que:

A importância do interesse do menor é de tal ordem de grandeza, que se sobrepõe ao direito do pai no que respeita ao exercício do pátrio poder. Tanto é que para obter a busca e apreensão do filho que se ache em poder de outrem, ele tem que provar que sob sua guarda ele estará melhormente amparado.

Ainda Parizatto (*apud* PÓVOA, 1999, p.89) explica que "a busca e apreensão ocorre para a preservação e a conseqüente garantia de um direito verificável em ação própria e

principal". E Theodoro Júnior (*apud* PÓVOA, 1999, p. 29) diz que a busca e apreensão "não se presta, porém, a realizar direitos substanciais da parte, como sucedâneo de ação reivindicatória nem tão pouco, a solução definitiva do direito à guarda de menores e incapazes". Aqui os estudiosos destacam que em se tratando de busca e apreensão de menor, a mesma tem caráter provisório e preventivo, não podendo ter soluções de forma definitiva, pois é necessário se provar os fatos alegados durante o decorrer da ação.

Quando se trata de busca e apreensão de menor, o juiz deve observar o bem-estar e a formação da criança; sendo assim, necessária se faz a instrução do processo para a realização de um julgamento seguro e correto. Portanto parece inadmissível a liminar concedida em tal ação sem justificção e baseada somente nas declarações da peça vestibular. (Ac. Um. Da 1ª Cãm. Do TJMT de 08.11.1982, no Ag. 2.655, rel. Dês. Flávio José Bertin; RePro 74/303).

2.2. Natureza da Busca e Apreensão de Menor

Tratando-se da busca e apreensão de menor, abre-se um leque, onde existem três opções cabíveis, que podem ser: cautelar (preparatória), incidente ou satisfativa (autônoma), não existindo vínculo com qualquer outra ação.

No caso do caráter cautelar, a busca e apreensão é um meio de facilitar a execução de outra medida, sendo ajuizada antes do processo principal, preservando assim seus efeitos. Ela depende de uma ação principal, podendo ser revogada a qualquer tempo.

Carvalho Filho, (2007, p.86), sobre isso, afirma que:

Poderá servir para assegurar a exequibilidade do provimento jurisdicional principal. Quando o pai preocupado com os maus tratos que seu filho possa vir a sofrer enquanto sob a guarda de sua genitora, ajuizará ação de busca e apreensão preparatória ou incidente de pedido principal de guarda e destituição do poder familiar.

E ainda deve-se ter como requisito essencial apontado pelo art. 801, III, a menção da “lide (que é a ação principal) e seu fundamento”. A omissão desse requisito causa nulidade, conforme reiterada jurisprudência, sendo caso de inércia da inicial, que acarreta seu indeferimento. A propósito, confira-se:

“BUSCA E APREENSÃO - CAUTELAR - REQUISITOS - INÉPCIA DA INICIAL.

“- A ação de busca e apreensão postulada como processo cautelar específico não possui autonomia, uma vez que é preparatória de uma ação principal, devendo mencionar, sob pena de inépcia da inicial, a lide e seu fundamento.” (TAMG - 6.^a Câmara Cível - Agravo de Instrumento n. 7.912-6, de Varginha - Relator: Salatiel Resende, v.u.) (Fonte: Revista Forense, Vol. 312, Jurisprudência Civil - p. 153) (g.n.)

Também se faz necessária a exigência dos pressupostos específicos das ações cautelares. Assim cita o art. 798 do CPC, *ipsis literis*: “[...] poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de dano de uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”. Em relação à natureza cautelar da busca e apreensão, Carvalho Filho (2007, p.86), esclarece que a “busca e apreensão... poderá servir também para assegurar a exequibilidade do provimento jurisdicional principal. Nesse caso em que serve ao próprio processo cautelar, para preservar-lhe seus efeitos frente à eminência do risco de prejuízo”. Theodoro Júnior (2005, p.285), também esclarece que “o procedimento regido pelos artigos 839 a 843 é exclusivamente, o da busca e apreensão cautelar”. Em se tratando da apreensão de coisa ou de pessoa, não se executa apenas se acautela, pois limita seus direitos sobre ela, de modo que exija a propositura de uma ação principal, mediante o direito assegurado no prazo de 30 dias da data de sua efetivação, caso contrário terá caducidade assim como cita o art. 806 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Cabe a parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta dias), contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”. “Para que haja uma efetivação do instituto e continue tendo validade o deferimento de forma ainda que provisória, existe um prazo para ser proposta uma ação principal, se não for impetrada nesse prazo, cessa os efeitos da busca e apreensão”. Nesse sentido Carvalho Filho (2007, p. 86) afirma que:

A medida cautelar de busca e apreensão é destinada a assegurar o bem envolvido no processo para ser entregue a quem sobre ele tiver o direito, daí o seu caráter instrumental. A apreensão da coisa ou pessoa é medida constritiva, que limita os direitos sobre elas, de modo que, em face dessa sua natureza, exige a propositura da ação principal, cujo direito foi assegurado, no prazo de caducidade do artigo 806 do Código de Processo Civil (30 dias da data da efetivação), para que não se eternize a medida provisória concedida como medida cautelar.

Diante da citação acima, ainda podemos dizer, que a busca e apreensão é subsidiária a outras medidas, pois servirá para assegurar a exequibilidade do provimento principal. Assim também compartilha Theodoro Júnior (2005, p.285), dizendo que “é cautelar quando serve à atuação de outras medidas cautelares ou quando por si só desempenha a função de assegurar o estado de fato necessário à útil e eficiente atuação do processo principal, diante do perigo da mora”.

A ação de busca e apreensão cautelar também é marcada por ter característica provisória, isso significa que pode ser revogada a qualquer tempo pelo próprio magistrado que a concedeu, desde que ele perceba a inexistência dos requisitos que a sustentam. Art. 807 do CPC, *in verbis*, “as medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal, mas podem a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”, e ainda pode também ser substituída como dispõe o art.805 do CPC, *ipsis literis*, “a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”. E ainda em relação à busca e apreensão cautelar é que se faz necessário a propositura de uma ação principal no prazo de 30 dias a contar da data da efetivação da medida, e se caso não for proposta pelo requerente nesse prazo ela será extinta sem o julgamento do mérito.

Sobre o tema específico, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu:

Tratando-se de medida cautelar de busca e apreensão de menor, a convivência e o bem-estar das crianças ainda recomendam a manutenção dos filhos no atual estado, com a preservação da sua guarda na companhia paterna, uma vez que, com o direito de visitas disciplinado, não se impede a convivência também com mãe, ausentes as provas de maus-tratos ou riscos para justificar a

mudança da guarda. Na ação principal, amadurecidos os fatos, poderão estabelecer as partes critérios que preservam ainda mais os interesses dos filhos. A disciplina parta a parte, prevalecendo sempre o interesse dos menores. Pelos fatos colhidos na instrução do processo, não há motivos que justifiquem a medida pleiteada. (Ac. Um.da 2ª Câ. Do TJSP de 01.08.1995, na Ap.235.814-1/8, rel. Dês. Laert. Caramenha; Adcoas, de 10.11.1995, n. 8000135)

No caso do caráter satisfativo, a busca e apreensão serve simplesmente para satisfazer um direito já existente. Devendo ser decorrente da força de sentença, como cita Carvalho Filho (2007, p. 87), “busca e apreensão de menor, sob a guarda de terceiros- CC, art. 1.634, VI [...]”. Podemos citar como exemplo os pais que tiveram seus filhos retirados por terceiros, e em seguida entram com uma ação de busca e apreensão de menor para conseguirem seu filho de volta. Nessa situação o procedimento será em caráter definitivo. Nesse caso não seria necessário ajuizar uma ação principal para se discutir o mérito, sendo esta considerada como ação autônoma, com caráter definitivo, de cunho satisfativo, pois não necessita de outra ação qualquer. Nesse sentido é por certo justificar que não é necessária a existência do pressuposto de risco de dano iminente (*periculum in mora*) para que seja concedida a liminar.

Assim a busca e apreensão de caráter satisfativo, cuja decisão possui força de sentença, é concedida de forma definitiva, pois nela nada se acautela, ela simplesmente se executa, dispensando assim a análise prévia dos requisitos tidos como essenciais à busca e apreensão, que nesse caso serve a correta realização de um direito se exaurindo com a entrega dos bens, dispensando assim a propositura de uma ação principal, nesse sentido destaca o Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba:

Se o pedido de busca e apreensão tem natureza satisfativa e por isso tipifica verdadeira ação, não pode ser recebido como medida cautelar. Dessa forma, a inicial está dispensada de cumprir a formalidade prevista no inc. III do art. 801 do CPC (Ac. da 2ª Câ. do TJPB de 18.12.1995, na Ap. 95.002403-1, rel. Des. Almir Carneiro da Fonseca; Rev. do Foro 94/211)

Segundo Carvalho Filho (2007, p. 86/87): “Quando a pretensão a busca e apreensão visar a realização de direito substancial da parte, de forma definitiva, terá caráter satisfativo.” (alienação fiduciária-Decreto-lei nº 911/66 - Busca e Apreensão de menor, sob a

guarda de terceiros - C.C. Art. 1.634, VI - e venda a crédito com reserva de domínio- C.P.C., art. 1.071). Afirma ainda, que a busca e apreensão não é medida preventiva, quando por exemplo, a medida serve ao próprio processo cautelar, para preservar-lhe os efeitos. Desse entendimento também compartilha Theodoro Júnior (2005, p. 285) dizendo que “é medida satisfativa quando serve não à hipotética eficiência do processo, mas a concreta realização de um direito, como, por exemplo, no caso de execução para entrega de coisa certa (art.625), ou no da sentença de mérito que determine a guarda definitiva do incapaz a uma das partes ou a terceiro”. Assim entende-se que, enquanto natureza satisfativa, ela dispensa o pressuposto *periculum in mora*, devendo ser concedida de forma definitiva pela satisfação do direito apresentado mediante execução de sentença, pois servirá para realização concreta de um direito já existente, que decorre de força de sentença.

No caso de caráter incidental, Theodoro Júnior (2005, p.286) afirma que: “isto é, no curso da ação principal, mas sempre em caráter preventivo ou provisório”. Sendo assim ela somente terá esse caráter se for concedida no curso de uma ação principal, ou seja, de uma ação já existente.

2.3. Competência

Em se tratando de competência em cautelares se deve seguir a regra do artigo 800 do CPC, “quando preparatória, deve ser ajuizada perante o juiz competente para conhecer da ação principal, e quando incidente, ao juiz da causa.”. Nesse sentido, Póvoa (1999, p.72) aduz: “a exemplo das demais cautelares, segue-se regra do art. 800 do CPC. *in verbis*, diz que “as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.”

Theodoro Júnior (2005, p.288) diz que “[...] na busca e apreensão de incapazes a vinculação dá-se ao processo que institui a tutela ou curatela, de maneira que o juiz competente é o dessas ações e não o domicílio do tutor ou curador”. O referido artigo, deixa claro que a regra geral da competência é do juiz que conhece da ação principal.

2.4. Os Pressupostos da Busca e Apreensão

A busca e apreensão enquanto cautelar é uma tutela jurisdicional com finalidade somente de assegurar o bem ou a pessoa por prevenção ou por segurança, em situação de emergência onde exista a possibilidade do perigo eminente em face da pretensão. E para que se consiga essa tutela jurisdicional é necessária a presença de alguns pressupostos específicos da tutela pretendida. Segundo Theodoro Júnior (2005, p. 286) são eles: “a) fundado receio de dano jurídico (*periculum in mora*, ou perigo da demora); e b) interesse processual na segurança da situação de fato sobre que deverá incidir a prestação jurisdicional definitiva (*fumus boni iuris*, ou, simplesmente, direito ao processo principal)”. Nesse sentido dispõe os artigos 273, inciso I, do CPC, *in verbis*, “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. Sendo que os mesmos são apresentados como pressupostos para a concessão de tal medida.

Portanto, a tutela pretendida deve ser proposta somente em caráter de urgência, sendo imprescindíveis os pressupostos, *periculum in mora*, ou perigo do dano e/ou o fundado receio de dano jurídico, conhecido pelo seu caráter de urgência, e a fumaça do bom direito ou o *fumus boni iuris* sendo um direito estendido ao processo principal. Sendo estes requisitos necessários a admissibilidade dessa medida. Assim se faz necessário constá-los na peça vestibular, para que o magistrado possa deferir tal pedido.

Nesse sentido, Póvoa (1999, p. 34) esclarece que:

A busca e apreensão regida pelos artigos 839 a 843 do CPC e subordinada ao rito dos artigos 801 a 803 é unicamente cautelar, devendo seguir o rito comum das cautelares, só podendo ser deferida após a comprovação cabal do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sempre instrumentalizando o processo principal; quando o requerente propõe a ação de mérito, não pode pretender a busca e apreensão com mero pedido incluído incidentalmente na inicial, porque a cautelar exige processo próprio, inacumulável com a ação de mérito, devido à inadequabilidade de procedimento.

As afirmações acima se relacionam com o procedimento tipicamente cautelar da busca e apreensão, e é no caráter cautelar que ela apresenta seu cunho provisório e

preventivo, porque o que se pretende com a ação cautelar de busca e apreensão que não seja satisfativa, é garantir o resultado útil do processo a de uma ação a ser proposta dentro do prazo estabelecido em lei. Assim evita-se que a força do tempo ou a presença de alguns comportamentos da outra parte consiga impor o perecimento do bem ou do direito que deverá ser disputado em uma ação principal.

2.5. Procedimento

Os artigos 839 a 843 deixam claro o procedimento da busca e apreensão como medida cautelar. Theodoro Júnior (2005, p. 288), fala sobre o procedimento como sendo “medida precedente (preparatória) ou como incidente de processo já em curso, a busca e apreensão é forma de ação que deve ser autuada a parte, com oportuno apensamento aos autos principais (art. 809)”. Carvalho Filho (2007, p. 88) afirma que “a petição inicial da ação cautelar deverá preencher os requisitos dos artigos 282, 283, 801 e 840 do Código de Processo Civil”. Se não estiver dentro dos requisitos supracitados, a petição poderá ser considerada pelo juiz como inepta. Ressalta-se também que os artigos específicos para a concessão da ação de busca e apreensão de coisas e de pessoas, estão elencados nos artigos 839 a 843 do CPC, e com isso se faz necessário o uso de forma correta a partir dos artigos referidos.

O artigo 840 do CPC, *in verbis* diz que, “na petição inicial exporá o requerente as razões justificativas da medida e da ciência de estar a pessoa ou a coisa no lugar designado.” Isso quer dizer que é necessário que o requerente exponha na inicial as razões que justificam tal pedido e ainda informe o local exato em que se encontra a pessoa ou a coisa a ser acautelada.

Para que seja proposta esta tutela jurisdicional é necessário demonstrar na petição inicial os requisitos explícitos no artigo 801 do CPC, *in verbis*:

- O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará:
- I. a autoridade judiciária, a que for dirigida;
 - II. o nome, o estado civil, a profissão e a resistência do requerente e do requerido;
 - III. a lide e seu fundamento
 - IV. A exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão;
 - V. As provas que serão produzidas.

O referido artigo esclarece que para pleitear tal medida é necessário que o requerente indique a lide principal e o seu fundamento, para que assim possa “convencer” o juiz do direito a ser acautelado. Caso contrário a petição inicial será inepta, pois ela será somente satisfativa. Sendo assim, comprovados os princípios exigidos para a propositura dessa ação, o juiz poderá conceder liminarmente o pedido pleiteado pelo requerente. Caso contrário, o artigo 841 do Código de Processo Civil, *in verbis*, conclui que, “a justificação prévia será realizada em segredo de justiça, se for indispensável.” Com isso se o juiz não conceder em forma de liminar será realizada uma audiência de justificação prévia que ocorrerá em segredo de justiça para que essa medida não seja frustrada.

Sobre o tema, Carvalho Filho (2007, p. 88) deixa claro que:

O juiz poderá conceder liminarmente a medida pleiteada, quando comprovados de plano os requisitos legais exigidos. Caso contrário, designará audiência de justificação prévia (CPC, art. 841), em segredo de justiça, para que a execução da medida, se eventualmente concedida, não seja frustrada.

Após a audiência de justificação e o convencimento do juiz da pretensão exposta, poderá conceder liminarmente ou através de sentença, a medida que deve ser cumprida após a expedição de um mandado de busca e apreensão, em que deverá constar os requisitos exigidos no artigo 841, incisos I, II, III, do CPC, observando também o artigo 842 e seus parágrafos, para que se obtenha êxito no cumprimento da medida.

Theodoro Júnior (2005, p.289) diz que “o juiz, no entanto quando julgar indispensável a justificação das razões da busca e apreensão, determinará que esta se processe em segredo de justiça, unilateralmente (art.841), o que se fará nos próprios autos da medida cautelar”. Este estudioso afirma que o juiz deve analisar as justificativas presentes nos autos e se não se convencer, solicitar ao requerente que apresente outras razões, determinando assim que esse processo siga em segredo de justiça, para que não frustre a tentativa da busca e apreensão.

Quando explana sobre busca e apreensão de natureza satisfativa, Theodoro Júnior (2005, p. 290) afirma que, “autorizada nos casos de expressa previsão legal, não

depende, ordinariamente, do procedimento ora apreciado. Executa-se, automaticamente, como consequência do próprio mandado que a pressupõe”.

Sobre o assunto, Póvoa (1999, p.73) conclui que:

A jurisprudência (sempre chamando à atenção para a cautela na busca e apreensão de menores, pelo prejuízo que poderá acarretar-lhes) pende para admitir o rito cautelar na busca e apreensão de incapaz, mesmo na hipótese de assumir caráter satisfativo (RT627/101).“Ressalvadas as hipóteses do Decreto-lei nº 911/69, dos artigos 605,905 e 1.124 do CPC, a busca e apreensão não se apresenta como processo independente, que visa a satisfação do direito material da parte, pois terá então a função subsidiária de cautela, servindo ao processo onde se dará a composição efetiva do litígio”. (Amagis 11/228 e, no mesmo sentido RT 622/118).

É necessário que o procedimento esteja conforme os artigos 839 a 843 do Código de Processo Civil. Existe uma preocupação nítida em relação aos artigos 842 e 843 do Código de Processo Civil, pois em se tratando da apreensão de incapazes, é possível uma grande comoção entre os familiares e até mesmo em relação ao menor, por isso faz-se necessária a presença de assistente social, e outros para que se consiga ao menos amenizar os problemas que poderão surgir durante seu cumprimento. Deve ainda existir a presença de dois oficiais com duas testemunhas, e com expressa autorização do juiz, pois caso contrário, deverão responder pelo crime do art. 150 do Código Penal, *in verbis*, “art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa”.

Conforme Theodoro Júnior (2005, p.290) nascerá à possibilidade de contestação, nesses termos:

O liminar deferimento da busca e apreensão não elimina a possibilidade de contestação pelo promovido após o cumprimento do mandado, e dentro do prazo do art. 802. se isso se der, o feito assumirá o rito preconizado pelo art. 803, culminando por sentença que confirmará ou revogará a medida liminarmente decretada. O pedido de citação do requerido é, como se vê, requisito indispensável da petição inicial.

Quando a medida for concedida de forma liminar o requerido tem a chance de entrar com contestação no prazo de 05 dias após a juntada do mandado devidamente cumprido nos autos. Sendo assim, necessária é como requisito indispensável a citação do requerido na petição inicial, para que se tenha conhecimento da ação e se consiga contestá-la no tempo exigido por lei, pois caso contrário, não se teria conhecimento e então presumir-se-iam como verdadeiros os fatos alegados pelo requerente.

Ainda Theodoro Júnior em consonância com os artigos do CPC (2005, p.290), afirma que: “incide sobre a parte que obtém medida cautelar de busca e apreensão em caráter preparatório, o dever de ajuizar a ação principal no prazo do art. 806, sob as cominações do art. 808, nº I, e 811, nº III (perda de eficácia e responsabilidade civil)”.

Para que a medida de busca e apreensão seja concedida em caráter cautelar, é necessário ser de cunho preparatório, ou seja, deve ter o objetivo de assegurar à pessoa e o dever de resguardar e cuidar do menor para que no prazo de 30 dias após a sua concessão, seja ajuizada outra ação, sendo que esta irá discutir a guarda do menor em questão. Por isso seu caráter preparatório, pois, caso contrário perderá sua eficácia.

2.6. Direito Não Absoluto do Pai ou da Mãe

Como já vimos, o direito não é absoluto do pai ou da mãe, a Constituição Federal em seu artigo 226, § 5º, dispõe sobre isso, *in verbis*, “os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. E ainda nesse sentido o art. 21 do ECA afirma que: “o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe [...]”. Frente a esta exposição conclui-se que ambos os genitores possuem igualdade de condições em relação aos seus filhos e ainda percebe-se que outras pessoas da família, como tios, avós, irmãos, outros, na falta dos pais, podem ser a melhor opção como detentores do poder familiar.

Ainda sobre a matéria, Póvoa (1999, p. 72) diz o seguinte:

Assim é que o juiz deve analisar todas as circunstâncias, e, sempre que possível, ouvir o menor, para entregá-lo à guarda de quem lhe pareça estar em melhores condições de norrear sua vida, em todos os sentidos. A cautela deve ser sempre a tônica, pois pode ocorrer que os detentores do menor

possam influenciá-lo com agrados e promessas de presentes para angariar sua simpatia, devendo o juiz ser bastante prudente ao ouvir a criança, sempre a sós, quando estará ela livre de qualquer influencia ou de justificável temor reverencial.

Ainda nesse sentido, vale ressaltar a tônica dos mais contemporâneos posicionamentos pretorianos, inclusive do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE GUARDA DE MENORES AJUIZADA PELO PAI EM FACE DA MÃE. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. MELHORES CONDIÇÕES.

- (...)

- A guarda deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, maior aptidão para propiciar ao filho afeto – não só no universo genitor-filho como também no do grupo familiar e social em que está a criança ou o adolescente inserido –, saúde, segurança e educação. - Melhores condições, para o exercício da guarda de menor, evidencia, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável, sendo que o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor deve estar perfeitamente equilibrado com todos os demais fatores sujeitos à prudente ponderação exercida pelo Juiz que analisa o processo. Aquele que apenas apresenta melhores condições econômicas, sem, contudo ostentar equilíbrio emocional tampouco capacidade afetiva para oferecer à criança e ao adolescente toda a bagagem necessária para o seu desenvolvimento completo, como amor, carinho, educação, comportamento moral e ético adequado, urbanidade e civilidade, não deve, em absoluto, subsistir à testa da criação de seus filhos, sob pena de causar-lhes irrecuperáveis prejuízos, com sequelas que certamente serão carregadas para toda a vida adulta.

- Se o conjunto probatório apresentado no processo atesta que a mãe oferece melhores condições de exercer a guarda, revelando, em sua conduta, plenas condições de promover a educação dos menores, bem assim, de assegurar a efetivação de seus direitos e facultar o desenvolvimento físico, mental, emocional, moral, espiritual e social dos filhos, em condições de liberdade e de dignidade, deve à relação materno-filial ser assegurada, sem prejuízo da relação paterno-filial, preservada por meio do direito de visitas.

(...)

- Considerado o atendimento ao melhor interesse dos menores, bem assim, manifestada em Juízo a vontade destes, de serem conduzidos e permanecerem na companhia da mãe, deve ser atribuída à guarda dos filhos à genitora, invertendo-se o direito de visitas. - Os laços afetivos, em se tratando de guarda disputada entre pais, em que ambos seguem exercendo o poder familiar, devem ser amplamente assegurados, com tolerância, ponderação e harmonia, de forma a conquistar, sem rupturas, o coração dos filhos gerados, e, com isso, ampliar ainda mais os vínculos existentes no seio da família, esteio da sociedade. Recurso especial julgado, todavia, prejudicado, ante o julgamento do mérito do processo”. (Ac. Um.da 2ª Câm. Do TJSP de 01.08.1995, na Ap.235.814-1/8, rel. Dês. Laert. Caramenha; Adcoas, de 10.11.1995, n. 8000135)

Conforme a Constituição Federal, os pais possuem direitos iguais inerentes aos filhos menores, mas quando um deles dá entrada em um pedido de busca e apreensão de menor o juiz deve levar em consideração não a vontade dos pais, e sim o bem estar do menor. Analisando qual dos genitores revele melhores condições de oferecer uma vida digna e saudável e ainda levar em consideração o ambiente em que o menor já se encontra inserido. Melhores condições estas que podem oferecer ao infante uma vida segura, tranquila, digna de um ser em formação.

No próximo capítulo destacaremos sobre o pedido da liminar *inaudita altera pars* concedida no processo de busca e apreensão de menor.

3. A LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARS*

Este é um tema bastante polêmico entre os doutrinadores, pois se relaciona com a possibilidade de se conceder ou não um pedido liminar, antes de ouvir a outra parte. Nesse aspecto, pode o juiz conceder uma decisão antes de ouvir o réu? Diante disso, o doutrinador Orione Neto (2002, p.142) expõe alguns nomes de estudiosos que se contrapõem:

Uns admitem incondicionalmente o deferimento liminar *inaudita altera pars* – é o caso de Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery, Luiz Guilherme Marinoni, Carlos Francisco Buitensbender, Humberto Theodoro Júnior e José Roberto dos Santos Bedaque, dentre outros. Em sentido contrário, porém, perfilham-se autores de nomeada, como Sérgio Bermudes, Calmon de Passos, Reis Fried e Pestana de Aguiar, dentre outros.

Percebemos então divergências entre doutrinadores, mas também são vários os que partilham da ideia de que a concessão dessa liminar é considerada extremamente importante em nosso ordenamento jurídico brasileiro. Por isso só poderá ser deferida após a citação do réu. Sendo possível ser concedida antes da citação, somente em casos de extrema urgência, evidenciando os pressupostos necessários para sua concessão, pois para eles se for concedida sem ouvir a outra parte, fere o princípio do contraditório e da ampla defesa.

No âmbito jurídico, o termo processo, é conhecido como sendo um instrumento de composição de conflito, onde para que haja uma sequência ordenada de seu andamento se faz necessária, a presença de um princípio de suma importância, que é o princípio do contraditório. Processo, na visão de Didier Jr. (2007, p. 42) “é considerado também como um instrumento de “pacificação social, que se realiza sob o manto do contraditório”, por isso o princípio do contraditório é inerente ao processo, considerado como um dos maiores princípios constitucionais quando falamos em direito processual, e sua base legal se encontra no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade,

nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O referido artigo assegura a igualdade entre as partes e o direito da ação, oferecendo a ambos o direito ao contraditório e a ampla defesa. Com isso, as partes possuem o direito de buscar em juízo o que lhe é devido na forma da lei, assegurando o seu direito de defesa, considerado como direito fundamental de ambas as partes, que nada mais é do que manifestação das partes. Nesse sentido Orione Neto (2002, p. 82), afirma que “todavia, não é suficiente a garantia formal do contraditório. Ele deve ser efetivo, isto é, deve haver uma real participação das pessoas no processo, e equilibrado, ou seja, deve haver igualdade das partes”. E ainda nesse diapasão, Didier Jr (2007, p. 43) afirma que “a faceta básica, que eu reputo a formal, é a da participação; a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo”.

Câmara (2010, p.72) conceitua o contraditório como sendo “uma garantia política de legitimidade do resultado da atividade estatal. Só se consideram legítimos os efeitos de uma decisão judicial se a mesma é eficaz em relação às pessoas que tiveram a oportunidade de participar do processo em que tal decisão foi proferida”. Com isso, entende-se que só se considera legítima a decisão proferida quando se concede oportunidade à outra parte para se expressar sobre o litígio em questão. E quando falamos na concessão da medida *inaudita altera pars* em um processo de busca e apreensão de menor, se faz presente um conflito entre a efetividade e o princípio do contraditório, pois todos são tutelados constitucionalmente. Até porque o artigo 461, § 3º do CPC, é taxativo ao afirmar que:

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em discussão fundamentada.

A liminar *inaudita altera pars*¹ possui caráter de urgência em favor da parte requerente, com interesse superior da própria eficiência da tutela jurídica que o Estado realiza

1 Conforme o entendimento de Fabrício (*apud*, Orione Neto, 2002,p.8) “liminar é só o provimento que se emite *inaudita altera parte*, que significa, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação.

por meio do processo. É um instrumento em que é concedida sem que se ouça a outra parte do processo em questão. Assim entende-se que a outra parte não tem conhecimento da ação proposta contra ela, deixando assim de apresentar sua defesa. Frente a essa situação, se faz necessário um maior rigor em relação a verificação da existência dos requisitos tidos como essenciais, que devem ser analisados, para que o magistrado conceda uma decisão de suma importância, frente aos princípios gerais que norteiam o nosso Código. Por isso o artigo 461, § 3º do CPC, é taxativo ao afirmar que:

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em discussão fundamentada.

Friede (2002, p.104) afirma que, o conceito fundamental enquanto tutela Liminar é:

Em termos precisos uma garantia, uma segurança, uma cautela que visa exclusivamente a assegurar a efetividade da sentença meritória, permitindo que a mesma - após o regular transcurso temporal necessário para a sua perfeita prolação - guarde a sua incerteza e não se torne, pro efeito, inócu.

E ainda, Câmara (2010, p.70) afirma que, a liminar *inaudita altera pars*, “trata-se de medida excepcional, que só poderá ser concedida em casos extremos, pois estabelece uma contradição ao contraditório”. Observa-se então que esse instituto é usado para que possa garantir a segurança em relação ao que foi tutelado, cujo efeito, é de assegurar durante o curso normal de um processo pelo lapso de tempo, a eficácia da sentença que será prolatada ao final de um processo. E ainda conforme o entendimento do Processualista Orione Neto, (2002, p. 07), “liminar [...] deriva do latim *liminares*, para significar tudo que se faz inicialmente, em começo: que exprime desde logo, sem mais tardança, sem qualquer outra coisa”. Antecipando assim sua concessão ainda que de forma parcial ou totalmente, e de forma provisória, os efeitos de uma sentença final. Também o artigo 273, caput do CPC, *in verbis*, deixa claro o conceito de liminar:

Art. 273. O juiz poderá a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convençam da verossimilhança da alegação e:
I- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou
II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Antecipar a decisão é dizer que será concedida ao litigante um pedido antes do outro antecipando os efeitos de um pedido final, que poderia vir a ocorrer no final de um processo. Ou seja, o juiz simplesmente decide sobre o pedido da parte antes de ser prolatada a sentença final, já antecipando seus efeitos. Conhecida também pelos nossos legisladores como uma forma de solucionar o litígio em questão, de forma extremamente rápida diante da demora da prestação jurisdicional em nosso país. Tendo ainda que se observar os pressupostos legais, como a prova inequívoca, verossimilhança da alegação e *periculum in mora* (perigo da demora).

Orione Neto (2002, p.147) esclarece que, “a tutela antecipada pode ser concedida *in limine litis* ou em qualquer fase do processo *inaudita altera pars*. O conceito de probabilidade demonstrado autoriza a concessão da liminar”, *ibidem*, ainda afirma sobre o princípio elementar da hermenêutica, “onde a lei não distingue, não é lícito ao intérprete fazê-lo”.

De acordo com Carvalho Filho (2007, p.36), “a liminar nos ensina que será concedido pela sentença. No processo cautelar, a liminar tem sempre natureza cautelar, pois antecipa a providencia cautelar que será concedida pela sentença cautelar”. Entende-se então que ela simplesmente antecipa algo provisório que está por vir de forma definitiva, podendo assim assumir seu aspecto acautelatório.

O fato de ser concedida com tamanha urgência se deve ao simples fato de que, se a outra parte tiver conhecimento da existência dessa ação, ela poderá frustrá-la, podendo assim torná-la ineficaz. O juiz, nesse caso, poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer. Há previsão de que o juiz, se não tiver pleno convencimento do pedido sob análise, possa concedê-la após a justificação prévia do requerente. Em face disso, dada a importância, aponta-se abaixo o teor dos artigos 797 e o 804 do CPC, *ipsis literis*:

Art.797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem audiência das partes.

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

E ainda no § 1º, do citado artigo, *in verbis*, há previsão de que, “na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”, Conforme abordado, o conceito de liminar é simplesmente uma medida que antecipa ainda que provisoriamente, de forma total ou parcial, os pedidos feitos pelo requerente na peça vestibular, desde que preencha os requisitos necessários à obtenção da mesma, devendo o juiz expor com clareza as razões que o levou a conceder uma decisão de suma importância, principalmente quando envolver interesses de pessoas em especial menores.

Em se tratando da prestação de caução, seria uma garantia de ressarcir os prejuízos que o réu possa vir a sofrer no final da lide, em relação aos seus efeitos. Desse entendimento partilha o mestre Calamandrei (*apud*, ORIONE NETO, 2002, p.255), ao anotar o seguinte: “para garantir a reparação dos danos àquele a quem se haja interrompido ou reduzido a fruição de um bem em virtude de uma medida provisória, pode esta fazer-se acompanhar de uma medida de contra-cautela, isto é, a ordem ao autor de prestar caução”. Desse modo se percebe o quão é importante esse instituto, pois deve restabelecer o equilíbrio das partes envolvidas no processo, que foram causados frente a uma concessão dessa medida.

Theodoro Júnior (*apud*, ORIONE NETO, 2002 p.148/149) deixa claro sua visão frente a uma concessão de pedido dessa natureza, afirmando que:

Com efeito, a providencia de que se cuida pertence ao grande campo das medidas liminares já conhecidas e adotadas de longa data em nosso processo civil e que sempre admitiram deferimento *in limine litis*. O que se fez o art. 273 do CPC, em seu novo texto, foi simplesmente criar uma previsão genérica para essa modalidade de tutela, que, assim, deixou de ser apanágio apenas de alguns procedimentos especiais para converter-se em remédio utilizável em qualquer processo de conhecimento, ordinário, sumário ou especial, desde que presentes o requisitos traçados pelo novo dispositivo de lei. O que realmente quis o art. 273 do CPC foi deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que não há um momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da antecipação de tutela. Poderá tal ocorrer no despacho da inicial, mas poderá também se dar ulteriormente, conforme o

desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória.

Barros Dias (*apud*, FRIEDE, 2002, p.110), afirma o seguinte sobre a natureza da liminar:

Não há dúvida da natureza acautelatória que se encontra revestida a liminar, seja no processo cautelar, seja no de conhecimento quando autorizado por lei e satisfizer esses requisitos, seja, afinal, no mandado de segurança, pois estão presentes como forma consolizadora desse posicionamento as características de instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade e autonomia.

O processualista supracitado refere-se sobre a natureza da liminar, afirmando que, ainda que seja concedida no processo cautelar ou de conhecimento, quando houver atitude omissiva ou comissiva do réu, devendo ainda satisfazer os requisitos exigidos, e ainda afirma que é considerada como sendo um instrumento para a satisfação de algo urgente, podendo ser também provisório, e revogável a qualquer tempo, cujo procedimento é autônomo. Se não for observada a presença dos requisitos não poderá ser concedida, pois daria ao litigante de má fé a possibilidade de algo que colocaria os interesses do outro em risco.

Orione Neto (2002, p. 223) afirma que “a liminar, além de poder ser concedida *inaudita altera parte*, pode ser deferida após a citação do réu. Com efeito, nada impede o juiz de conceder a liminar após o réu apresentar sua contestação, caso se convença da sua necessidade”. Destarte que a concessão da liminar, pode ser concedida após a apresentação da contestação do réu desde que se faça necessário e o magistrado não se convença da alegação apresentada pelo requerente, assim deixa de ser concedida de ofício. Nesse caso ela será concedida de forma incidente, ou seja, quando o processo já estiver em andamento.

Conceder um pedido de liminar que não seja a *inaudita altera pars* nem sempre significa que a parte, no caso o requerente, será vencedor dessa demanda, pois durante o processo, poderá o juiz através de provas, sejam elas documentais ou testemunhais, obter outra visão do litígio em questão, onde a sentença poderá ser a favor do requerido e não do requerente. Nesse caso é possível que ocorram danos ao requerido, que poderão ao longo do

tempo se tornar irreparáveis, por isso a sua grande importância em nosso ordenamento jurídico. Mas em se tratando de liminar *inaudita altera pars*, servirá para assegurar o provimento do processo final.

3.1. Pressupostos Legais

A liminar se faz presente nos processos cautelares cujo caráter é de urgência, com o fim de acautelar o bem ou a pessoa. Tendo como função evitar uma lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte garantindo assim o direito da prestação jurisdicional de forma efetiva. Nesse sentido afirma Fried (2002, p.216):

A concessão de liminar, tanto em mandado de segurança, como na qualidade de antecipação da tutela cautelar, é medida de absoluta excepcionalidade, por consequência, nítida vinculação à efetiva presença de todos os pressupostos indispensáveis- o que inclui, além dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, a concreta e indiscutível relevância dos motivos alegados em combinação com a não produção do denominado *periculum in mora inverso* (incluindo neste conceito a não-produção da chamada “grave lesão à ordem pública), além do requisito específico para a concessão de antecipações cautelares em forma de liminar prevista no art.804 do CPC - e, jamais pode ser deferida- *ainda que mediante caução* – quando ausentes quaisquer dos requisitos apontados, que se encontram expressos ou implícitos na atual legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, independente da vontade, imposição de ordem moral, senso de justiça ou qualquer outro condicionante subjetivo que possa estar adstrito ao magistrado no momento de seu julgamento.

Enquanto liminar cautelar, ela assegura e conserva o bem antes do processo principal, garantindo assim a eficácia do mesmo, sendo necessária a presença de alguns requisitos, como o *periculum in mora* (perigo da demora) e o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito). É imprescindível a presença principalmente do *periculum in mora*, que significa evitar dano grave e de difícil reparação, ou ainda um fundado receio de dano jurídico ao direito de uma das partes, como disciplina o art. 798 CPC:

Além dos procedimentos cautelares, específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do

juízo da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Segundo a visão de Orione Neto (2002, p.226), sobre a admissão das providências cautelares, afirma que:

Exige a verificação de certos requisitos, a fim de que o réu não fique inteiramente a mercê das veleidades e caprichos do autor, ou por outras palavras, a fim de que haja segurança de que as cautelas pedidas pelo autor são realmente justificadas e não constituem uma violência inútil ou desnecessária. É dever do juiz, antes de decretar a providência, certificar-se de que concorrem os requisitos ou as condições prescritas na lei. E para a concessão das medidas cautelares seja ela nominada ou inominada, é mister, imprescindível mesmo, a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Ainda na visão do doutrinador Orione Neto (2002), o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), significa a probabilidade da existência de um direito material a ser solicitado na ação acautelada. Reclama o magistrado um juízo de mera probabilidade ou verossimilhança. O “*fumus*” significa fumaça, “*boni*” significa bom, útil, agradável e “*iuris*” significa direito, equidade, lei, justiça. Em relação ao *periculum in mora* (perigo da demora), sendo é imprescindível que o requerente comprove que o perigo de retardo, ante a lesão iminente ou assaz provável do seu alegado e suposto direito, venha a lhe acarretar excessivo gravame e prejuízo. Assim o *periculum in mora* (perigo da demora) e o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), a probabilidade e/ou a verossimilhança, são imprescindíveis para que o magistrado conceda a liminar solicitada, com ênfase na análise desses pressupostos.

O *periculum in mora* é o risco da ineficácia do provimento final, ou seja, adianta os efeitos da tutela pretendida, que busca evitar dano grave e de difícil reparação, ou ainda um fundado receio de dano jurídico ao direito de uma das partes, como disciplina o art. 273, I CPC, já citado anteriormente. Há também a necessidade de se verificar a existência da prova inequívoca e da verossimilhança. Em relação à prova inequívoca o magistrado deve apresentar o seu alto grau de convencimento, afastando assim qualquer dúvida existente, como por exemplo, demonstra Friede (2002, p.523), “[...] a prova inequívoca é tal robusta que não permite equívoco ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não da mera verossimilhança”. Verossimilhança depende do convencimento do juiz sobre a

realidade fática em relação ao que foi apresentado como provas pelo requerente na peça vestibular, é o reconhecimento do magistrado em relação ao que descreve o autor.

Se no pedido inicial de uma tutela liminar não for apresentado pelo requerente os pressupostos tidos como essenciais para a concessão dessa tutela, não fará jus a concessão dessa medida, para que não cause dano a outrem.

3.2. Liminar *Inaudita Altera Pars* no Processo de Busca e Apreensão de Menor

Para que o magistrado possa deferir o pedido de liminar *inaudita altera pars*, no processo de busca e apreensão de menor, não é tão simples assim, antes é necessário que ele analise com cautela os fatos expostos pelo requerente na peça vestibular, como por exemplo, em relação à ilegalidade de posse dos riscos à incolumidade física ou moral de pessoas, geralmente menores ou incapazes, a indefinição do direito à posse de bens e direitos - pois caso contrário trará sérios problemas para o menor e seus familiares. Sobre isso, assim frisam os ensinamentos do processualista Póvoa (1999, p. 72):

Só em casos excepcionalíssimos, a liminar de busca e apreensão de menores pode ser concedida *inaudita altera pars*. E um desses casos é do menor que, na pendência da ação principal em que sua situação está sendo discutida, esta prestes a ser levado para outro Estado ou até mesmo para o exterior, sem o conhecimento do juiz ou para burlar o cumprimento de futura decisão. Ainda assim, a busca e apreensão só pode ser deferida diante de robusta prova de violação da ordem judicial (passagens marcadas, declaração de reserva fornecida pela empresa de transporte, etc.).

A concessão da liminar *inaldita altera parte*, é simplesmente deferir o pedido de forma imediata do requerente sem ouvir o menor e a outra parte. Mas a audiência da parte contrária levaria a frustrar a finalidade da própria tutela preventiva, pois daria ensejo ao litigante de má-fé justamente acelerar a realização do ato temido em detrimento dos interesses em risco.

Segundo Orione Neto (2002, p. 223) “a liminar, além de poder ser concedida *inaudita altera parte*, pode ser deferida após a citação do réu. Com efeito, nada impede o juiz de conceder a liminar após o réu apresentar contestação, caso se convença da sua necessidade”.

Inaudita altera pars é conhecida como uma das liminares usadas em processos cautelares, onde o magistrado deve analisar com cuidado o pedido, as provas contidas na peça vestibular e ainda verificar se existe amparo legal para tal pedido, observando se estão presentes os pressupostos exigidos pela medida, pois só deverá ser concedida se existir urgência em virtude de uma situação de perigo em que possa comprometer a eficácia da mesma. Poderá ainda o juiz realizar audiência de justificação prévia, desde que em segredo de justiça, e ainda ouvindo o menor para que em uma situação futura não traga possíveis problemas psicológicos. Nesse sentido, Póvoa (1999, p. 73) afirma que:

O juiz deve ater-se ao art.5º da Lei de Introdução ao Código Civil, aplicando a lei com vistas ao entendimento dos fins sociais e às exigências do bem comum, pois no momento em que optar pela aplicação pura e simples da lei e a seguir a rigidez das normas, e isto vierem causar problemas e traumas para o menor, estará descumprindo não só o princípio básico daquela lei, mas também, e principalmente, o art. 227 da Constituição Federal.

Para o doutrinador referido, é de suma importância estar convicto da situação demonstrada na peça inicial da ação de busca e apreensão de menor com pedido de liminar, e havendo a possibilidade de ouvir o menor e apreciar suas respostas sob o ponto de vista do pedido, saberá o magistrado agir com mais segurança e precisão em sua decisão. Pois do contrário poderá como já foi dito trazer sérios problemas de caráter emocional ao menor. Essa tem sido a tônica de um dos julgados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Quando se trata de ação de busca e apreensão de menor, o Juiz deve observar o bem-estar e a formação da criança, sendo assim, necessária se faz a instrução do processo para realização de um julgamento seguro e correto. Portanto, inadmissível é a liminar concedida em tal ação sem justificação e baseada somente nas declarações da peça vestibular. (Ac. Um. Da 1ª Câm.do TJMT de 08.11.1982, no Ag. 2.655, rel. Dês. Flávio José Bertin; RePo 74/303)

A concessão dessa liminar significa simplesmente deferir o pedido ao requerente sem ouvir o menor e a outra parte. Porém, a audiência da parte contrária levaria a frustrar a finalidade da própria tutela preventiva, pois daria ensejo ao litigante de má-fé, justamente acelerar a realização do ato temido em detrimento dos interesses em risco. A concessão também poderá ser dada pelo magistrado após a apresentação de uma contestação do réu, se caso ele perceba a necessidade de mais provas, sobre o pedido em questão. Atento à finalidade preventiva do processo cautelar, o código permite ao juiz conceder medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que ele, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, como cita o artigo 804 do CPC. Encontramos amparo legal sobre a concessão dessa liminar nos artigos 798/804 do CPC.

Sobre a matéria, assim vem julgando os tribunais pátrios:

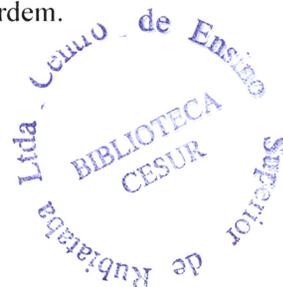
A busca e apreensão de menor, quando visa resolver em caráter definitivo o direito de guarda, terá o rito ordinário, não ensejando concessão de medida liminar. Proposta a busca e apreensão de menor como medida cautelar, o deferimento *inaudita altera parte* depende, obrigatoriamente, de prova escrita ou justificação prévia dos motivos alegados.

(Ac. Unân. Da 1ª Câm. Do TJMT, de 03-10-77, no ms.247-rel. Des. Jesus de Oliveira Sobrinho; Anais Forenses, vol. 41 p. 243)

Quando não há o convencimento do juiz para que possa decidir sobre o pedido de liminar em um processo de busca e apreensão de menor, faz-se necessária a justificação prévia dos fatos alegados, mediante uma audiência, em segredo de justiça, para ser mais preciso de portas fechadas, a fim de que o requerente apresente de forma mais clara suas justificativas em relação ao pedido feito na petição inicial do processo. Nesse sentido temos o art. 841 do CPC, *in verbis*:

A justificação prévia far-se-á em segredo de justiça, se for indispensável. Provando quanto baste o alegado, que conterà:

- I- a indicação da casa ou do lugar em que deve efetuar-se a diligencias,
- II- a descrição da pessoa ou da coisa procurada e o destino a lhe dar,
- III- a assinatura do juiz, de quem emanar a ordem.



Mas também poderá concedê-la após a apresentação de uma contestação, se caso ele perceber a necessidade de mais provas, sobre o pedido em questão. Encontramos amparo legal sobre a concessão dessa liminar nos artigos 797 e 804 do CPC..

3.3. Eficácia da Liminar

A eficácia da decisão *inaudita altera pars*, deve obedecer ao principio geral das medidas cautelares, que persiste até o final do julgamento da ação principal.

Se o pedido na peça vestibular for no sentido preparatória e o requerente não ajuizar uma ação principal nos próximos 30 dias seguintes ao cumprimento da medida, isso implicaria na caducidade, nos moldes do art. 806 do CPC, conforme Póvoa (1999, p. 73) “proposta a ação principal no trintídio, a liminar prevalece até a decisão final, quando poderá ser confirmada ou revogada pelo juiz, ou, ainda, cassado pelo tribunal.

Após a concessão da liminar e ocorrido os trâmites normais do processo cautelar de busca e apreensão de menor, o juiz poderá assim que concluir a audiência de instrução e julgamento, ouvir o menor sem a presença das partes para que não haja nenhum constrangimento tanto para o menor quanto para as partes envolvidas no litígio, podendo prolatar com mais segurança a sentença que estará decidindo o futuro do menor.

É de suma importância ressaltar que da liminar concedida na busca e apreensão de menor, o recurso cabível é agravo de instrumento, e da sentença caberá apelação. Assim afirma Póvoa (1999, p. 75), *in verbis*:

Concluída a instrução, o juiz poderá decidir na própria audiência, durante a qual, sempre que possível, ouvirá o (a) menor, sem a presença das partes, para evitar constrangimentos ou temor reverencial. Não decidindo na audiência prolatará a sentença ainda segundo dias seguintes. Dessa sentença caberá apelação (só no efeito devolutivo- art. 520 IV do CPC).

Fidelis (1993, p. 329) afirma o seguinte sobre o cabimento de recurso contra a liminar concedida no processo de busca e apreensão de menor:

Contra a decisão que defere à liminar cabe agravo de instrumento que poderá adquirir efeito suspensivo, através de mandado de segurança, caso seja manifestamente ilegal ou abusiva. Se a fundamentação do pedido informar apenas medida satisfativa, como ocorre na reivindicação de coisa móvel e de filho para guarda, e houver deferimento da liminar, o mandado de segurança é cabível, sem necessidade de nenhum agravo.

Em razão dos estudos aqui realizados, parece necessário apresentar no próximo capítulo os possíveis reflexos frente a uma concessão dessa liminar *inaudita altera pars* no processo de busca e apreensão de menor.

4. REFLEXOS JURÍDICOS NA CONCESSÃO DA LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARS*

Quando se fala em processo de busca e apreensão de menor, já nos fica a possibilidade de se pensar em algo traumático, pois em se tratando de um menor, é imprescindível que sejam avaliados vários fatores, principalmente quando diz respeito a uma ação judicial dessa importância, já que estamos lidando com objeto e sim com ser humano incapaz e totalmente dependente de outro, e que guardará em sua bagagem de vida os momentos de sua evolução pessoal. Assim sendo, devemos repensar sobre a concessão dessa medida, pois a mesma poderá trazer consequências e traumas que perdurarão para a toda a vida futura do menor. Por isso é de suma importância analisar cada caso que poderá ser levado a juízo.

A respeito do tema, a doutrinadora Dias (2010, p. 452) esclarece que:

O adimplemento de tal medida sempre é um episódio traumático, havendo muitas vezes a necessidade de intervenção de força policial. Em face das nefastas consequências que podem advir à criança, subtraída a fórceps por ordem judicial do convívio afetivo do genitor não guardião, em vez da expedição de mandado de busca e apreensão, recomendável que seja a plicada multa por cada dia em que não ocorrer a entrega do filho. Porém, é necessário que o valor da *astreinte* seja significativo, para que a entrega se efetive de pronto. É o que sustentam Nelson e Rosa Maria Nery: deve ser imposta a multa, de ofício, ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O Juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é o de obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica.

O cumprimento dessa medida ficará na memória de todos que dela têm participação, ainda que seja de forma direta ou indireta, como por exemplo: familiares, policiais, membros do Conselho Tutelar, e principalmente para a criança, pois ela não tem discernimento suficiente para saber o que está acontecendo e nem o porquê de tudo isso. Esses traumas poderão ficar para sempre na memória do menor que se encontra no meio desse litígio.

Em razão da concessão dessa medida, vale ressaltar aqui quais os principais danos que poderão se tornar irreversíveis na vida futura de um menor, se não for concedida de forma séria e que atenda aos requisitos legais exigidos na propositura dessa ação. É necessário uma análise no mínimo segura do magistrado ao prolatar uma decisão de tamanha importância na vida de ambas as partes em processo de busca e apreensão de menor seguido de liminar *inaudita altera pars*.

Assim em se tratando de menor, e para que essa medida seja concedida, o magistrado deve verificar a probabilidade da existência da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação. Santoro (2000, p.13) afirma que deve-se compatibilizar ambos, aliando a aparência máxima de que o réu não conseguirá articular contra a tese do autor ao critério de probabilidade máxima de êxito na demanda; seria uma “SUPER” *fumus boni iuris*” e ainda afirma que o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, são verdadeiras condições para sua concessão. Até porque em se tratando de menor se vale da premissa de que o mais importante é resguardar o bem maior do menor, que é a sua vida, e não fazer o inverso.

Sendo assim, percebe-se que o Código de Processo Civil em seu art. 797, permite a concessão da medida liminar, *inaudita altera pars* (sem ouvir a outra parte), mas se logo perceber que essa decisão ao invés de assegurar o bem estar do menor vier a prejudicá-lo, é lícito que o magistrado condene o requerente ao ressarcimento dos danos em que o requerido possa sofrer com tal decisão. Lembrando que a liminar em processo cautelar e principalmente que envolva menor, somente poderá ser concedida em casos excepcionais, ou melhor, em casos de extrema necessidade. Desse entendimento compartilha Câmara (2010, p.70/71), “não se pode admitir, por tal razão, que o juiz, logo no início do processo, e sem mesmo ter ouvido o demandado, profira decisão fundada em juízo de probabilidade”.

Frente às referidas colocações, nota-se que a liminar *inaudita altera pars*, somente poderá ser concedida em caso de urgência, e somente quando o magistrado não apenas verifica a presença dos requisitos, mas quando ele tem um conhecimento dos fatos alegados, sabendo que deverá ser concedida de forma a assegurar a vida do menor em questão. Pois se concedida de forma inversa, ou seja, sem uma análise no mínimo segura em relação aos fatos alegados na peça vestibular, essa decisão poderá trazer sérios prejuízos para o menor, considerado como vítima, devendo assim fazer com que o requerente possa venha a ressarcir os danos

que o requerido possa vir a sofrer. Nesse sentido o art. 804 do Código de Processo Civil afirma, *in verbis*:

É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Nesse caso, se o requerente trazer prejuízos para o requerido é passível de ressarcimento dos danos causados, conhecido hoje como contra-cautela. Mas o perigo dessa medida é que frente à disputa pela guarda, poderá ser utilizada de forma errônea por um dos genitores, por ser considerada uma medida de urgência, para assim conseguir algo que se deseje e que não faz jus a sua concessão, principalmente quando envolve menores incapazes. Pois se concedida isolaria a função primordial dessa medida, que é de atender o melhor interesse da criança.

Para que possamos entender melhor o que são esses reflexos, vale ressaltar alguns posicionamentos doutrinários e alguns fatos verídicos do que pode vir a acontecer se essa medida não for concedida atendendo o seu principal objetivo, que é assegurar o bem maior do menor, pois sabe-se que não se trata de objeto e sim de um ser humano que tem vontades, desejos e sentimentos. Enfim, se não for proposta com esse objetivo não será justa essa decisão.

4.1. Dano Afetivo

O dano afetivo é o primeiro dano que pode ser causado ao menor frente à concessão de um pedido dessa natureza. Hoje a criança e o adolescente são contemplados com uma enorme quantidade de garantias e prerrogativas, sendo assegurada sua proteção integral devendo colocá-los a salvo de toda forma de negligência, conforme o art. 227 da Constituição Federal, *ipsis literis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O artigo 1634, inciso I do Código Civil afirma que: “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I- dirigir-lhes a criação e educação, tê-los em sua companhia e guarda”. Significa que os pais possuem o dever de cuidar de seus filhos enquanto menores, criando e educando-os sempre em benefício dos mesmos, ainda que os pais estejam separados. E quando se define a guarda unilateral, ainda que provisória, limita assim o direito de um deles em tê-los em sua companhia, sendo assegurado ao genitor que não possui a guarda, ou que não é detentor do poder familiar o direito de visitas. Assim prevê os artigos 1.589, 1.630, 1.631, 1.632 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1589. O pai ou mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Art.1630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1631. Durante o casamento e a união estável compete o poder familiar aos pais, na falta ou impedimento de um deles o outro o exercerá com exclusividade.

Art.1632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Ainda, o nosso Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) destaca sobre o desenvolvimento sadio e harmonioso e os garantem de viverem e serem criados no seio de sua família. Mas precisamente em seu Artigo 4º, *in verbis*:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária.

Hoje a família é centrada no afeto, carinho, respeito mútuo, uma vez que são aspectos essenciais para a formação da personalidade dos filhos, sendo que a convivência destes com os pais não é direito e sim dever, pois o distanciamento do elo entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional permanentes em sua vida, pois compromete o seu desenvolvimento, assumindo sentimentos de dor e de abandono. Por isso, hoje existe o direito de visitas daquele genitor que não é o seu guardião. Tudo isso para que mantenha uma boa convivência com ambos os genitores, não existindo mais aquele sentimento de vingança, em relação ao outro genitor, pois o que prevalece é o direito do filho e não dos pais. Como afirma Berenice Dias (2010, p. 453), “a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável”. A autora ainda afirma que “a figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade”. Ainda nesse diapasão, Valentim (1998) diz que a criança não é um ser humano capaz de vida independente, necessitando, portanto, de uma instituição social especial que os ajude durante o período de imaturidade. E a família, tem dupla função em seu papel estruturador. Primeiramente, na satisfação das necessidades básicas; e em segundo lugar, proporcionar um ambiente seguro e amigável aos menores em que possam desenvolver ao máximo suas capacidades físicas, mentais e sociais

Assim, a ausência de um dos genitores na vida do filho menor poderá prejudicá-lo para o resto de sua vida, podendo se tornar pessoas inseguras e totalmente infelizes. Berenice Dias (2010, p.453) diz que é possível uma ação de cunho indenizatório por dano afetivo, afirmando que: “a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação”, assevera também que:

Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem muito valioso.

A separação de um dos genitores com o menor também pode levá-lo a desenvolver alguns problemas que são altamente visíveis, como alguns tiques nervosos,

stress, dentre outros. Nesse sentido, afirma Lipp (2000, p. 36), "... tiques nervosos podem também ser desenvolvidos durante períodos difíceis para criança. Agressividade, irritabilidade, medos exagerados, depressão, ansiedade surgem também com bastante frequência como resultado de stress infantil".

Maturana (2002, p.164) diz que a criança "identifica no amor o fenômeno biológico que nos permite escapar da alienação anti-social criada por nós através de nossas racionalizações", e ainda argui: "o amor é fonte da socialização humana e não o resultado dele. Qualquer coisa que destrói a congruência estrutural que ele implica, destrói a socialização. A socialização é o resultado do operar no amor e ocorre somente no domínio em que ele ocorre".

Sendo assim, percebe-se o quão importante é o amor, o respeito e a presença de ambos os genitores na vida dos filhos. E na ausência destes, a lei os tem responsabilizado no tocante aos cuidados com seus filhos, pois a falta, a omissão ou ainda o abandono, ainda que moral, viola a integridade psicofísica de seus filhos, conforme a Constituição Federal de 1988, configurando assim o dano moral. Daí a importância do convívio dos pais com os filhos, devendo ser reconhecida pela justiça brasileira como um bem juridicamente tutelado, preservando a dignidade do ser humano, em especial do filho menor que se encontra em estágio de formação tanto física como psicológica.

4.2. Síndrome de Alienação Parental

A alienação parental é o segundo reflexo aqui apresentado, perante a concessão dessa liminar, também conhecida como implantação de falsas memórias. É um assunto bastante complexo e polêmico, pois é praticada de forma irresponsável por um dos genitores detentor do poder familiar, que boicota o outro genitor, achando que exerce sobre o menor poder absoluto, e ainda o tem como sua propriedade. Porém, isso nada mais é do que o afastamento do filho de um dos genitores, considerado alienado, através de outro genitor, considerado alienante.

A alienação parental (perigo eminente) é a rejeição do genitor que "ficou de fora, pelos seus próprios filhos, fenômeno este provocado normalmente pelo guardião, que

detém a exclusividade da guarda sobre eles (conhecida como guarda física monoparental ou exclusiva)". (SOUZA, Euclides. ALIENAÇÃO PARENTAL, perigo eminente, disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=435121337>. Acesso em 17 de abril de 2011 às 15:15)

Essa síndrome é quando da ruptura de um casal da vida conjugal, um deles desencadeia um sentimento nocivo de raiva, rejeição, traição e por vezes ocorre o sentimento de vingança de destruição e de desmoralização em relação ao outro genitor, gerando grandes sequelas emocionais à vítima que é a criança. Assim destaca Corrêa da Fonseca, afirmando que:

A criança que padece do mal se nega terminante e obstinadamente a manter qualquer tipo de contato com um dos genitores, independentemente de qualquer razão ou motivo que seja plausível. Cuida-se, na verdade, de um sentimento de rejeição a um dos genitores, sempre incutido pelo outro genitor no infante, fato que, em um primeiro momento, leva o petiz a externar – sem justificativas e explicações plausíveis – apenas conceitos negativos sobre o progenitor do qual se intenta alienar e que evolui, com o tempo, para um completo e, via de regra, irreversível afastamento, não apenas do genitor alienado, como também de seus familiares e amigos. Essa alienação pode perdurar anos seguidos, com gravíssimas conseqüências de ordem comportamental e psíquica, e geralmente só é superada quando o filho consegue alcançar certa independência do genitor guardião, o que lhe permite entrever a irrazoabilidade do distanciamento a que foi induzido. (disponível em <http://www.pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>. acesso em 04 de maio de 2011, as 13:20)

Sobre esse processo patológico conhecido com Síndrome de Alienação Parental, Bernice Dias (2010, p. 54/55) afirma que:

É nada mais do que uma “lavagem cerebral” feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador. Assim, o infante

passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso porque gera contradição de sentimentos de destruição do vínculo entre genitor e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba-se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.

Levando em consideração que as Varas de Família agraciam as mulheres, com a guarda dos filhos, em aproximadamente 91 % dos casos (IBGE/2002), salta aos nossos olhos que a maior incidência de casos de alienação parental é causada pelas mães, podendo, todavia ser causada também pelo pai, dentro dos 9% restantes. (SOUZA, Euclides. ALIENAÇÃO PARENTAL, perigo eminente, disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=435121337>. Acesso em 17 de abril de 20011 às 15h15min)

Frente a tantos conflitos dessa natureza e a descoberta desta tão preocupante alienação parental, viu-se a necessidade de se inserir em nosso ordenamento jurídico algo que reprime esse fenômeno. Criou-se então a Lei de nº 12.318 de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da lei 8.069 de 13 de julho de 1990, cujo art. 2º desta lei esclarece seu conceito, *in verbis*:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avôs ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Assim, se faz necessário ressaltar o porquê da criação dessa Lei 12.318, que hoje é de suma importância em nosso ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, Amílcar esclarece que:

O anteprojeto nasce da constatação de que, embora os atos de alienação parental existam, há a seu respeito o que podemos denominar de “cegueira” do Estado, que os deixa encobertos. Quem hoje submeta tais atos à apreciação do Judiciário se deparará com um grande proble-

ma, consistente na tendência a se negar a ocorrência da alienação parental, por ser algo novo, diferente e que exige por isso uma atuação singular e ainda desconhecida desse Poder para examiná-la. (Refiro-me ao desconhecimento do Judiciário de maneira genérica; há exceções, consubstanciadas em Juízes e Promotores preparados para lidar com o fenômeno de maneira adequada.) Outra tendência, além da consistente em se negar a existência da alienação parental, a que me referi, é a de o julgador encarar os atos que a configuram como meras “picuinhas”, “questiúnculas” decorrentes da separação e, por isso, se recusar a proceder ao exame completo do contexto em que tenham sido praticados. Um ato isolado observe-se, não permite que dele se infira a existência de uma campanha visando à desqualificação e o afastamento de um dos genitores da presença do filho. Há necessidade, por isso, de que o Judiciário averigue todo o contexto em que se o pratica. (Lei 12318/2010. Lei da Alienação Parental. Comentários e Quadros Comparativo Entre o Texto Primitivo do PL, os Substitutivos e a Redação Final da Lei 12.318/10, texto de AMILCAR, disponível em <http://www.direitointegral.com/2010/09/lei-12318-2010-alienacao-parental.html>. acesso no dia 04 de maio de 2011, as 10:30)

A alienação parental, também pode ser promovida ou induzida não só pelos pais, mas também pelos avôs ou por aqueles que não sejam os pais, mas estão investidos como detentor do poder familiar, fazendo com que o infante quebre o vínculo existente com o outro genitor ou ainda que lhe cause prejuízos à manutenção deste vínculo. Às vezes nos deparamos com algo assim, mas não temos noção do que está acontecendo ou até mesmo não nos damos conta de que essas atitudes são características de alienação parental, por isso para que possamos identificar quando os filhos estão sendo vítimas dessa síndrome, faz-se necessário ressaltar e analisar o parágrafo único do art. 2º e incisos seguintes da lei 12.318, *ipsis literis*:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar

o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Berenice Dias (2010, p. 456) vai ainda mais longe afirmando que “nesse jogo de manipulações, todas as armas utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido abuso sexual”. Assim a verdade do genitor passa a ser a verdade também para o filho que acredita nas falsas memórias impostas por ele. Com isso leva a criança a ter sérios problemas psicológicos, pois se somatiza uma culpa que na verdade não é dela, mas ela não tem consciência disso e age com alguns desvios de comportamento, como tiques, birras, outros.

Como já foi dito, a criança e o adolescente gozam de direitos fundamentais sendo uns dos mais importantes a convivência saudável com sua família, e se ocorre a prática dessa síndrome já quebra este fator tido como primordial para sua sobrevivência, ferindo o direito fundamental e a convivência familiar. Assim o art. 3º da Lei n. 12.318 esclarece que, *in verbis*:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Ressalta-se que as crianças que sofrem privação de um dos genitores, através de falsas memórias apresentam um atraso na construção de sua personalidade, pois agem com comportamento impulsivo e descontrolado, tornando-se incapazes de terem objetivos a longo prazo. Nesse sentido Bowlby, J. (1989) considera que essas impossibilidades são decorrentes das dificuldades de desenvolverem o raciocínio abstrato, resultando em imaturidade provocando uma atitude hostil, manifestada através de birras, isso seria uma forma da criança

liberar sua raiva e violência diante de tal situação, gerando graves conflitos íntimos, angústia, depressão e um obstáculo à sua aprendizagem social futura.

Sendo evidenciada a Síndrome de Alienação Parental em processo que tramita no Poder Judiciário, é passível de grandes preocupações, pois gera situações muito sérias a respeito do fato. É imprescindível que o magistrado tome conhecimento desse fato logo, podendo ser através de perícia realizada durante o decorrer da ação, ou através de uma denúncia, pois será necessário tomar imediatamente uma atitude, devendo em relação à denúncia verificar os fatos alegados para ver se realmente são verídicos os fatos apresentados. Sendo que a forma mais eficaz de se provar a presença dessa síndrome é através de perícia e estudos sociais, assim afirma Berenice Dias. (BERENICE. Maria, Alienação Parental e a perda do poder familiar. Disponível em www.mariaberenice.com.br, acesso em 17 de abril de 2011 às 16:49 h).

O magistrado deve se primar pela proteção integral da criança ou do adolescente, por isso se for identificada a alienação parental é lícito que o alienador seja responsabilizado, já que configura um abuso de poder de sua parte, podendo inclusive ensejar a reversão de guarda ou ainda até a destituição do poder familiar. Isso caracteriza um risco à saúde emocional da criança ou adolescente, acarretando um sentimento de culpa e afetando de forma trágica seu desenvolvimento mental, trazendo problemas que poderão se tornar irreversíveis durante sua vida. O artigo 6º da Lei nº 12.318, esclarece quais as providências o magistrado poderá tomar, caso identifique a alienação parental, *in verbis*:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

E ainda, para que o magistrado consiga identificar a AP, é necessária a prioridade de tramitação do processo em razão das providências cautelares e da garantia mínima ao risco do prejuízo físico e psicológico do infante, ao passo que poderá agir de ofício e em qualquer grau de jurisdição para que tome as medidas necessárias. Nesse sentido o art. 4º e o § único desta lei esclarece, que, *in verbis*:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso. Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Quando detectada a AP, nos permite reconhecer que o alienante é uma pessoa que passa por uma fase difícil, podendo apresentar uma patologia, em que se faz necessário um tratamento. Por isso os magistrados devem analisá-lo com cuidado a ponto de não deixar o menor a mercê desse genitor. (Revista do Centro de Apoio Operacional Cível / Ministério Público do Estado do Pará, Centro de Apoio Operacional Cível. Ano 11, N.15, (2009-dez.). Belém: M. M. M. Santos Editora E.P.P., 2009. Anual. ISSN: 1983-4187.1. Direito. 2. Situações jurídicas passivas. 3. Separação_Divórcio_Inventário. 4. Síndrome_Alienação Parental. 5. Síndrome da Alienação Parental_Direito de Visita. 6. Artigo 285-A_Estudo Analítico. 7. Previdência Social_Compromissos Sociais do Estado. 8. Preparo_Preclusão_Consumativa_Deserção. 9. Doutrina. 10. Direito_Legislação. 11. Direito_Jurisprudência. I. Título.)

Os menores incapazes, não sobrevivem sozinhos, necessitando da ajuda de alguém durante esse período, sendo assim, a família é fator primordial para que cresçam e se desenvolvam em um ambiente saudável. Nesse sentido Valentim (1998) afirma que a criança não é um organismo capaz de vida independente, necessitando, portanto, de uma instituição social especial que a ajude durante o período de imaturidade.

Dessa forma, é necessário ressaltar que ninguém pode fechar os olhos frente a estas atitudes maquiavélicas que vem tomando uma proporção enorme em nosso meio social,

pois o que está em risco é a vida de um ser humano incapaz de se defender sozinho. Esse tipo de atitude coloca em risco não só sua vida presente mas principalmente sua vida futura, pois trará ao infante um desequilíbrio emocional que jamais poderá ser revertido, visto que tudo isso ficará para sempre em sua memória.

4.3. Caso Verídico a Confirmar os Riscos Jurídicos da Liminar sem a Audição da Parte Contrária.

Não poderíamos deixar de apresentar um dos fatos mais chocantes da história brasileira quando se trata de um litígio em que envolva um menor incapaz. Caso esse que foi levado a conhecimento de todos através da televisão brasileira, e a comoção dos brasileiros veio à tona. O caso da menor Joana Cardoso Marçenal Marins, de 05 anos, que morreu em agosto de 2010. tal caso vale ser narrado neste trabalho devido sua gravidade, quando foi concedida uma decisão *inaudita altera pars*. O que estava sendo “disputado” bem na verdade, é um ser totalmente incapaz e que a princípio necessitava do amor dos pais, e não que os pais o transformasse em produto de barganha, para satisfazerem seu EGO.

Conceder uma decisão em um primeiro momento, onde apenas o que a peça pode demonstrar, são probabilidades ou pedidos que não se constituem de certezas. Isso pode trazer para o menor danos, que ao longo do processo poderão se tornar irreparáveis, como foi o caso de Joanna Marçenal, que acabou culminando em sua morte. Tudo isso aconteceu pelo simples fato do pai da criança se alimentar de uma vingança contra a mãe da menor. Em relação ao caso de Joanna Marins vale destacar o posicionamento do delegado do caso em que declarou, o seguinte:

- O delegado Luiz Henrique Marques Pereira, titular da Delegacia da Criança e do Adolescente Vítima (Dcav), disse que não está descartada a possibilidade de o pai da menina Joanna Marçenal, de 5 anos, morta em agosto, ser indiciado também por homicídio. Segundo ele, a decisão será do Ministério Público. O pai de Joanna, o técnico judiciário André Rodrigues Marins, foi indiciado na sexta-feira por

crime de tortura contra a menina. Pereira afirmou que o pai tinha prazer em torturar a criança. - Ele tratava a menina de forma desumana, tinha prazer em torturar. Por isso, no meu entendimento, há fortes indícios de crime de tortura - afirmou o delegado. O indiciamento foi efetuado após três meses de investigações e cerca de 50 pessoas ouvidas como testemunhas no inquérito, que foi enviado para o Ministério Público estadual. O delegado não confirmou, mas juntamente com o inquérito, ele teria representado pela prisão preventiva de Marins. O pai da menina nega as acusações. A pena por tortura pode chegar a oito anos de prisão. Depoimento de babá foi crucial para o inquérito. O pai e a mãe de Joanna, Cristiane Cardoso Marcenal Ferraz, travavam uma batalha judicial pela guarda da criança desde 2004. Quando morreu, a menina estava sob os cuidados do pai havia um mês e vinte dias. Uma das principais testemunhas do processo foi uma ex-babá contratada pelo pai de Joanna, que contou, em depoimento aos policiais da Decav, revelado com exclusividade pelo GLOBO, que em seu primeiro dia de trabalho se deparou com a criança no canto de um quarto, "deitada no chão, amarrada numa fita-crepe nos pés e nas mãos e toda suja de xixi e cocô". Ela contou que, diante do seu espanto, o pai disse que a menina estava "daquele jeito" por ter sofrido uma convulsão no dia anterior. Ele teria alegado ainda que seguia "recomendação médica". A babá teria se oferecido para limpar a Joana, que vestia apenas calcinha e camiseta regata, e colocá-la na cama, mas o pai teria argumentado que a menina sujaria tudo, e sua mulher, Vanessa Maia, "não iria gostar". André teria dito ainda que a filha era "especial". A psicóloga que atendeu Joanna em seus últimos dias de vida, porém, desmentiu a versão do pai. Segundo Lilian Araújo Paiva, Marins relatou que a menina se debatia muito durante a noite e acabava se ferindo. Ele teria perguntado, de acordo com Lilian, se poderia usar uma luvinha para evitar que Joanna se arranhasse: - Disse que não via problema em usar uma luvinha, às vezes a gente faz isso para um bebê não se arranhar. Eu jamais diria para ele amarrar as mãos de Joanna. Nunca fiz isso - afirmou na época. No dia 27 de setembro, conforme O GLOBO divulgou, o laudo do Instituto Médico Legal (IML)

apontou que a causa da morte de Joanna foi meningite causada pelo vírus do herpes. O pai atribuiu os hematomas e marcas semelhantes a queimaduras no corpo da menina às sucessivas convulsões sofridas por Joanna: - O laudo foi incapaz de identificar a origem dessas lesões. Por isso, não tenho nenhum medo de ser indiciado por coisa alguma. Como serei incriminado por algo que os peritos não sabem causa? - garantiu Marins na época. (Caso Joanna: delegado diz que pai da menina tinha prazer em torturar a criança. Matéria escrito por Antônio Werneck e Gabriel Mascarenhas, Publicada em 15/10/2010 às 23h30m. <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2010/10/15/caso-joanna-delegado-diz-que-pai-da-menina-tinha-prazer-em-torturar-crianca-922802144.asp>. Acesso no dia 10 de maio de 2011 às 11:20)

Fica evidenciado que a criança faleceu em função dos maus tratos que o pai a submeteu, e tudo isso por guardar consigo um desejo de vingança em relação à mãe. Usou para isso a menor (incapaz) para concretizar sua vingança torpe, frente a um pedido de busca e apreensão cujo requerente foi o pai, inclusive tendo proibido a mãe de manter contato com sua filha. E mesmo a mãe tendo lutado através de pedidos perante a justiça para que tudo isso tivesse um fim, e que a criança voltasse para ela, de nada adiantou. Foram indeferidos todos os seus pedidos para retomar sua filha.

Esse fato também pode ser considerado como sendo um dos reflexos frente à concessão da medida *inaudita altera pars* no processo de busca e apreensão de menor, em que o pai utilizou a justiça para concretizar um desejo de vingança em relação ao outro genitor, usando sua filha como um produto ou uma coisa qualquer, para destruir o ambiente familiar, e principalmente o convívio feliz da criança com sua mãe e sua família materna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente no meio jurídico prevalece forte polêmica no que se refere à concessão de liminar *inaudita altera pars* no processo de busca e apreensão de menor, existindo divergências entre alguns doutrinadores, pois uns afirmam ser possível a concessão frente aos requisitos exigidos, mas a grande maioria, não vêem esta possibilidade, afirmando que só poderá ser concedida sem ouvir a outra parte, em casos de extrema urgência.

Como visto no decorrer deste trabalho, a busca e apreensão pode ser tanto de coisas como de pessoas, mas aqui foi dado ênfase ao processo de busca e apreensão de menor seguida de pedido de liminar, sendo a mesma considerada processo cautelar, cujo objetivo é de assegurar o bem maior do menor, levando em consideração a formação da criança. Ela simplesmente acautela, ainda que de forma provisória, ou assegura, a pessoa apreendida, com o intuito de preservá-la.

No decorrer dos estudos percebeu-se que geralmente, o genitor que busca a justiça para fazer um pedido dessa natureza, se ampara em divergências entre ambos, e busca utilizar-se do infante como um poder de barganha. Mas para isso, é necessário que um dos genitores recorra à justiça com um pedido de busca e apreensão de menor, com o intuito de buscar e apreender o menor que esteja de forma indevida com a pessoa não é detentora do poder familiar. Ou seja, só se legitima o direito de reclamar o filho menor quando dirigido à pessoa que ilegalmente o detenha, ou se caso estiver correndo perigo de vida. A ação hábil, neste caso, é a medida cautelar de busca e apreensão prevista nos artigos 839 a 843 do Código de Processo Civil, sendo o menor entregue àquele considerado legalmente seu guardião. Porém, não pode exercer este direito o genitor que não dispõe da guarda, principalmente quando reivindica do outro genitor, já que ambos, detém com igualdade o poder familiar sobre o menor.

Já em relação ao pedido de liminar *inaudita altera pars*, significa conceder a busca e apreensão do menor, sem que ouça a outra parte. É justamente na concessão dessa medida que envolva um menor, que se verificou o quão é importante este tema, pois alguns genitores fazem uso dessa medida de forma errônea, agindo de má fé. Ainda pelo fato de ser concedida em situação que o requerido, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, e podendo ser

feita com base em análise superficial, é aí que surgem as consequências, devendo o magistrado se atentar aos fatos apresentados, verificando se realmente são reais, para que isso no futuro não cause danos ao menor e sua família. Portanto deve-se levar em consideração que o que deve prevalecer é o bem estar do menor. Podendo assim ser concedida somente em casos excepcionais e expressamente previstos em Lei, conforme aponta o art. 797 do Código de Processo Civil, *in verbis*, “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”. Por isso, o judiciário deve ter mais cautela na concessão dessa medida, pois se concedida sem que haja um mínimo de certeza em relação ao pedido exposto na petição inicial, abrem-se caminhos, para as consequências jurídicas em relação ao infante e seus familiares. Consequências essas que poderão ao longo do tempo se tornar irreversíveis, principalmente para o menor, que está em fase de formação social, cultural, física e principalmente emocional.

Após a discussão do tema exposto, foi possível se verificar e destacar algumas consequências jurídicas, frente à concessão dessa medida, que são elas:

a) O dano afetivo, que surge mediante o afastamento de um dos genitores do menor, pois a criança necessita de carinho, respeito, amor e cuidado de seus pais, e não devem ser afastadas dos mesmos sem que haja motivos consideráveis, pois se caracteriza na criança uma sensação de abandono por parte do genitor que não possui sua guarda. A falta de um dos genitores sem motivo aparente poderá levar essa criança a se tornar uma pessoa infeliz e insegura, com sérios problemas emocionais.

b) Enfrenta-se um tema novo, em nossos Egrégios Tribunais, conhecido somente no ano de 2010, quando decidiu-se elaborar uma lei que a regulamentasse, Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010 - conhecida como Síndrome de Alienação Parental, considerada como uma lavagem cerebral feita pelo alienante (genitor guardião), de forma que comprometa a imagem do outro genitor em relação ao filho, descrevendo fatos que não são verdadeiros, destruindo assim a imagem do alienador (não-guardião), gerando sentimentos de destruição entre genitor e filho, com intuito de eliminá-lo da vida do filho. Assim, as atitudes do alienante podem trazer grandes sequelas na formação psicológica da criança ao ponto de interferir em sua relação com o alienador e sua família, fazendo com que a criança tenha sérios problemas psicológicos durante toda sua vida.

Diante dos resultados alcançados através desta pesquisa científica, fica evidenciado que a medida possui um fim social e de preservação do menor, enquanto ser humano. Tal como ensina Basílio de Oliveira (1995), “(...) é importante verificar os motivos de quem demanda a busca e apreensão, pois nem sempre serão nobres”. Ressalta-se também que a Constituição Federal de 1988, traz um novo contexto em relação aos filhos, ganhando grande notoriedade, pois é assegurada, com absoluta prioridade, a sua vida, saúde educação, alimentação, lazer, cultura, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade e principalmente o direito a convivência familiar. Direitos esses que deverão ser resguardados, tanto durante a convivência conjugal como também após a separação dos pais, pois são direitos considerados como invioláveis ao homem-cidadão.

Portanto, atualmente a criança é considerada mais importante do que a vontade das partes, por isso vale ressaltar a importância de se buscar sempre sua proteção, e conceder decisão *inaudita altera pars* em processo de busca e apreensão de menor, somente em casos considerados urgentes, para que não frustre o fim social dessa medida e não traga consequências desastrosas ao menor. Portanto faz-se necessário proporcionar à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que afete a mesma, diretamente ou através de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional, pode ainda marcar uma audiência de justificação e ainda deferi-la após a citação do requerido. Pois o que está em jogo é a vida de um menor incapaz, impossibilitado de se defender sozinho. Assim, os tribunais entendem que deve ser aplicado o direito, levando em consideração as consequências negativas que a concessão dessa medida poderá causar ao núcleo familiar. Perdas importantíssimas no que se refere à criança, pois ela passa a revelar vários sintomas, ora se apresenta como portadora de doenças psicossomáticas, ora ansiosa, deprimida, nervosa e ainda agressiva, sem falar na depressão crônica, comportamento hostil, desorganização mental, havendo possibilidades inclusive de levá-la até ao suicídio. Por isso vale lembrar o velho pensamento pitagoriano, que diz: “é preciso zelar pela criança hoje, para no futuro, não ter que corrigir o homem!”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e Revistas:

BOWLBY, J. **Uma Base Segura: aplicações clínicas da teoria do apego**. Porto Alegre: Artes Médicas. 1998.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Processo civil: processo cautelar (séries leituras jurídicas, provas e concursos; v. 12) – 3. ed.**- São Paulo: Atlas, 2007;

CARVALHO, Gláucia Santoro. **Tutela Antecipada: A Solução**-Editora Forense Jurídica.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Editora Lumen Juris, vol. 03- 16. ed. 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**- 6. ed. rev. atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JR, Fred. **Curso de Direito Processual Civil-Teoria Geral do Processo e Processo do Conhecimento. Revista, ampliada e atualizada de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF,STJ, e TFR e as Leis Federais n. 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006, 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006 e 11.419/2006**. 7. ed. 2007.

FERREIRA, Pinto. **Medidas Cautelares** Editora Forense, 2. ed. Rio de Janeiro, 1990.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernani. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1993. vol. II.

FRIEDE, Reis. **Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, tutela específica e tutela antecipada** – 5. ed. - Rio de Janeiro: Forense Univer, 2002;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VI: Direito de família**- São Paulo: Saraiva, 2005.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo Cautelar** - 22 .ed. ver. e atual. – São Paulo: liv. e ed. Universitária de Direito, 2005.

LIPP, Marilda, E.N. **Crianças Estressadas Causas, Sintomas e Soluções**. Campinas, SP. Papirus, 2000.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. In: Revista Família, nº 19, agosto/setembro. Porto Alegre, 2003.

MATURAMA, Humberto. **A Ontologia da Realidade**. Belo Horizonte, UFMG, 2002.

MARCELA MONTANARI RAMOS DE VASCONCELLOS, Publicada na Revista da Faculdade de Direito da USF Vol. 16, nº 2 - 99, pág. 187.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no Processo Civil e Legislação Processual Civil extravagante**- 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2002.

OLIVEIRA, C. A. Álvaro de, LACERDA, Galeno. **Comentários ao CPC**. 2. ed. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991, t.II, v. VIII, arts. 813-89.

OLIVEIRA, Basílio de. **Das Medidas Cautelares nas questões de Família**. 1. ed. Freitas bastos editora, Rio de Janeiro, 1995.

PÓVOA, José Liberato Costa. **Busca e apreensão: teoria e prática, jurisprudência**- 3. ed. – São Paulo: Atlas, 1999.

Revista do Centro de Apoio Operacional Cível / Ministério Público do Estado do Pará, Centro de Apoio Operacional Cível. Ano 11, N.15, (2009-dez.). Belém: M. M. M. Santos Editora E.P.P., 2009. Anual. ISSN: 1983-4187.1. **Direito. 2. Situações jurídicas passivas. 3. Separação_Divórcio_Inventário. 4. Síndrome_Alienação Parental. 5. Síndrome da Alienação Parental_Direito de Visita. 6. Artigo 285-A_Estudo Analítico. 7. Previdência Social_Compromissos Sociais do Estado. 8. Preparo_Preclusão_Consumativa_Deserção. 9. Doutrina. 10. Direito _Legislação. 11. Direito _Jurisprudência. I. Título.**

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar** – Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SZNICK, Valdir. **Adoção: direito de família, guarda de menores, tutela, pátio poder, adoção internacional** – 3. ed. ver. e atual. – São Paulo: Liv. e Editora Universitária de Direito, 1999.

VALENTIN, Dóris Della. (1998). **Psicoterapia infantil: ilustrando a importância do vínculo materno para o desenvolvimento da criança** - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul Revista de Psicologia: Reflexão e Crítica.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, v. II.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Códigos e Leis:

Estatuto da Criança e Adolescente/ Trabalhos de pesquisa e elaboração de índice por Maria Celeste José Ribeiro,- 4 ed., ver. e atual. – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002;

Decreto Lei nº 911 de 1º de outubro de 1969.
Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. (disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em 19/06/2011 as 18:15 h).

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 48/2005 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94,- Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

Vade Mecum compacto/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. - 3. ed.atual. Eaampl. - São Paulo: Saraiva, 2010.

Lei de nº 12.318 de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da lei 8.069 de 13 de julho de 1990.

Jurisprudências:

Ac. da 2ª Câm. do TJPB de 18.12.1995, na Ap. 95.002403-1, rel. Des. Almir Carneiro da Fonseca; Rev. do Foro 94/211.

Ac. Um. Da 1ª Câm. Do TJMT de 08.11.1982, no Ag. 2.655, rel. Dês. Flávio José Bertin; RePro 74/303.

TAMG - 6.ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento n. 7.912-6, de Varginha - Relator: Salatiel Resende, v.u.) (Fonte: Revista Forense, Vol. 312, Jurisprudência Civil - p. 153) (g.n.).

Ac. Um.da 2ª Câm. Do TJSP de 01.08.1995, na Ap.235.814-1/8, rel. Dês. Laert. Caramenha; Adcoas, de 10.11.1995, n. 8000135.

Ac. Um.da 2ª Câm. Do TJSP de 01.08.1995, na Ap.235.814-1/8, rel. Dês. Laert. Caramenha; Adcoas, de 10.11.1995, n. 8000135.

Ac. Um. Da 1ª Câmara do TJMT de 08.11.1982, no Ag. 2.655, rel. Dês. Flávio José Bertin; RePo 74/303.

Ac. Unân. Da 1ª Câmara. Do TJMT, de 03-10-77, no ms.247-rel. Des. Jesus de Oliveira Sobrinho; Anais Forenses, vol. 41 p. 243.

Endereços Eletrônicos:

FORGIARINI, Giorgio. **Aspectos relevantes da alienação fiduciária em garantia.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3108>. Acesso em: 01/03/2011.

Wikipédia, a enciclopédia livre. Lei das XII Tabuas. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_das_Doze_T%C3%A1buas. Acesso em 14/03/2011.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Moura de. Lei nº 10.931/04: as alterações ao Decreto-Lei nº 911/69. Questões relevantes. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 533, 22 dez. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6080>. Acesso em 27/02/2011.

FERNANDA BANDEIRA RIVAS, disponível em: www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/discente/dis5.doc, Acesso em 21/03/11 as 10:42.

FONSECA. Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca. Síndrome de alienação parental. <http://www.pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2011, as 13:20.

Wikipédia, a enciclopédia livre. Processo Cautelar. disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Processo_cautelar. Acesso em 28/02/2011 as 10:28.

MOTA, Tercio de Souza. Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional. Disponível em: http://www.ambito-uridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8911. Acesso em 11 abril de 2011 às 9:15 h.

SOUZA, Euclides. ALIENAÇÃO PARENTAL, perigo eminente, disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=435121337>. Acesso em 17 de abril de 2011 às 15:15.

BERENICE. Maria, Alienação Parental e a perda do poder familiar. Disponível em www.mariaberenice.com.br. Acesso em 17/04/2011 às 16:49 h.

Lei 12318/2010. Lei da Alienação Parental. Comentários e Quadros Comparativos Entre o Texto Primitivo do PL, os Substitutivos e a Redação Final da Lei 12.318/10, texto de AMILCAR, disponível em <http://www.direitointegral.com/2010/09/lei-12318-2010-alienacao-parental.html>. Acesso no dia 04 de maio de 2011 às 10:30 h.

Caso Joanna: delegado diz que pai da menina tinha prazer em torturar a criança. Matéria escrito por Antônio Werneck e Gabriel Mascarenhas, Publicada em 15/10/2010 às 23h30m. <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2010/10/15/caso-joanna-delegado-diz-que-pai-da-menina-tinha-prazer-em-torturar-crianca-922802144.asp>. Acesso no dia 10 de maio de 2011 às 11:20 h.