

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

EMILIA LAVINIA JANERI BARBOSA

**AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA, E O
PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL: Uma análise no ordenamento jurídico
brasileiro**

CURITIBA

2018

EMILIA LAVINIA JANERI BARBOSA

**AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA, E O
PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL: Uma análise no ordenamento jurídico
brasileiro**

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Osvaldo Canela Júnior

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

EMILIA LAVINIA JANERI BARBOSA

**AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA, E O
PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL: Uma análise no ordenamento jurídico
brasileiro**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Prof. Osvaldo Canela Júnior

Avaliador: _____

Prof.

Curitiba, de de 2018

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo estabelecer uma inter-relação entre as tutelas provisórias de urgência e o dever de respeito ao princípio da boa-fé objetiva. É demonstrar a necessidade de se agir com respaldo na verdade, e as consequências da falta dela no trato de um importante direito processual conquistado, que é a possibilidade de se adiantar os efeitos da decisão, quando presentes a probabilidade do direito e o perigo da demora. De início, a conceituação e pormenores separadamente dos dois institutos processuais, delineando à junção deles. Por fim, julgados dos Tribunais Estaduais e Superiores para embasar todo o referencial teórico, em razão de a jurisprudência ser, atualmente, importante fonte de referência das decisões judiciais.

Palavras-chave: Tutelas provisórias de urgência. Princípio boa-fé processual. Código de Processo Civil 2015.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA	8
2.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO	9
2.1.1 Tutela cautelar no processo civil do Estado Liberal Clássico	9
2.1.2 Teoria de Piero Calamandrei	10
2.2 GENERALIDADES	12
2.2.1 Conceito e características	13
2.2.2 Formas de requerimento: incidental ou antecedente	16
2.2.3 Fumus Boni iuris (Probabilidade do direito)	17
2.2.4 Periculum in mora (Perigo de dano)	18
2.2.5 Fundamento Constitucional	20
2.2.6 Fungibilidade	22
2.3 EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	23
2.3.1 Código de 1939	23
2.3.2 Código de 1973	23
2.3.3 CONFIGURAÇÃO NO CPC/15	25
3. DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL	28
3.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO	29
3.1.1 A Boa-fé no Direito Romano	29
3.1.2 A boa-fé na cultura germânica	32
3.1.3 A boa-fé no Direito Canônico	33
3.2 GENERALIDADES	34
3.2.1 Conceito e características	34
3.2.2 Diferenças entre a boa-fé subjetiva e a objetiva	38
3.2.3 Concretização da norma	40
3.3 Configuração no Direito Brasileiro	42
3.3.1 Fundamento Constitucional	42
3.3.2 Boa-fé no Código Civil de 2002	44
3.3.3 Boa-fé no Código de Processo Civil 2015	46
4. A IMPORTÂNCIA DO USO DA BOA-FÉ NO TRATO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA	47
4.1 A efetivação da tutela provisória de urgência	47
4.2 A verdade e o processo	49
4.2.1 Exercício abusivo de direitos processuais: Litigância de má-fé	50

4.2.2. A responsabilidade objetiva pela fruição da antecipação da tutela.....	53
4.3 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS	56
4.3.1 TRIBUNAIS ESTADUAIS	57
4.3.2 TRIBUNAIS SUPERIORES	64
5. CONCLUSÃO.....	70
6. REFERÊNCIAS	72

1. INTRODUÇÃO

Dissertar sobre as tutelas provisórias de urgência é buscar refletir discussões significativas no âmbito do Processo Civil vigente, visto este ser um assunto contemporâneo a chegada do CPC/15. E simultaneamente ser, um instituto processual que já existe desde o Estado Liberal Clássico que fora se aprimorando com o passar dos anos e dos Códigos, ao que conhecemos no CPC/15. Sem pretensão de exaurimento, por se tratar de um assunto abrangente, em alguns pontos, divergente, em outros tantos, tão similar que seus pormenores acabam se misturando.

Aliar o princípio da boa-fé processual a discussão do tema, é também, estar atualizado, tendo em vista a corrente necessidade de harmonia entre a Constituição e as normas infraconstitucionais, estabelecida no CPC/15 pela inclusão de princípios constitucionais ou derivados em seu texto. Especialmente no Brasil, país extenso e multicultural, mundialmente conhecido pelo “jeitinho brasileiro” (por não poucas vezes visto como um defeito), é preciso falar da boa-fé na busca pela Jurisdição.

Os dois institutos processuais serão tratados em suas particularidades. O primeiro capítulo, abará as tutelas provisórias de urgência, com ênfase nas de natureza antecipada, com suas generalidades e configuração atual do ordenamento jurídico brasileiro, bem como alguns de seus mais relevantes aspectos ao longo da história do processo.

O segundo capítulo, dará forma ao princípio da boa-fé processual, que sempre foi uma norma implícita em qualquer relação (não apenas as jurídicas), que agora veio positivada no Código de Processo Civil (art. 5º). Dessa forma, demonstra a enorme relevância que ganhou quando da mudança de Código, já que sua aplicação deve ser estendida a todos os sujeitos processuais, do mesmo modo que ao ordenamento jurídico brasileiro em sua inteireza (incluindo o âmbito penal).

O último capítulo tratará sobre a necessidade de união entre o princípio da boa-fé processual ao requerimento de qualquer tutela provisória de urgência. Eis que tal garantia processual, que fora se moldando ao passar dos anos, traz consequências aos envolvidos. Quando não tratada com boa-fé, pode gerar malefícios não apenas para quem a requer, como também para a parte que é demandada. Já que para a concessão de medidas de urgência, é suficiente apenas a probabilidade

do direito aliada ao perigo da demora na prestação. Ademais, este momento processual não é aberto ao contraditório, razão esta que confere ao requerimento maior responsabilidade de que seja feito com verdade.

Para finalizar o estudo, será trazido o entendimento de alguns Tribunais Estaduais, bem como dos Tribunais Superiores, para melhor aliar, no que tange ao tema proposto, a teoria desenvolvida à prática.

2. DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA

Para melhor compreender essa tutela jurisdicional oferecida pelo Estado-juiz, que se manifesta de maneiras definitiva ou provisória, é preciso uma breve conceituação de cada uma. Isto porque a tutela provisória é aquela que se pretende definitiva concedida após cognição sumária (ou seja, após o exame menos aprofundado da causa).¹

Por tutela definitiva, que pode ser a satisfativa ou a cautelar, entende-se aquela obtida com base na cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto da decisão, respeitando-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada. É espécie de tutela que prestigia, acima de tudo, a segurança jurídica.²

Por tutela provisória, assim denominada no Código de Processo Civil/2015, compreende-se aquela apta a conferir pronta satisfação, dando eficácia imediata à tutela definitiva pretendida e evitando-se que se coloque em risco a pretensão, já que o processo, necessariamente, exige tempo.³

¹ Por **cognição sumária**, entendeu Teori: uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical. É diferente de processo sumário, já que o processo sumário de conhecimento é autônomo, por gerar prestação jurisdicional definitiva. Por outro lado, a cognição sumária é própria de tutela jurisdicional não autônoma, temporária, inapta a formar coisa julgada material, estando sempre ligada a uma tutela definitiva a qual serve. (Zavascki, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. Editora Saraiva. 7ª edição, 2009, São Paulo. Pág. 33)

² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil** 2. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015, Pág.561

³ Ibidem, pág. 567- 568

Ainda, como fez o CPC/15 ao considerar a tutela de urgência como gênero (art. 294, parágrafo único)⁴, as tutelas cautelar e antecipada seriam consideradas espécies/modalidades.

Segundo Medina: “A rigor, a tutela antecipada, apenas antecipa os efeitos da própria tutela, não havendo ampliação do objeto litigioso. Já a tutela cautelar contém pedido diferente do “principal”, objeto litigioso próprio”.⁵

2.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

Conforme brilhante introdução de Daniel Mitidiero⁶:

O estudo da antecipação de tutela, compreendida como a técnica direcionada a antecipar de forma provisória mediante cognição sumária a tutela jurisdicional do direito à parte visando à distribuição isonômica do ônus do tempo no processo, deve partir da teoria da tutela cautelar. E isso por uma razão simples: durante muito tempo a doutrina não percebeu a autonomia conceitual da técnica antecipatória e teorizou-a de forma indevida em termos de ação, provimento ou processo cautelar. Mesmo quando posteriormente a doutrina passou a distinguir tutela cautelar de antecipação da tutela, passo de fundamental importância, a distinção foi realizada de forma incompleta, incapaz de viabilizar a identificação e sistematização do conceito em toda a sua inteireza. Daí que a teorização atinente à tutela cautelar constitui inequívoco ponto de partida para a efetiva técnica antecipatória.

Razão se sustenta. Desta feita, é preciso que se faça, sem pretensão de exaustão, um apanhado da tutela cautelar para melhor entender as provisórias de urgência.

2.1.1 Tutela cautelar no processo civil do Estado Liberal Clássico

⁴ **Art. 294.** A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 4ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP), 2018. Pág. 493

⁶ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**. 3ª edição. Revista dos tribunais. São Paulo (SP) 2017. Pág 31

Ensina Marinoni⁷ em exíguas palavras, que o processo civil, no Estado Direito de matriz liberal, não foi projetado para dar tutela preventiva aos direitos.

A tutela destinada a impedir a violação do direito não era admitida, não apenas porque se supunha que os direitos podiam ser adequadamente tutelados após a ocorrência do dano, mediante pagamento de indenização, mas também porque uma tutela jurisdicional anterior a prática de qualquer ato contrário ao direito era vista como interferência estatal inconcebível sobre a esfera da liberdade e a da autonomia do indivíduo.⁸

Refletindo os valores da época, era inimaginável a possibilidade de tutela estatal que fosse apta a atuar sobre a vontade de alguém sem violação de um direito ou apenas para impedir a prática de um ilícito.

A razão disso baseia-se em uma suposição de que os direitos não necessitavam dessa tutela preventiva, ou no entendimento de que o Estado não poderia atuar previamente ao agir, constringendo as vontades individuais de cada um.

Deste modo, a tutela cautelar foi pensada para mudar essa realidade de apenas poder afirmar as ordens da lei posteriormente a verificação da existência de um direito. Seria uma ação para assegurar a tutela pretendida dentro do próprio processo de conhecimento.

Assim, ele conclui:

Foi em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva- o qual evidentemente se impõe diante da impropriedade da técnica processual- que a ação cautelar inominada, diante das pressões sociais por tutela jurisdicional adequada, passou a ser utilizada como “ação autônoma e satisfativa”, capaz de propiciar as tutelas inibitória e de remoção do ilícito e própria antecipação da tutela, que, em princípio, apenas poderia ser prestada depois de finalizado o processo de conhecimento.⁹

2.1.2 Teoria de Piero Calamandrei

Alguns dos mais importantes processualistas do mundo, como Calamandrei (1955), Dinamarco (1987), Taruffo (1992) e outros, deram suas

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 6ª edição. Revista dos Tribunais. 2014. São Paulo. Pág. 44

⁸ Ibidem Pág.46

⁹ Ibidem. Pág. 60

contribuições aos estudos do processo cautelar que refletiram significativamente na doutrina e legislação brasileiras.

Através do estudo da verdade, certeza, probabilidade, verossimilhança, dúvida e probabilidade¹⁰, o conceito das tutelas provisórias que conhecemos hoje, foi se formando ao longo dos anos, recebendo forte influência de institutos do direito italiano e francês, principalmente.

Inspirado em Chiovenda e Carnelutti, os estudos de Piero Calamandrei tiveram notória e decisiva influência na promulgação do Código de Processo Civil italiano de 1942, e refletiram, especialmente, no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.¹¹

De acordo com Tesser, a prova da influência de Calamandrei na legislação processual brasileira de 1973, por exemplo, se deu logo na Exposição de Motivos da Lei 5.969/1973 (Código de Processo Civil), a respeito da terminologia adotada em seu Livro III¹²:

Ainda quanto à linguagem, cabe-nos explicar a denominação do Livro III. Empregamos aí a expressão processo cautelar. Cautelar não figura, em nossos dicionários, como adjetivo, mas tão só como verbo, já em desuso. O projeto o adotou, porém, como adjetivo, a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição de nosso direito processual era a função cautelar distribuída, por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III, e, pelo vigor e amplitude de seu significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal. (...) No direito italiano, argentino e uruguaio também a doutrina manifestou o seu assentimento à expressão 'processo cautelar' (e, como fundamento da adoção da terminologia, se verifica como primeira obra citada a monografia clássica de Calamandrei sobre o estudo dos provimentos cautelares). (grifo nosso)

¹⁰ Para Dinamarco, na contextualização da relação de adequação entre a antecipação de tutela x probabilidade e a verossimilhança. Conceitua probabilidade: "além das naturais limitações do sistema, que são inevitáveis, sente-se também que inúmeros pontos e mediante variadas formas a ordem jurídica deliberadamente se afasta ainda mais do requisito certeza. São soluções inseridas na técnica processual, sempre com vistas à antecipação dos resultados da jurisdição." E verossimilhança: "convencer-se da verossimilhança não significa mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como descreve o autor." (DINARMACO, Cândido Rangel, "A Reforma..." cit., pág. 145 *apud* CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada**, volume I. Editora LTR. São Paulo(SP) 1999., pág. 265-266)

¹¹ TESSER, André Luiz Bäuml. **Tutela cautelar e antecipação de tutela**. Perigo de dano e perigo de demora. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP). 2014. Pág. 37-38

¹² Ibidem, pág 40-41

Desta feita, nítida é a contribuição de Calamandrei sobre a tutela cautelar, tendo feito da diferenciação entre os perigos de dano e de demora, um ponto de partida para essa discussão. A distinção trazida por ele, foi chamada de *pericolo de infruttuosità e pericolo di tradività*.

Seguindo nos ensinamentos de Tesser quanto à teoria de Calamandrei, que este usava palavras como “provvedimento”, “azione”, “processo cautelare”, apontando que sua noção de “provisoriedade”, como uma importante ferramenta de distinção dos procedimentos cautelares, já que eles tendem a ser substituídos por outros de natureza definitiva.¹³

Assim, conclui¹⁴:

Logo, é a partir dessa ideia de instrumentalidade que Calamandrei sustenta que a tutela cautelar é instrumento mediato a se fazer sentir para a garantia do eficaz funcionamento da justiça, tendo em vista que todos os provimentos da jurisdição são instrumentos do direito material que atuam. É daí que o processualista de Florença se permite concluir que a instrumentalidade da tutela cautelar é uma instrumentalidade qualificada, elevada ao quadrado, sustentando a ideia que de o provimento cautelar é o instrumento do instrumento.

Apesar de precursora, a teoria da instrumentalidade ao quadrado da tutela cautelar acabou sendo contestada por diversos doutrinadores, tanto na Itália, como no Brasil.

Distintamente do que se afirmou: “a tutela cautelar não objetiva garantir a efetividade da ação, propriamente dita”. Mas sim: “O direito à tutela cautelar deriva do próprio direito material e está intimamente ligado à proteção do direito à tutela do direito.”¹⁵

Justifica Tesser, que se deve analisar o momento histórico, político, e ideológico (Itália de Mussolini), e a presença de estado liberal clássico.

2.2 . GENERALIDADES

¹³ Ibidem, pág 43-45

¹⁴ Ibidem, pág. 44

¹⁵ TESSER, André Luiz Bäuml. **Tutela cautelar e antecipação de tutela**. Perigo de dano e perigo de demora. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP). 2014. Pág. 48-49

Consoante doutrina de Teori Albino Zavascki, a primeira observação a se fazer a respeito das tutelas provisórias está na circunstância de fato que lhe serve de pressuposto. Ou seja: “supõe a existência de uma situação de risco ou de um embaraço à efetividade da jurisdição, a saber: risco de dano ao direito, risco de ineficácia da execução, obstáculos ao andamento normal do processo e assim por diante.”¹⁶

Buscou, desde o início, suprir um dos problemas da tutela definitiva, já que diferente dos ensinamentos de Calamandrei, o ordenamento jurídico ideal não existe. Idealizava ele:

En un ordenamiento procesal puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presenta la demanda se pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares.¹⁷

2.2.1 Conceito e características

Conforme introdução de Didier Jr., Rafael A. de Oliveira e Paula S. Braga¹⁸:

A rigor, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. É imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que se realize plenamente o devido processo legal e todos os seus consectários, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É garantia de segurança jurídica. Bem pensadas as coisas, o processo “demorado” é uma conquista da sociedade: os “poderosos” de antanho poderiam decidir imediatamente. O que atormenta o processualista contemporâneo, contudo, é a necessidade da razoabilidade na gestão do tempo, com olhos fixos na: i) demora irrazoável, o abuso do tempo, pois um processo demasiadamente lento pode colocar em risco a efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo em casos de urgência; e na ii) razoabilidade da escolha de quem arcará com ônus do passar do tempo necessário para concessão de tutela definitiva, tutelando-se provisoriamente aquele cujo direito se encontre em estado de evidência. Essa seria a função constitucional das tutelas provisórias: a harmonização de tais direitos fundamentais (segurança e efetividade) em tensão.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. Editora Saraiva. 7ª edição, 2009, São Paulo. Pág. 27

¹⁷ CALAMANDREI, Introducion, cit. P. 44 apud Zavascki, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. Editora Saraiva. 7ª edição, 2009, São Paulo. Pág. 26

¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015. Pág. 567

Dá-se o nome de tutela provisória ao provimento jurisdicional que se destina a adiantar os efeitos da decisão final no processo ou assegurar o seu resultado prático. A tutela provisória (cautelar ou antecipada) exige dois requisitos: a probabilidade do direito substancial (o chamado *fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco do resultado útil do processo (*periculum in mora*). A soma desses dois requisitos deve ser igual a 100%, de forma que um possa compensar o outro.¹⁹

Ou seja, quanto mais denso o *fumus boni iuris*, com menos rigor deverá o juiz mensurar os pressupostos concernentes ao *periculum in mora*. E quanto maior o risco de perecimento do direito invocado ou a probabilidade de ocorrer dano de difícil reparação, com maior flexibilidade deverá considerar os pressupostos relativos ao *fumus boni iuris*.

Registra-se, por consequência, a análise realizada por Eduardo José da Fonseca Costa, aqui apontada nas palavras dos renomados autores²⁰:

A lei exige a conjugação desses dois pressupostos. A prática, porém, revela que a concessão da tutela provisória não costuma obedecer rigorosamente essa exigência. Há situações em que juízes concedem a tutela provisória em razão da extrema urgência, relegando um tanto a probabilidade e vice-versa. (...) o autor, em trabalho importantíssimo de pragmática processual, demonstra que o “Direito Vivo” aceita várias combinações entre probabilidade e perigo, para fim de concessão de tutela provisória. (...) entre os dois pressupostos há uma permutabilidade livre. Se o caso concreto desviar-se do ‘tipo normal’ e somente um dos pressupostos estiver presente em ‘peso decisivo’, mesmo assim será possível conceder-se a medida, embora por força de uma ‘configuração atípica’ ou ‘menos típica’, que se afasta do modelo descrito em lei. Tudo se passa como se, nos processos concretos de concessão de tutelas liminares, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* fossem elementos ou forças que se articulam de forma variável, sem absolutismo e fixidez dimensional. A tese é muito interessante e de difícil refutação.

A tutela provisória pode ser concedida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Conforme estabelece o CPC/15, ela é gênero do qual são espécies, a tutela de urgência e a de evidência. A de urgência pode ter natureza cautelar ou antecipada, podendo ainda ser pleiteada em qualquer uma delas, em forma de caráter antecedente ou incidental.

¹⁹ DONIZETTI, Elpidio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Editora Atlas. 21ª edição. 2018. São Paulo (SP) pág. 444

²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015. Pág. 594-595

Possui como uma de suas características a reversibilidade, já que o que se espera é a possibilidade de retorno ao *status quo ante*, havendo reposição do estado das coisas tal como existiam antes da providência.

“Considera-se reversível o provimento (reversíveis os seus efeitos), toda vez que puder haver indenização e que esta seja capaz de efetivamente compensar o dano sofrido”.²¹

Como bem aponta Didier. Jr., essa reversibilidade, pela revogação ou modificação, só poderá ocorrer em razão de: “alteração no estado de fato ou de direito ou do estado de prova- quando, por exemplo, na fase de instrução, restarem evidenciados fatos que não correspondam àqueles que autorizariam a concessão da tutela”.²²

Seguindo em seu entendimento, o respeitado autor afirma que as tutelas provisórias possuem outras 2 características essenciais, quais sejam: “sumariedade da cognição, vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso, e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um juízo de probabilidade”. E a precariedade, que mesmo que a haja a garantia da conservação da eficácia da tutela ao longo de todo o processo, existe, a qualquer tempo, a possibilidade de decisão judicial em sentido contrário.²³

Em situação de urgência, que é o foco do presente estudo, ainda que muitas vezes os fundamentos (urgência e evidência) e seus desdobramentos acabem se confundido, já que ambos fazerem parte do mesmo instituto. Aqui, o tempo necessário para obtenção da tutela definitiva (satisfativa ou cautelar) pode colocar em risco a sua efetividade.

Nas tutelas provisórias de urgência (satisfativa/antecipada ou cautelar), que se materializam através de uma decisão liminar, pressupõe-se a demonstração de “probabilidade do direito” e do “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. (Art. 300 CPC).²⁴

²¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, V1. 15ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP). 2015. Pág. 463

²² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015. Pág. 568

²³ Idem.

²⁴ **Art. 300.** A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” §1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea

2.2.2 Formas de requerimento: incidental ou antecedente

As tutelas provisórias de urgência podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental. Essa classificação, por considerar o momento em que o pedido de tutela provisória é feito, compara-o com o momento em que se formula o pedido de tutela definitiva. Apenas as tutelas provisórias de urgência podem ser requeridas em caráter antecedente, já que é a urgência que justifica tal requisição antes mesmo do pedido de tutela definitiva.²⁵

Por tutela antecedente, conceitua Didier Jr²⁶.

É aquela que deflagra o processo em que se pretende, *no futuro*, pedir tutela definitiva. É requerimento *anterior* à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento). (...) foi concebida para os casos em que a situação de urgência já é presente no momento da propositura da ação e, em razão disso, a parte não dispõe de tempo hábil para levantar os elementos necessários para formular o pedido de tutela definitiva (e respectiva causa de pedir) de modo completo e acabado, reservando-se a fazê-lo posteriormente.

Conforme Humberto Theodoro Junior²⁷, existe ainda, após a implementação do novo Código, com regime similar ao francês e italiano, mais uma distinção entre elas: as medidas antecedentes conservativas (arresto²⁸, sequestro, busca e apreensão),

para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la; §2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia; §3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Assim, explica Costa Machado que “fica a parte autorizada a requerer e o juiz autorizado a exercer o poder geral de tutela de urgência para a concessão de providências antecipatórias (ou satisfativas) ou cautelares (conservativas) de qualquer tipo, estejam ou não previstas em lei processual ou material, com o objetivo de neutralizar o periculum in mora e assim devolver ao processo a potência natural para reconhecer e realizar direitos”. (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela provisória- interpretação artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, do Livro V, da Parte geral e dos dispositivos esparsos do CPC em vigor que versam sobre Tutela provisória**. Malheiros Editores. São Paulo (SP). 2017. Pág. 43)

²⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015. Pág. 571

²⁶ Idem

²⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v1. 59ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018. Pág. 674

²⁸ Por arresto entende-se a medida cautelar constritiva que serve à futura execução por quantia; por isso, pode ser arrestado qualquer bem que puder ser penhorado. Sequestro é medida cautelar constritiva que serve à futura execução para entrega de coisa; por isso, sequestrável é o bem objeto da disputa. (JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015. Pág. 590)

que seriam acessórias do processo principal e as medidas antecedentes satisfativas, que possuem, eventualmente, autonomia.

Na sequência, Didier Jr. define a tutela provisória incidental, como regra geral²⁹:

É aquela requerida dentro do processo em que se pede, ou já se pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento) independentemente do pagamento de custas (art. 295, CPC). É requerimento *contemporâneo ou posterior* à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado ingressa com um processo pleiteando, desde o início, tutelas provisória e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, pede a tutela provisória.

Acrescenta Theodoro³⁰, a importante observação de que o art. 300, §2º, CPC permite nas incidentais, e como forma de exceção, a concessão liminar, ou após justificação da medida de urgência, mesmo que a regra geral seja oitiva prévia da parte contrária.

Aqui se demonstra uma boa razão para que a parte esteja sempre munida de sua boa-fé ao fazer tais requerimentos, já que o contraditório se encontra mitigado.

2.2.3 Fumus Boni iuris (Probabilidade do direito)

Pela definição de Mitidiero quanto à probabilidade³¹:

Constitui descrição em maior ou menor grau aproximada da verdade. Afirmar que determinada alegação é provável significa dizer que a proposição corresponde, em determinada medida, à verdade. Isso quer dizer que a *probabilidade* concerne a uma *alegação concreta* e indica a existência de válidas razões para tomá-la como correspondente a *realidade*. A *verossimilhança*, de outro lado, não diz respeito à *verdade* de determinada proposição. A verossimilhança apenas indica a conformidade da afirmação àquilo que *normalmente acontece* (*id quod plerumque accidit*) e, portanto, vincula-se à simples possibilidade de que algo tenha ocorrido ou não em face de sua precedente ocorrência em geral.

Quando se fala em tutela de urgência, trabalhando em grau de probabilidade, não é preciso que se demonstre categoricamente a existência do direito

²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015. Pág. 572

³⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v1. 59ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018. Pág. 674

³¹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**. 3ª edição. Revista dos tribunais. São Paulo (SP) 2017. Pág. 115

material em risco. Até porque, não raras vezes, a pretensão é litigiosa, havendo apenas a comprovação do que foi declarado, com o transcorrer do processo. Assim, o direito que estiver em risco, precisa apenas se revelar como um interesse justificador do “direito de ação”, ou seja, o direito ao processo de mérito.³²

Segundo Dias, o requisito *fumus boni iuris* se apresenta como um item de conexão entre a providência urgente requerida e o mérito da demanda.³³

Destarte, para Didier Jr. é necessária a verossimilhança fática aliada a um grau de plausibilidade em torno da narrativa trazida aos autos, independentemente da produção de provas. Concomitantemente, é preciso que haja uma plausibilidade jurídica a fim de se atingir os efeitos pretendidos.

Para finalizar, Didier Jr. aponta a dificuldade de medir a verossimilhança necessária, dado que o juiz não possui um termômetro ou medidor preciso. Ele precisa fazer a análise casuisticamente.³⁴

2.2.4 Periculum in mora (Perigo de dano)

Consoante entendimento de Humberto Theodoro Jr.:

O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido. Ele nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Pretende-se combater os riscos de injustiça ou de dano derivados da espera pela finalização do curso normal do processo. Há que se demonstrar, portanto, o “perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional”. (Art. 300, NCPC)³⁵

Nas explicações de Dias, o *periculum in mora* trata da urgência. Modernamente entendido como: “o risco de que o processo principal não seja

³² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v1. 59ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018. Pág. 647

³³ DIAS, Jean Carlos. **Tutelas provisórias no novo CPC**. Editora JusPodivm. 2017. 1ª edição. Salvador (BA). Pág. 71

³⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015. Pág. 576-597

³⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**, v1. 59ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018. Pág. 649

suficientemente ágil a promover a solução do conflito antes que uma das partes gere aquele prejuízo a outra”.³⁶

Diferencia, ainda, o instituto na tutela cautelar e na antecipatória: “enquanto a tutela cautelar não se presta ao deferimento de qualquer pretensão de direito material, na antecipatória a finalidade é exatamente prevenir o direito material afirmado pelo autor e resistido pelo réu”.³⁷

A título de complementação, Arthur César de Souza³⁸:

O perigo de demora pode decorrer tanto do dano marginal da mora processual, o que justificaria a concessão de tutela provisória de urgência satisfativa, quanto eventual dando que pudesse acarretar à efetividade da tutela jurisdicional em razão de atos ou circunstâncias praticadas pelo requerido, o que ensejaria uma tutela provisória de natureza cautelar. Assim, em regra, a demonstração de risco de dano irreparável o de difícil reparação para as tutelas de urgência satisfativa está mais relacionado à mora processual em si, enquanto que esse mesmo risco, desta vez provocado por algum ato específico do requerido, em regra, gera fundamento para a concessão de tutela de urgência cautelar. É evidente que a atitude do requerido também poderá ensejar a necessidade de uma tutela de urgência de caráter satisfativo, dependendo do caso concreto.³⁹

³⁶ DIAS, Jean Carlos. **Tutelas provisórias no novo CPC**. Editora JusPodivm. 2017. 1ª edição. Salvador (BA). Pág. 62

³⁷ Ibidem, pág. 66

³⁸ Com intuito de enriquecimento do presente trabalho, o autor traz o **artigo 728 do CPC espanhol** que também estipula como requisito para concessão de medidas cautelares o ‘perigo de demora processual’, in verbis: *art. 728. Perigo de demora processual. Aparência do bom direito. Caução. 1. Somente poderão ser deferidas medidas cautelares se quem as solicita justifica, que, no caso em questão, poderão produzir-se durante a pendência do processo, se não se adotar medidas solicitadas, situações que impeçam ou dificultem a efetividade da tutela que puder ser outorgada em uma eventual sentença estimatória. Não se deferirão medidas quando por meio delas se pretenda alterar situações de fato já consolidadas no tempo em razão de consentimento do requerente, salvo se este justificar pormenorizadamente as razões pelas quais ditas medidas não foram solicitadas até então. 2. O requerente de medidas cautelares também deverá apresentar com seu requerimento os dados, argumentos e justificações documentais que possam produzir no tribunal, sem que ocorra um prejulgamento de fundo sobre o assunto, um juízo provisório e indiciário favorável ao fundamento de sua pretensão. Na falta de justificação documental, o requerente poderá oferecê-la através de outros meios de prova, que deverá indicar no mesmo requerimento. 3. Salvo havendo expressa disposição em contrário, o requerente de medida cautelar deverá prestar caução suficiente para responder, de maneira rápida e efetiva, pelos danos e prejuízos que a adoção da medida cautelar puder causar no patrimônio do demandado. O tribunal determinará a caução atendendo à natureza e ao conteúdo da pretensão e a valoração que realize, segundo o inciso anterior, sobre o fundamento da solicitação da medida. A caução a que se refere o parágrafo anterior poderá outorgar-se por meio de qualquer das formas previstas no parágrafo segundo do inciso 3, art. 529. Nos procedimentos em que se requer uma liminar de defesa dos interesses coletivos e dos interesses difusos dos consumidores e usuários, o Tribunal poderá dispensar o requerente da medida do dever de prestar caução, atendidas as circunstâncias do caso, assim como a entidade econômica e a repercussão social dos distintos interesses afetados.* (SOUZA, Arthur César de. **Tutela provisória**. 2ª edição. Almedina. São Paulo (SP), 2017. Pág. 178)

³⁹Ibidem, Pág. 183-184

Ao finalizar, Marinoni frisa que esse perigo de dano precisa ser: “ i) concreto, e não hipotético ou eventual, decorrente de mero temor da parte, ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; iii) grave, com aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito”.⁴⁰

2.2.5 Fundamento Constitucional

É a introdução ao tema através do ensinamento de Teori A. Zavascki:

A Constituição Federal, como se sabe, assegura a quem litiga em juízo vários direitos fundamentais, enfeixados no que genericamente se denomina “devido processo legal”. Do conjunto dos referidos direitos, destacam-se dois, que mais interessam ao estudo da antecipação de tutela: o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica. Sob a denominação de direito à efetividade da jurisdição queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória. O estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir- tanto quanto seja possível- a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.⁴¹

A emenda constitucional 45 consagrou explicitamente no texto da Constituição a garantia fundamental da razoável duração do processo judicial e administrativo e dos meios que assegurem a celeridade da sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CF/88). Antes disso, o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), ratificado pelo Brasil, também estabelecia esse direito.⁴²

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 10ª edição. Revista dos Tribunais.

⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. Editora Saraiva. 7ª edição, 2009, São Paulo. Pág. 66

⁴² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, 2. 17ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP). 2018. Pág. 886

Além disso, é a redação do art. 5º, XXXV, CF, sendo, portanto, um direito fundamental de todo cidadão brasileiro, que a lei não exclua de sua apreciação lesão ou ameaça à direito.⁴³

Assim, reforça Wambier⁴⁴:

A antecipação da tutela pretendida pela parte (que, em princípio, somente ao final, com a sentença, é que seria deferida) consiste em fenômeno processual de raízes nitidamente constitucionais, já que, para que seja plenamente aplicado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto na Constituição, é necessário que a tutela prestada seja efetiva e eficaz. A função da antecipação da tutela é a de permitir que a proteção jurisdicional seja oportuna, adequada e efetiva. Garantir a efetividade de suas decisões é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela.

Esse inciso, vem sendo entendido não apenas como amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário, mas também, efetivo acesso.

Adentrando um pouco mais no tema, Teori A. Zavascki⁴⁵, explicou que o poder do juiz de conceder medidas provisórias tem sua origem, legitimidade e eficácia demarcados pela Constituição.

Porém, trata-se de um poder que não nasce diretamente da Constituição, mas de um sistema constitucional organicamente considerado, onde é imprescindível a necessidade de se formular solução harmonizadora, tarefa que na omissão da lei, deve, por imposição desse sistema constitucional ser assumida pelo juiz.⁴⁶

Pela supremacia da Constituição, todo e qualquer preceito normativo sofrerá subordinação para com as normas constitucionalizadas. É a Constituição que dá unidade do sistema, estabelece seus princípios basilares, fixa limites e diretrizes para a legislação ordinária.⁴⁷

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > acesso em 26 de setembro de 2018

⁴⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v1. 15ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP). 2015. Pág. 453

⁴⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. Editora Saraiva. 7ª edição, 2009, São Paulo. Pág. 60-71

⁴⁶ Idem;

⁴⁷ Idem;

Zavascki definiu, ainda, que os poderes dados aos juízes no Brasil são tão grandes, inspirados no sistema norte-americano, que eles podem deixar de aplicar lei se a considerarem incompatível com a Constituição.

Por fim, ele entendeu que as medidas antecipatórias: “são instrumentos para mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição”⁴⁸

2.2.6 Fungibilidade

Conforme já mencionado, o CPC/ 15 trouxe algumas alterações no que diz respeito ao entendimento das tutelas provisórias de urgência.

Ao unificar a tutela cautelar à antecipação da tutela com fundamento na urgência, ele também autoriza a fungibilidade das duas medidas em casos de prévia adequação procedimental.

Didier Jr. explica que o CPC, ao padronizar os pressupostos necessários para concessão das tutelas de urgência, prevê um regime comum para a concessão em caráter incidental. Contudo, institui regimes diferenciados para a concessão das tutelas de urgência antecedentes: antecipada ou satisfativa (art. 303 e seguintes, CPC) e cautelar (art. 305 e seguintes, CPC). Tal divisão apoia-se na previsão da estabilização da tutela provisória antecedente, apenas aplicável à tutela satisfativa.⁴⁹

Vejamos:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Assim, trata-se de hipótese de fungibilidade progressiva, de conversão de medida cautelar em satisfativa, ou seja, daquela menos agressiva para a mais agressiva. Devendo também, por analogia, ser admitida a fungibilidade regressiva,

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015. Pág. 616

que seria o contrário: da satisfativa para a cautelar, ou seja, da mais para a menos agressiva e rigorosa.⁵⁰

Desta forma, fica admitida a fungibilidade mão dupla, com a conversão procedimental adequada.⁵¹

2.3 . EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

2.3.1 Código de 1939

O símbolo de referência a esboçar o tema foi o Código de Processo Civil, instituído pelo Decreto nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, o qual preconizava em seu artigo 675 uma tutela jurisdicional capaz de acautelar o interesse das partes, nas seguintes hipóteses:

Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I - quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II - quando, antes da decisão, fôr provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes; III - quando, no processo, a uma das partes fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

Consoante entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, o Código de 1939 atribuiu de forma tímida um poder geral de cautela ao magistrado, com amparo da maioria dos processualistas. Porém, além de muitos doutrinadores não terem enxergado no art. 675 qualquer indício de poder geral de cautela, os Tribunais à época não se mostraram sensíveis às necessidades de uso desse poder.⁵²

2.3.2 Código de 1973

Foi com o Código de Processo Civil de 1973, através de seu artigo 798, que houve a atribuição ao juiz do poder de determinar as medidas provisórias que julgasse adequadas. Tais medidas poderiam ser concedidas quando houvesse fundado receio

⁵⁰ Idem

⁵¹ Ibidem, pag. 617

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10ª edição rev., at. e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo (SP), 2008. Pág. 103

de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.⁵³

Art. 798. 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 julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.⁵⁴

Mas essa forma de processo não sustentou, pois conforme Fernando A. De Vita B. de Sales⁵⁵:

O processo cautelar era um tipo de processo, coadjuvante e dependente, que, em regra geral, tinha a finalidade de garantir a efetividade de um outro processo, principal, que poderia ser de conhecimento ou de execução. O processo cautelar não tinha vida própria, sendo sempre dependente da ação principal. O objetivo da ação cautelar era apenas de garantir que a ação principal pudesse se desenvolver e atingir seu desiderato eficazmente. Por isso mesmo que a ação cautelar não tinha caráter satisfativo, já que tal satisfação deveria ser obtida na ação principal.

O referido autor afirma, ainda, que embora tivesse exercido um importante papel no sistema processual, o processo cautelar acabou por sofrer uma espécie de esvaziamento em seus últimos anos, por conta da introdução, ainda na vigência do CPC/73, do instituto da antecipação de tutela, que permitia ao juiz adiantar os efeitos da sentença de mérito e posteriormente, também conceder medida liminar.

Para Arenhart e Marinoni, essa alteração foi necessária não apenas em razão das novas situações de direito material, mas principalmente porque: “a doutrina e os tribunais não admitiam a prestação da tutela satisfativa fundada em cognição sumária, com base na técnica cautelar.”⁵⁶

Assim, essa reforma, que se deu através da Lei nº 8.952, de 13.12.1994 modificou o CPC/73, criando a possibilidade da antecipação da tutela no processo de

⁵³ Ibidem, pág. 107

⁵⁴ SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **Novo CPC comentado artigo por artigo**. Editora Rideel, São Paulo, 2016. Pág. 221

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 6ª edição. Revista dos Tribunais. 2014. São Paulo (SP). Pág. 61

cognição exauriente (art. 273⁵⁷ e 461 CPC) ao eliminar a necessidade de o autor, para obter tutela sumária satisfativa, valer-se do art. 798, CPC/73, que gerava ações sumárias satisfativas e ações de cognição exauriente com tutela satisfativa interinal.

58

Ou seja, ao introduzir o art. 273, no curso do processo de conhecimento, em caso de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, houve a consagração da possibilidade de antecipar a tutela final, com base na verossimilhança e diante de fundado receio de dano. Antes de 1994, era excepcionalmente feito, mediante uso distorcido da técnica cautelar e apenas ao final do processo de conhecimento, criticam os autores.

Portanto, concluem os autores que o art. 273: “além de corrigir o uso equivocado da técnica cautelar, teve grande mérito de tornar inquestionável a viabilidade de se requerer tutela antecipatória em toda e qualquer situação conflitiva concreta”. (na presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*)⁵⁹

2.3.3 CONFIGURAÇÃO NO CPC/15

2.3.3.1 Tutela cautelar x antecipação de tutela

⁵⁷ **Art. 273. CPC/73.** O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação 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. §1o Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2o Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado; § 3o A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002) § 4o A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5o Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7o Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm; acesso em 10/10/2018)

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10ª edição rev., at. e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo (SP), 2008. Pág. 106

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 6ª edição. Revista dos Tribunais. 2014. São Paulo (SP). Pág. 62

As tutelas provisórias estão regulamentadas no livro V- “Da tutela provisória”, caracterizada nos artigos 294 a 311 do Código de Processo Civil, podendo ser fundamentadas na urgência ou na evidência. A tutela de urgência, objeto de estudo, a depender da finalidade pretendida, pode ser cautelar ou antecipada, sendo facultado à parte postulá-la em caráter antecedente ou incidental ao processo.

Uma das maiores mudanças que o CPC/15 trouxe em relação a elas foi quanto a unificação da tutela cautelar e da antecipação de tutela com fundamento na urgência.

Rogéria Dotti, ao elogiar o avanço da unificação, fala da linha tênue que as separavam, citando Eduardo Talamini, “não se estava a falar de coisas distintas entre si como água e vinho, mas de uma zona cinzenta, o que provocava divergência inclusive entre argutos processualistas”.⁶⁰

Essa falta de unificação anterior ao CPC/15, além de gerar, não raras vezes, muita confusão na prática forense, trazia igualmente inúmeras dúvidas quanto ao perigo de dano e perigo de demora, dois institutos com situações também muito semelhantes, mas que segundo Tesser, possuem uma grande distinção:

Nesse sentido, a distinção entre os perigos de dano e de demora deve ser vista como um critério teleológico de sua diferenciação, porquanto permite distinguir a tutela cautelar e antecipação da tutela fundada na urgência a partir da própria finalidade. Enquanto a tutela cautelar visará a eliminação de um perigo de dano a que está submetido um direito aparente, a antecipação de tutela com fundamento urgente visa eliminar o perigo de demora que o tempo naturalmente causa à outorga da tutela jurisdicional na medida da sua própria efetividade.⁶¹

Importante fazer a distinção, pois, segundo Medina, a expressão perigo de demora (*periculum in mora*) é usada em sentido amplo: seja quando se afirma que a tutela de urgência é deferida para se evitar dano advindo da demora processual,

⁶⁰ DOTTI, Rogéria. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada no CPC de 2015: Unificação dos Requisitos e Simplificação do Processo.** Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218846,101048-Tutela+Cautelar+e+Tutela+Antecipada+no+CPC+de+2015+Unificacao+dos> > acesso em 04/10/2018

⁶¹ TESSER, André Luiz Bäuml. **Tutela cautelar e antecipação de tutela.** Perigo de dano e perigo de demora. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP). 2014. Pág. 62

seja porque se está diante de uma situação de risco, que necessita da concessão de medida de emergência visando evitar a ocorrência de um dano próximo.⁶²

Prossegue falando que as duas formas de perigo muito se aproximam, podendo inclusive, se confundir, pois: “perigo de dano (referente a relação de direito material existente entre as partes) pode ser agravado pela demora processual (que tem mais a ver com a mora na prestação jurisdicional) ”

Finaliza reconhecendo que mesmo que a referida distinção se apresente na maioria dos casos, não lhe parece ser possível afirmar que a regra seria a vinculação do perigo de mora à tutela antecipada, e do perigo de dano à tutela cautelar.

Todavia, certifica que tutela de urgência tratada no CPC/15 engloba tanto o perigo de dano quanto o perigo de demora.⁶³

Para Elpídio Donizete, o CPC/15 traz algumas alterações de nomenclatura, mas, na essência, a natureza das medidas provisórias permanece. A tutela antecipada, por exemplo, continua a ser promovida com a finalidade de antecipar os efeitos de uma futura decisão de mérito. Continua, portanto, a ter natureza satisfativa. A tutela cautelar tem por fim evitar danos, de regra presente nas tutelas ressarcitórias, ou assegurar a utilidade do processo, o que pode consistir, inclusive, na ausência do dano, visando tão somente a remoção do ilícito nas tutelas inibitórias. Fato é que a tutela provisória consiste em eficaz instrumento para garantir a efetividade da tutela jurisdicional.⁶⁴

Mister se faz ressaltar, que alguns doutrinadores não concordam com a unificação, como Mitidiero, que afirma “Constitui requintada extravagância da doutrina colocar sob o mesmo gênero tutelas jurisdicionais diferentes apenas pela

⁶² MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 4ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP), 2018. Pág. 496-497

⁶³ Idem.

⁶⁴ DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Editora Atlas. 21ª edição. 2018. São Paulo (SP) pág. 445

circunstância técnica de ambas se prestarem à realização de forma antecipada sob cognição sumária”⁶⁵

Ao citar Ovídio Baptista, Mitidiero⁶⁶, diferencia os dois institutos:

A tutela cautelar é a tutela sumária que visa a combater, mediante providência mandamental, o perigo de infrutuosidade do direito de forma temporária e preventiva. Não tem por objetivo atacar o perigo na demora da prestação jurisdicional, nem prestar tutela a outro processo. Já a tutela antecipada tem por função combater o perigo da tardança do provimento jurisdicional compondo a situação litigiosa entre as partes provisoriamente. Lança-se Ovídio da estrutura à função: para caracterização da tutela cautelar, tira o foco da provisoriedade do provimento e coloca-se na satisfação ou simples assecuração do direito. Por força de sua doutrina, deixa-se de compreender toda tutela sumária como tutela cautelar. No seu pensamento, a tutela sumária passa a ser entendida como tutela de urgência, gênero no qual se inserem a tutela cautelar, tutela satisfativa de urgência autônoma e a tutela satisfativa interinal (tutela antecipada). Como é notório, foi por causa de suas lições que o direito processual civil brasileiro passou a distinguir tutela cautelar e antecipação de tutela.

Para Arthur César de Souza, especialmente após a entrada em vigor do CPC/15, tornou-se fundamental a distinção entre tutela provisória antecipada e a tutela provisória cautelar, especialmente pelo fato de que o efeito de estabilização e ultratividade da tutela provisória somente ocorre em relação a tutela antecipada e não em face da tutela cautelar.⁶⁷

Para ele, o princípio da fungibilidade (mesmo que ainda previsto no CPC/15) não mais poderia ser usado como álibi quanto a incompreensão conceitual de ambas as tutelas.

3. DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL

Para melhor entender o significado desse princípio que hoje encontra-se positivado em nosso Código de Processo Civil, é preciso buscar o real alcance que

⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**. 3ª edição. Revista dos tribunais. São Paulo (SP) 2017. Pág. 52

⁶⁶ Ibidem, pág. 53-54

⁶⁷ SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória- tutela de urgência e evidência**. 2ª edição. Almedina. São Paulo (SP) 2017. Pág. 111

ele reflete, não apenas em nosso ordenamento jurídico, mas também na sociedade brasileira como um todo e suas relações *inter partes*.

Segundo Paulo Lobo⁶⁸, a boa-fé nem sempre teve esse reconhecimento. Já que, especialmente no período de supremacia do liberalismo individualista, tanto no Brasil quanto nos países do sistema jurídico romano-germânico, a boa-fé foi limitada a espaços menores na legislação civil, ante a ideologia triunfante que a via como porta aberta à intervenção do Estado-juiz nas relações privadas, especialmente nos negócios jurídicos.

O dever de agir com verdade pode ser um tanto lógico para uns. Porém, algumas vezes, quando nos colocamos diante de situações em que os interesses individuais vão de encontro aos interesses do processo, a lealdade das partes acaba restando mitigada.

3.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

Não se trata de um instituto recente, eis que presente já no Direito Romano. Evoluiu conceitualmente desde a época medieval até chegar ao que se entende hoje. Importante é localiza-lo no decorrer da história, porém, pretensioso seria querer exaurir o assunto. Assim, serão feitos breves comentários no Direito Romano, Germânico e Canônico, sem abranger a primeira e a segunda sistemática.

“A boa-fé é uma noção jurídica tão antiga quanto obscura”.⁶⁹

3.1.1. A Boa-fé no Direito Romano

Como não diferente de tantos outros institutos, nos ensina Judith Martins-Costa, que a noção de Boa-fé⁷⁰ no Direito, vem do Direito Romano. As Leis das Doze

⁶⁸{Doutor em Direito Civil pela USP. Professor Emérito da UFAL. Professor do PPGD/UFPE. Foi Ministro do Conselho Nacional de Justiça (2005-2009)}. LOBO, Paulo. **Trajetória da afirmação da boa-fé no direito civil brasileiro**. 2018. Disponível em < <http://genjuridico.com.br/2018/02/26/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discrecionalidade-administrativa/>> acesso em 12/10/2018

⁶⁹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. Pág. 296

⁷⁰ De acordo com Judith Martins-Costa, a respeito da boa-fé: O sintagma {que para a teoria linguística seria a combinação entre um determinante e um determinado, uma expressão com significado inacabado} boa-fé é utilizado na linguagem dos juristas de modo multifacetado, nem sempre

Tábuas, traziam o entendimento de que “ se um patrono tiver cometido alguma fraude contra seu cliente, que seja condenado”⁷¹ embora alguns historiadores afirmem que tenha surgido ainda antes- equivalendo-se dizer que seja tão antiga quanto a fundação de Roma e a instituição da clientela.

Vinda desde o nascimento do mundo romano, a *fides* (como dever de auxílio e promessa de proteção; como garantia de cumprimento das obrigações assumidas) nasce como expressão que apresenta várias significações:

A *fides* será entendida amplamente como confiança, mas, igualmente, como colaboração e auxílio mútuo (na relação entre iguais) e como amparo ou proteção (na relação entre desiguais); como lealdade e respeito a palavra dada; como fundamento da justiça e da virtude cívica, como liame que une entre si os membros da *societas inter ipsos*, e, ainda, como instrumento técnico-jurídico, de modo especial os *iudicia ex fide bona*, sua vigência se manifestando de maneira fluída e elástica em todos os níveis jurídicos, políticos e sociológicos, da cultura romana, constituindo seu valor ético fundante.⁷²

Pela vastidão desse domínio conceitual, Judith Martins-Costa afirma a necessidade de divisão em três grandes grupos, quais sejam: o das relações de clientela, o dos negócios contratuais, e o da proteção possessória.

Quanto a *fides* como ideia de um dever de auxílio e promessa de proteção⁷³:

As relações de clientela implicavam a existência de deveres de lealdade e obediência por parte do *cliens* em troca da proteção que lhe era dada pelo cidadão. Traduzindo a relação entre pessoas juridicamente desiguais- o cidadão livre (patrício) e o cliente- essas relações são dominadas pela *fides* compreendida tanto quanto o *poder* do patrão (poder de direção) e o dever do *cliens* (dever de obediência), quanto sob a forma de *promessa de proteção*. Mostra-se aí a atuação da boa-fé em relações que hoje diríamos assimétricas. A *fides*-proteção se verificava, notadamente, nas relações entre desiguais, isto é, naquelas relações em que uma parte depende do poder da

designando o mesmo fenômeno jurídico. A própria legislação registra a locução em diversas situações e significados, ora como conceito indeterminado integrante de regra jurídica, ora como princípio, ora plasmando uma acepção objetiva, como standard jurídico (boa-fé como pauta da conduta devida) e como regra de comportamento, ora a acepção subjetiva (boa-fé como crença e/ou estado e ignorância), muito embora melhor se deva qualificar a boa-fé como instituto ou modelo jurídico. Já quanto as acepções, o idioma português, tal qual o italiano, o espanhol, o francês, e o inglês, dispõe de uma mesma e única expressão linguística para designar duas realidades jurídicas diversas a que são atribuídas distintas funções, gerando, cada qual, específicas e inconfundíveis eficácias normativas, discernidas pelo adjetivo: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. (COSTA, Martins Judith. **A boa-fé no direito privado, critérios para sua aplicação**. 1ª edição 10/2015- 1ª reimpressão 03/2016. São Paulo, (SP), Marcial Pons, 2015. Pág. 39-40)

⁷¹“*Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*”. Ibidem, pág. 49

⁷² Idem

⁷³ Ibidem, pág. 52

outra-como nas relações entre homens e deuses-, porém, aí não restando limitadas. É que igualmente se verificava nas relações entre iguais ou companheiros, membros da *societas inter ipsos*, de modo que a *fides* como dever de auxílio operava, em ambas, como lealdade mútua, ou mútua colaboração, consistindo por vezes, em cumprir com o máximo de forças os deveres de que se estava incumbido.

Quanto a *fides*-promessa, ou *fides* garantia⁷⁴:

A *fides*-promessa traduzia, por sua vez, um valor fundamental que conhecerá longa história, qual seja, a *fides* enquanto garantia da palavra dada, espalhando-se em vários institutos promissórios. Como lealdade a palavra dada-condição que, mantida ou prolongada entre as pessoas, gera um estado de confiança em relação à conduta do sujeito, titular da *fides*- constitui a virtude cívica por excelência, qualidade geradora do respeito social e da boa reputação. O que se visa tutelar é o estado de confiança de quem justamente confiou, sancionando-se a conduta contrária à confiança do emissor da declaração. Os símbolos, talvez mais que os signos, expressam esse conteúdo. No domínio das obrigações esse era o espaço da deusa *Fides*, sendo-lhe consagrada a *manus dextra* (palma da mão direita), o que está na origem do gesto (ainda hoje cotidianamente repetido por *quem confia*) de dar-se as mãos, sacramentando o pactuado.⁷⁵

E por fim, a *fides* nas relações intrassubjetivas e intersubjetivas:

A indicação da presença da *fides* nesses setores diversos da experiência jurídica romana conduz à constatação do nascimento de duas vertentes que fariam fértil história: numa delas a *fides* se apresenta como núcleo das relações internas de uma coletividade, o que Paolo Frezza denomina de *relações intrassubjetivas* (entre elas estando situadas as relações de clientela); na outra, se aloja numa esfera que, por tratar de relações entre sujeitos pertencentes a coletividades entre si distintas, pode-se chamar de *relações intersubjetivas*. Nas relações intrassubjetivas, a *fides* tem função de autolimitação (*fides* promessa) e intento protetivo, daí derivando a sua conotação às relações de cooperação, apoio e proteção, já acima lembradas. Nas relações intersubjetivas, a função é a da garantia do respeito à palavra dada (*fit quod dicitur*). Observa-se aí a transmutação do campo semântico, de um prisma primeiramente conotado à esfera das relações de clientela às relações negociais privadas, transmutação essa, contudo, que vai adquirir especial colorido. Valho-me ainda do estudo de especialíssima conotação que atingirá posteriormente o termo, qual seja, a da *fides* como garantia da adstrição à confiança legitimamente criada no alter por palavras, ações e comportamentos.⁷⁶

Posteriormente, houve uma diluição da boa-fé, através da subjetivação e do seu enfraquecimento pelo surgimento de outros conceitos, como a equidade (vista

⁷⁴Idem

⁷⁵ COSTA, Martins Judith. **A boa-fé no direito privado, critérios para sua aplicação**. 1ª edição 10/2015- 1ªreimpressão 03/2016. São Paulo, (SP), Marcial Pons, 2015. Pág. 52-53)

⁷⁶ Ibidem, pág. 54

como a justiça no caso concreto). Ela passou a traduzir situações jurídicas diferentes e expressar princípios gerais, sem separar claramente esses princípios. De modo a “estar em toda parte, e quando isolada, pouco querer dizer”.⁷⁷

Logo, é possível concluir que na Roma Antiga, pelo surgimento das primeiras noções de lealdade nas relações entre as pessoas, o cumprimento da palavra através do justo, e conseqüentemente a busca por uma boa reputação, nasceu o conteúdo da boa-fé. Assim, as pessoas corretas seriam as que atuassem sem fraudes.⁷⁸

3.1.2 A boa-fé na cultura germânica

Seguindo nos ensinamentos de Martins-Costa⁷⁹, é possível perceber que mesmo trazendo conotações diversas daquelas empregadas no Direito Romano, algumas semelhanças foram mantidas: a ideia de fidelidade ao pactuado (um dos significados da *fides* romana), a noção de lealdade (*Treu* ou *Treue*) e crença (*Glauben* ou *Glaube*). Tudo isso refletindo-se nos ideais da cultura cavaleiresca, influenciada pelos medievais de Roland, Percival e Lancelot.⁸⁰

Assim expõe:

Para além das manifestações amorosas, políticas e militares, os ideais cavaleirescos englobados no juramento de honra prendem-se, no Direito, a uma questão ética: a garantia da manutenção do cumprimento da palavra dada, *garantia esta, contudo*, não vinculada a uma perspectiva subjetivista- o olhar sobre a pessoa do garante-, mas a uma *perspectiva objetiva*, ligada à confiança geral, estabelecida ao nível de *comportamento coletivo*, uma vez que a atitude cortês sempre implica uma reciprocidade de deveres, podendo derivar inclusive para um certo paternalismo benévolo. Fiadores e defensores, como no Lancelot, os *chevaliers* não agem por interesses próprios, mas tendo em vista os interesses do *alter*- da sua dama, do seu soberano, da sua coletividade. Essa perspectiva cultural é de grande

⁷⁷ Ibidem, pág. 75

⁷⁸ Ibidem, pág. 65-66. Explica Judith, que nesse momento é que *fides* passa a ser *fides bona*. *Fides bona* que seria pois, a mesma fides a que se havia submetido o leal cumprimento da palavra *conventio*, se bem qualificada agora, uma vez surgido o conflito interpartes e no âmbito do processo, pela necessária medida de responsabilidade em que eventualmente incorre a parte que tenha descumprido o vínculo de fidelidade. A fides, portanto, atraída ao campo do direito, se transforma na *fides bona* e esta, em sede jurisdicional correspondente- *bonae fidei iudicia*- não gera obrigações, porém, responsabilidades.

⁷⁹ Judith Martins-Costa é Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, professora na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e grande estudiosa do Direito Civil. Além de ser autora brasileira, possui valorosas obras a respeito da boa-fé; - razão pela qual foi escolhida como referência principal no trato da matéria neste trabalho.

⁸⁰ COSTA, Martins Judith. **A boa-fé no direito privado, critérios para sua aplicação**. 1ª edição 10/2015- 1ª reimpressão 03/2016. São Paulo, (SP), Marcial Pons, 2015. Pág. 79

importância para a compreensão a boa-fé objetiva em matéria obrigacional, uma vez que é daí que surge a adstrição ao comportamento, segundo a boa-fé, como regra de comportamento social necessário ao estabelecimento da confiança geral, induzindo ao *alter* ou à coletividade pelo comportamento do que jura por honra. Do substrato cultural geral, a fórmula adquirirá, no específico campo das relações mercantis, o cumprimento exato dos deveres assumidos, vale dizer, a obrigação de cumprir exatamente os deveres do contrato, porque assim confia a contraparte, e a necessidade de se ter em conta, no exercício dos direitos, os interesses objetivos da contraparte.⁸¹

É possível concluir que o Direito Germânico da Idade Média trouxe influências para a cultura do Ocidente, sendo os valores novos acerca da boa-fé, a sua maior contribuição.

3.1.3 A boa-fé no Direito Canônico⁸²

O Direito Canônico tratou a noção de boa-fé com uma definição altamente subjetiva, ligada de modo estreito à moral cristã e a ausência de pecado (por isso, seria o oposto a má-fé).

Dessa forma, explica Judith:

A primeira vista, pode parecer idêntica à conotação advinda do Direito Romano, a boa-fé como denotativa da ignorância acerca da litigiosidade. Contudo, o Direito Canônico introduz um poderoso polo de significados: a boa-fé é vista como ausência de pecado, e por isso, como estado contraposto à má-fé. Assim atesta Moreira Alves, segundo o qual a contribuição dos canonistas no terreno da posse *ad usucapionem* foi a eticização da boa-fé subjetiva, tendo-a como existente quando houvesse ausência de pecado (*absentia peccati*), o que implicava para a ocorrência da má-fé que não bastava a *scientia rei alienae*, mas havia a necessidade ainda da “consciência, que molesta, da coisa alheia (*conscientia remordens rei alieni*). Esse conceito, é moral e religioso, não influenciando nele os erros de fato e de direito, nem a escusabilidade, ou não, deles.⁸³

⁸¹ Ibidem, pág. 81

⁸² Por direito Canônico entende-se o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as matérias de competência da Igreja Católica, atuando na formação da consciência jurídica europeia. (COSTA, Martins Judith. A boa-fé no direito privado, critérios para sua aplicação. 1ª edição 10/2015-1ª reimpressão 03/2016. São Paulo, (SP), Marcial Pons, 2015. Pág. 82

⁸³ Ibidem, pág. 84

Destarte, ela conclui que, enquanto o Direito Romano considerou a dimensão técnico- jurídica da boa-fé promovendo a sua bipartição, o Direito Canônico trouxe a sua unificação conceitual, numa dimensão ética e axiológica.⁸⁴⁸⁵

3.2. GENERALIDADES

Conforme explanação de Didier Jr. a consagração do princípio da boa-fé foi resultado da expansão da exigência de comportamentos conforme a boa-fé, desde o direito privado ao público, aplicando-se em todos os ramos do Direito, mesmo os “não civis”, como entendimento do STF de que o processo penal também deve ser regido pelo princípio da boa-fé. Assim, sempre que exista um vínculo jurídico, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro.⁸⁶

Adentraremos, em seguida, em algumas especificidades.

3.2.1 Conceito e características

A boa-fé é uma expressão de difícil conceituação pois possui várias faces, podendo ser encontrada nos mais diversos momentos da vida cotidiana⁸⁷.

⁸⁴ Ibidem, pág. 87

⁸⁵ Medina complementa o contexto histórico quanto as codificações modernas: como o código napoleônico, que recepcionou a boa-fé subjetiva tratando-a como um estado de ignorância, o que refletia o fortalecimento do individualismo na emissão da declaração de vontade. Com a codificação alemã (BGB, §242) conferiu-se sentido ético a boa-fé subjetiva pela concepção de que ignorância não seria suficiente pois a boa-fé exige a consciência de não lesar alguém (Guter Glauben). A boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva são formadas pelo mesmo substrato ôntico, mas ambas diferem quanto ao modo de manifestação. A boa-fé objetiva se projeta do exterior para o interior, uma vez que a manifestação da vontade no meio social é o que deverá prevalecer para a segurança do tráfego negocial (*rechtsverkehr*). Na boa-fé subjetiva o caminho é inverso, centrando-se a análise sobre o sujeito emitente da declaração de vontade. (...) afirma Couto e Silva que a boa é ‘conceito nuclear, fundamental ou essencial, relacionado diretamente com valores éticos’ (a obrigação como processo cit., p. 23). O aspecto ético-e não meramente psicológico- é fundamental, na caracterização da boa-fé objetiva, tendo em vista as necessidades do direito moderno. Tal concepção não é nova. Cf., a respeito, Herbert Hausmaninger, que notou o surgimento da boa-fé como aspecto ético, na segunda fase do direito romano (*Die Bona Fides des Ersitzungsbesitzers im Klassischen Römischen Recht*, Munique: Verlag Herold, 1964, p. 70 e ss). Há muito, já destacava François Gorphe a importância da boa-fé objetiva em relação aos valores materializados pelas partes em suas relações empresariais. (MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 4ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP), 2018. Pág. 128-129)

⁸⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil- Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Editora JusPodivm. 20ª edição. Salvador (BA), 2018. Pág. 134-135

⁸⁷ Tartuce afirma que é possível ver a boa-fé até mesmo num dia na praia, onde o vendedor de amendoim distribui, antes da venda, amostras para que os compradores experimentem antes de

Consoante citação de Ronaldo Cramer: “Boa-fé, segundo os léxicos, significa ‘retidão e pureza de intenções’ e, ainda, ‘agir ou portar-se com justiça e lealdade com relação a alguém, a determinados princípios’”.⁸⁸

Segundo Clóvis de Couto e Silva⁸⁹:

A boa-fé possui múltiplas significações dentro do direito. Refere-se, por vezes, a um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias, em outras, diz respeito à aquisição de determinados direitos, como o de perceber frutos. Seria fastidioso enumerar as diferentes formas de operar desse princípio nos diversos setores do direito. Com relação ao das obrigações, manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos.

Para Antonio Cordeiro: “a boa-fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio

adquirir. Para ele, “o que se percebe é que, pelo ato de distribuição de pequenas amostras grátis do produto, o vendedor tenta conquistar, na fase pré-contratual, a confiança do comprador, a qual não pode ser quebrada, sob pena de caracterização de uma espécie de inadimplemento contratual: a violação positiva do contrato. Como exemplo dessa violação, pensemos no caso em que os amendoins dos saquinhos não correspondam aos produtos distribuídos: estão podres. Há algum tempo, temos associado essa prática cotidiana à boa-fé objetiva, àquela exigência de conduta de lealdade dos participantes de uma relação jurídica negocial, um dos principais conceitos trazidos pela nova codificação privada.(...) a conduta do vendedor de amendoins, que nos faz lembrar dos famosos julgados proferidos pelo sempre pioneiro Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conhecidos como caso dos tomates. A empresa Cica distribuía sementes a agricultores gaúchos, de modo a gerar-lhes a expectativa de compra da safra futura, expectativa esta presente na fase pré-contratual, sem que qualquer contrato escrito fosse celebrado. Em determinados momentos, os agricultores plantaram as sementes, que geraram tomates, mas a empresa não adquiriu a produção, o que levou a sua perda. O TJ/RS responsabilizou a empresa por tais condutas de quebra da confiança. O ato da distribuição, tanto dos amendoins quanto dos tomates, leva-nos a pressupor que tanto o vendedor quanto a Cica pretendem, e querem muito, a celebração do contrato definitivo no futuro. Assim sendo, não podem voltar atrás nessa conduta. Imagine a cena: você quer comprar os amendoins, pois gostou das amostras, mas o vendedor diz que não vai mais vendê-los, pois “não foi com a sua cara”. Ou, quando você o chama, ele sai correndo. Pelo princípio da boa-fé objetiva, isso não é possível”. (TARTUCE, Flavio. **A boa-fé objetiva e os amendoins: um ensaio sobre a vedação do comportamento contraditório**. 2006. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/8925/a-boa-fe-objetiva-e-os-amendoins-um-ensaio-sobre-a-vedacao-do-comportamento-contraditorio>> acesso em 14/10/2018

⁸⁸ CRAMER, Ronaldo. **Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Coletânea internacional. Editora JusPodivm, 2016. Salvador (BA). Pág. 197

⁸⁹ SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006. Pág. 33

jurídica. A natureza juscultural da boa-fé implica o seu assumir como criação humana, fundada em termos históricos”.⁹⁰

Conforme Francesco Carnelutti⁹¹, a boa-fé em seu sentido jurídico seria:

Vontade conforme ao direito, ou, em termos mais sintéticos, vontade do direito e não apenas, *opinio iuris*. Assim se explica que não constitua boa-fé a convicção de direito devida a uma vontade deficiente, de onde procede a conhecida equiparação de má-fé com culpa grave.⁹²

De acordo com Judith: “ a boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo o social pelo qual se impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escoreita e leal”.⁹³

Partindo-se do conceito da boa-fé, que se divide em objetiva e subjetiva, foi positivado no art. 5º⁹⁴ do Código de Processo Civil de 2015, o princípio da boa-fé-foco do presente estudo- que deve ser entendido como uma norma de conduta, conforme nos explica Didier Jr.

Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o manifesto propósito protelatório, apto a permitir a tutela provisória prevista no inciso I do art. 311, CPC. A boa fé subjetiva, é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto. A boa-fé objetiva é norma de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. Não existe princípio da boa-fé subjetiva. O art. 5º do CPC não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da existência de boas

⁹⁰ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, pág.18.

⁹¹ Segundo Tartuce, a boa-fé referenciada por Carnelutti seroa a boa-fé subjetiva, intencional, que ocorreu na Europa pela recepção de conceitos advindos do Direito Romano. (TARTUCE, Flavio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Disponível em < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/48.pdf> Acesso em 10/09/2018

⁹² CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 1999. Pág. 432.

⁹³ COSTA, Judith Martins. **Comentários ao novo Código Civil, volume V**. Editora Forense. Rio de Janeiro (RJ). 2003, pág. 33

⁹⁴ “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”

ou más intenções. Na doutrina brasileira produzida até o CPC/15, não era comum a menção a uma “boa-fé objetiva processual”.⁹⁵

Ainda conforme o referido doutrinador, o princípio da boa-fé extrai-se de uma cláusula geral processual:

A opção por um clausula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses do comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que imponha o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o art. 5º é suficiente, exatamente por tratar-se de uma clausula geral.⁹⁶

Sobre o tema, acrescenta Humberto Theodoro Júnior, que por se apresentar como cláusula geral, a boa-fé tem força de infundir a norma que a veicula de elevada flexibilidade. Isso porque o atributo maior dessa modalidade normativa é a indeterminação das implicações de sua inobservância, cabendo ao juiz avaliar e determinar seus efeitos, adequando-os às singularidades de cada caso concreto.⁹⁷

Elogia acrescentando Didier Jr., como correta a definição de que a boa-fé processual seria uma clausula geral, já que:

A infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que imponha o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o art. 5º, CPC é suficiente, exatamente por tratar-se de uma regra geral.⁹⁸

⁹⁵ Didier Junior, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil- Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Editora JusPodivm. 20ª edição. Salvador (BA), 2018. Pág. 134

⁹⁶ Ibidem, pág. 135

⁹⁷ Sendo assim, continua o autor, a infração ao princípio da boa-fé pode, por exemplo, gerar tanto a preclusão de um poder processual (*supressio*), como o dever de indenizar (em caso de dano), ou ainda, a imposição de medida inibitória, de sanção disciplinar, de nulidade do ato processual etc. A par disso, a boa-fé, no sentido positivo, pode inovar nos direitos e obrigações originários, criando para quem confiou no comportamento da outra parte uma nova situação jurídica (*surrectio*). (JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**, v1. 59ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018. Pág. 81

⁹⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil- Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Editora JusPodivm. 20ª edição. Salvador (BA), 2018. Pág. 135

Para Medina, por tratar-se de uma norma de conduta, a proteção a boa-fé objetiva estende-se a todas as áreas do direito. Sua violação, não depende, necessariamente, da comprovação da má-fé subjetiva.

Esse entendimento encontra-se positivado no Enunciado n1 da Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “A verificação da violação à boa-fé objetiva dispensa a comprovação do animus do sujeito processual”⁹⁹

Medina compara, ainda, que tanto no direito civil, quanto no direito processual civil, a boa-fé objetiva empreende diferentes funções. Amoldando-se como: (a) critério interpretativo; (b) limite ao exercício de posições jurídicas e (c) fonte de deveres comportamentais.¹⁰⁰

3.2.2 Diferenças entre a boa-fé subjetiva e a objetiva

Consoante apontado anteriormente, a boa-fé se apresenta sob duas vertentes: a subjetiva e a objetiva¹⁰¹. Faremos apenas uma breve explanação da boa-fé subjetiva, já que foi a objetiva que se concretizou através de um princípio no Código de Processo Civil.

Conforme Sette¹⁰², a boa-fé subjetiva se divide em duas noções:

Pela concepção psicológica, se a pessoa ignorar os fatos reais, mesmo agindo com culpa (exceto culpa grave ou dolo), a boa-fé estará presente. Já pela concepção ética, a boa-fé se caracteriza se a ignorância for escusável ou, se agindo com os cuidados necessários, ainda assim, provocar lesão ao direito de outrem, pois outro não era o comportamento exigido. Será considerada má-fé quando a pessoa age com culpa, desrespeitando os deveres de cautela que deveria ter observado.

⁹⁹ Disponível em < <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/setembro/cej-divulga-enunciados-da-i-jornada-de-direito-processual-civil> > acesso em 16/10/2018

¹⁰⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 4ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP), 2018. Pág. 128-129)

¹⁰¹ Apesar disso, Negreiros aponta alguns autores que entendiam ter a boa-fé conceito único (não se dividindo em objetiva e subjetiva) sendo eles: Eduardo Borba, De los Mozos, e F. Gómez-Acebo (NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro (RJ): Renovar, 1998. Pág. 14)

¹⁰² SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. Pág. 118

De acordo os ensinamentos de Claudia Lima Marques¹⁰³:

(...) a boa-fé objetiva é um standard, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada. (...) Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir um bom final das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Para Ronaldo Cramer, as duas previsões têm em comum a preocupação de exigir do indivíduo uma boa conduta em seu agir numa relação jurídica. Porém, reclamam a boa-fé de maneira distinta¹⁰⁴:

A boa-fé subjetiva identifica essa qualidade através da intenção do indivíduo, perquirindo a motivação dele na prática de seus atos na relação jurídica. A boa-fé objetiva, por sua vez, já se preocupa com o comportamento do sujeito na relação jurídica, com os seus atos em si e isoladamente considerados, pouco importando a sua intenção em praticá-los. Pode-se dizer que, para a boa-fé subjetiva, um ato pode ser considerado desonesto, mas se o indivíduo não teve a intenção de ser desleal ou causar danos ao outro, esse ato não será tido como má-fé. Na boa-fé objetiva, ainda que o sujeito não tenha tido intenção, se o ato é reputado desleal, esse ato viola o preceito.

Para Martins-Costa, mesmo que ambas sejam regidas pela teoria da aparência, elas possuem algumas diferenças determinantes: de um lado, a boa-fé subjetiva considera a conduta da parte prejudicada baseado na crença. De outro, a boa-fé objetiva que valoriza a conduta que, por ação ou omissão, possibilitou ou facilitou para que criasse uma aparência errônea.¹⁰⁵

¹⁰³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais**. 4.ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pág. 181

¹⁰⁴ CRAMER, Ronaldo. **Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Coletânea internacional. Editora JusPodivm, 2016. Salvador (BA). Pág. 197-198

¹⁰⁵ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado, critérios para sua aplicação**. 1ª edição 10/2015- 1ª reimpressão 03/2016. São Paulo, (SP), Marcial Pons, 2015. Pág. 415

Por fim, Cramer¹⁰⁶ aponta dois exemplos na legislação brasileira de cada um dos institutos, ressaltando não ter sido expressamente estabelecido por ela essa diferenciação, cabendo ao interprete fazê-la de forma dogmática.

Caso de boa-fé subjetiva é o possuidor de boa-fé. O art. 1201, do Código Civil diz que “é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Veja-se que a boa-fé nessa hipótese é fato, e sua caracterização se dá pela intenção do indivíduo, configurada na ignorância de que sua posse é injusta. A boa-fé objetiva encontra-se prevista no art. 422, do Código Civil, que dispõe: “[o]s contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. Repare-se que a boa-fé aparece como princípio, de modo a normatizar os comportamentos contratuais, o que nos remete à boa-fé objetiva.

Passemos agora a explanar alguns desdobramentos específicos da boa-fé objetiva, eis que objeto do presente estudo.

3.2.3 Concretização da norma

Didier Jr., ao basear-se na doutrina alemã, aponta que haveriam quatro formas principais de aplicação da boa-fé objetiva ao processo. Quais sejam: a proibição de *venire contra factum proprium e suppressio*, além da proibição de agir de má-fé e de abusar dos direitos processuais. Vejamos, em breves linhas, o que diz cada uma.

Quanto a proibição de *venire contra factum proprium*, explica ele¹⁰⁷:

Trata-se de proibição de exercício de uma situação jurídica em desconformidade com um comportamento anterior que gerou no outro uma expectativa legítima de manutenção da coerência. A doutrina costuma enumerar os seguintes pressupostos para a configuração como comportamento ilícito: a existência de duas condutas de uma mesma pessoa, sendo que a segunda contraria a primeira; haja identidade de partes, ainda que por vínculo de sucessão ou representação; a situação contraditória se produza em uma mesma situação jurídica ou entre situações jurídicas estreitamente coligadas; a primeira conduta (*factum proprium*) tenha um significado social minimamente unívoco, a ser averiguado segundo as circunstâncias do caso; que o *factum proprium* seja suscetível de criar

¹⁰⁶ CRAMER, Ronaldo. **Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Coletânea internacional. Editora JusPodivm, 2016. Salvador (BA). Pág. 199

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil- Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento.** Editora JusPodivm. 20ª edição. Salvador (BA), 2018. Pág. 140-141

fundada confiança na parte que alega o prejuízo, confiança essa que será averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé ou o fim econômico-social do negócio. Como exemplo: recorrer contra uma situação que se aceitara (art. 100 CPC).

Quanto a proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja, agir de má-fé, como requerimento doloso de citação por edital (art. 258, CPC), a litigância de má-fé (art. 80, CPC) – advertindo que para a aplicação desse artigo, nem todos os casos exigem a “má-fé subjetiva”, havendo casos em que ela é examinada objetivamente, como em seus incisos V, VI, e VII.¹⁰⁸

Já em relação a proibição de abuso de direitos processuais, que é uma conduta ilícita pela incidência do princípio da boa-fé, exemplifica Didier Jr.: abuso de direito de defesa, que poderia autorizar a tutela provisória de evidência (art. 311, I, CPC) e o abuso do direito de recorrer, que é hipótese expressa de litigância de má-fé (art. 80, VII, CPC)¹⁰⁹

Por fim, conceitua o *verwirkung* (*suppressio*):

É a perda de poderes processuais em razão do seu não exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido. É a perda de uma situação jurídica ativa, pelo não exercício em lapso de tempo tal que gere no sujeito passivo a expectativa legítima de que a situação jurídica não seria mais exercida; o exercício tardio seria contrário a boa-fé e abusivo. É efeito jurídico cujo fato jurídico correspondente tem como pressuposto o não exercício de um direito e a situação de confiança da outra parte. Como exemplo: perda do direito a multa judicial, em razão da parte ter demorado excessivamente para comunicar o descumprimento da decisão.¹¹⁰

Segundo Cramer, a *suppressio* não parece ter muita serventia para a relação processual, eis que a perda da prática do ato já estaria regulada como preclusão- mesmo que em alguns casos, como nulidade absoluta, que a *suppressio* não se confunde com preclusão.¹¹¹ Marinoni afirma que a *suppressio* leva a *surrectio*, que seria o surgimento de um direito em virtude da *suppressio*.

¹⁰⁸ Idem

¹⁰⁹ Idem

¹¹⁰ Ibidem, pág. 142

¹¹¹ CRAMER, Ronaldo. **Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Coletânea internacional. Editora JusPodivm, 2016. Salvador (BA). Pág. 205

Enriquecendo o posicionamento, afirma Marinoni que além das já mencionadas, manifestam-se outros elementos de proteção ao princípio da boa-fé objetiva. Em todos os casos há frustração à confiança ou deslocamento da realidade, o que implica violação ao dever de boa-fé como regra da conduta. Merecem destaque a *exceptio doli*, que consiste na “exceção que tem a pessoa para paralisar o comportamento de quem age dolosamente contra si”; e a *tu-quoque*, que “traduz a proibição de determinada pessoa exercer posição jurídica oriunda de violação de norma jurídica por ela mesma patrocinada”.¹¹²

Por fim, para Medina, haveria uma outra que hoje vem-se reconhecendo como um resultante lógico, não apenas na doutrina, como também na jurisprudência, que seria o “*duty to mitigate the loss*”, ou o dever de mitigar o próprio prejuízo.¹¹³

3.3 . Configuração no Direito Brasileiro

3.3.1 Fundamento Constitucional

O princípio da boa-fé objetiva encontra-se previsto expressamente na legislação infraconstitucional, mas também decorre de outros princípios constitucionais.

De maneira mais uma vez acertada, Fredie Didier Jr. afirma que a premissa de um comportamento em consonância com a boa-fé pode ser conteúdo de outros direitos fundamentais.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Sérgio. O novo processo civil. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP) 2015. Pág. 173

¹¹³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 4ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP), 2018. Pág. 128-129). Sobre o tema, entende o STJ Sua aplicação foi adotada em razão do princípio da boa-fé objetiva, em que os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. Já que O instituto do ***duty to mitigate the loss*** se refere à necessidade do credor de mitigar o próprio prejuízo. (...) 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. ***Duty to mitigate the loss***: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. (...). (REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010). Enunciado 169 aprovado na III Jornada de Direito Civil: **O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.** Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/44578922/stj-revista-eletronica-jan-a-mar-2018-249-2/41>> acesso em 17/09/2018

Assim, exemplifica¹¹⁴:

Há quem veja no inciso I do art. 3º CF/88 o fundamento constitucional da proteção da boa-fé objetiva. É objetivo da república Federativa Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Haveria um dever fundamental de solidariedade, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e não agir com deslealdade. Nessa mesma linha de raciocínio, há quem veja a cláusula geral de boa-fé como concretização da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88).

Endossando seu posicionamento¹¹⁵, acompanhado por Cramer¹¹⁶, cita Antonio de Passos Cabral, que entende que o fundamento da boa-fé objetiva processual é o princípio do contraditório, que não podendo ser exercido ilimitadamente, não é apenas fonte de direitos processuais, mas também de deveres, como o de agir de forma ética.

Ensina Humberto Theodoro Júnior, que os princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade social também impõe um comportamento de acordo com a boa-fé. Afirmar que embora não de forma expressa, as raízes do referido princípio encontram-se na declaração dos direitos e garantias fundamentais, fazendo com que ele adquira categoria constitucional. “ Não há como negar que o valor ético constitutivo da essência da boa-fé não esteja implicitamente contido nas regras e nos princípios com que a Constituição organiza o Estado Democrático de Direito e protege os direitos fundamentais, sempre a partir de valores éticos e morais”. ¹¹⁷

Didier Jr. acrescenta ainda, o posicionamento de Joan Pico i Junoy, que vai de acordo com a linha de pensamento atual do Supremo Tribunal Federal, de que o princípio da boa-fé processual “compõe a cláusula do devido processo legal, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva, do

¹¹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil- Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Editora JusPodivm. 20ª edição. Salvador (BA), 2018. Pág. 137

¹¹⁵ Ibidem, pág. 138

¹¹⁶ CRAMER, Ronaldo. **Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Coletânea internacional. Editora JusPodivm, 2016. Salvador (BA). Pág. 203

¹¹⁷ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**, v1. 59ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018. Pág. 79-80

próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias”. Acrescenta ainda, que o autor criou a expressão “devido processo leal”.¹¹⁸

Segundo o STF¹¹⁹:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.

A título de fechamento, Didier Jr. concorda com a citada posição e explana que o dever da boa-fé processual vem de uma garantia do *fair trial*, sendo frequente em países do *common law*. Afinal, não se poderia considerar como justo, um processo baseado em desempenhos desleais ou antiéticos.

3.3.2 Boa-fé no Código Civil de 2002

Até a promulgação do Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé objetiva era entendido apenas como aplicável às relações de consumo. O referido Código passou a acolher expressamente a boa-fé como regra geral, independentemente de qualquer vulnerabilidade presumida ou comprovada.¹²⁰

Ainda segundo Tepedino e Schreiber, a boa-fé objetiva no direito civil brasileiro tem uma função tríplice: função interpretativa dos contratos, como no art. 113. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do

¹¹⁸ JUNOY, Joan Pico i. “el debido proceso ‘leal’”, cit. P. 345 e segs *apud* JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil- Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Editora JusPodivm. 20ª edição. Salvador (BA), 2018. Pág. 138

¹¹⁹ Idem

¹²⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002**. in **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – convergências e assimetrias**. V 26. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 221.

lugar de sua celebração”¹²¹; função restritiva do exercício abusivo dos direitos contratuais conforme preceituado no art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; e por fim, função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como dever de lealdade e o dever de informação, podendo ser entendida no art. 422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.¹²²

Com relação ao art. 422, CC, complementa Tartuce que apesar de o dispositivo legal prever que boa-fé deva integrar toda as fases contratuais, entende que ela deva abranger também toda e qualquer fase dos negócios jurídicos em geral.

123

Por fim, em linhas gerais, apura-se que a passagem do Código Civil de 1916 para o Código de 2002 é marcada por alguns princípios basilares: a socialidade, a eticidade e a operabilidade. Nos ensina Tartuce, que pelo princípio da socialidade¹²⁴, rompe-se o caráter egoístico do Código Civil de 1916, passando a analisar os institutos de Direito Privado com base na Constituição Federal de 1988 e seus preceitos fundamentais, principalmente aqueles que defendem a pessoa humana. Pelo princípio da operabilidade, opera-se uma facilitação do Direito Privado, simplificando-o com enfoque na efetividade.¹²⁵

Pelo princípio da eticidade, que ganha uma maior valorização, são desdobramentos a ética e a boa-fé. Conforme Tartuce: a boa-fé deixa o campo das ideias, da intenção- boa-fé subjetiva-, e ingressa no campo dos atos, das práticas de lealdade- boa-fé objetiva. Essa boa-fé objetiva é concebida como uma forma de

¹²¹ BRASIL, **Decreto Lei nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10 jan., 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> acesso em 18/10/2018

¹²² TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002**. in Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – convergências e assimetrias. V 26. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 221. pág. 222-223

¹²³ TARTUCE, Flavio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Pág. 4. Disponível em < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/48.pdf> acesso em 10/09/2018

¹²⁵ TARTUCE, Flavio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Pág. 2. Disponível em < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/48.pdf> acesso em 10/09/2018

integração dos negócios jurídicos em geral, como ferramenta auxiliar do aplicador do Direito para preenchimento de lacunas, de espaços vazios deixados pela lei.¹²⁶

3.3.3 Boa-fé no Código de Processo Civil 2015

Como dito anteriormente, após se concretizar por desdobramentos de princípios constitucionais, abranger a legislação civil incluindo posituação expressa no Código Civil de 2002, a recente mudança no Código de Processo Civil trouxe um artigo específico tratando do princípio da boa-fé processual.

Assim preceituando: “Aquele que de qualquer forma participa do processo, deve comportar-se de acordo com a boa fé”.¹²⁷

O que significa que, além das partes, advogados e defensores, amplia-se a incidência do princípio a todo e qualquer sujeito processual, inclusive servindo de orientador para a atuação jurisdicional¹²⁸. Neste caso, a boa-fé deve ser entendida como uma norma de conduta (ou seja, a boa-fé objetiva).

STF confirma a exigência de que o comportamento de acordo com a boa-fé atinja a todos os envolvidos no processo:

¹²⁶ Ibidem, pág. 3

¹²⁷ Segundo Didier Jr., o artigo 5º foi inspirado no Código de Processo Civil Suíço, em seu art. 52, que afirma: “*Comportamento secondo buona fede. Tutte le persone che partecipano al procedimento devono comportarsi secondo buona fede*”. (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil- Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Editora JusPodivm. 20ª edição. Salvador (BA), 2018, pág. 134

¹²⁸ **No ano de 2016, a 1ª Turma do STJ declarou a nulidade de um julgamento realizado por ela mesma**, baseado na premissa de que todos os sujeitos do processo devem cooperar e agir com boa-fé. O caso se deu da seguinte forma: O processo foi pautado para julgamento, mas na sessão o ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que apresentaria voto-vista, indicou o adiamento do feito para a próxima reunião da turma, o que provocou a saída dos patronos da causa. No mesmo dia, porém, após julgamento de diversos processos, o ministro acabou trazendo o feito e proferiu voto. Outros ministros também votaram e o resultado final foi proclamado. O fato foi apontado pelos advogados em embargos de declaração. A relatora, ministra Regina Helena Costa, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada. Mas a maioria seguiu entendimento do ministro Gurgel de Faria, para quem, de fato se deu “vício no prosseguimento do julgamento”, tendo em vista que, anunciado o adiamento, “tornou-se sem efeito a intimação para aquela assentada”. Gurgel iniciou seu voto lembrando que o CPC trouxe várias inovações. “Entre elas um sistema cooperativo processual – norteador pelo princípio da boa-fé objetiva –, no qual todos os sujeitos (juízes, partes e seus advogados) possuem responsabilidades na construção do resultado final do litígio. Isso leva à obrigatoriedade de que praticamente todos os processos sejam pautados, inclusive aqueles com pedido de vista que não forem levados na sessão subsequente (como é o caso dos autos), nos termos do art. 940, §§ 1º e 2º, do CPC/2015.” Segundo o ministro, o objetivo da mudança é dar maior transparência aos atos processuais, a fim de evitar a surpresa na formação das decisões. Disponível em <
<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI247681,41046-STJ+diz+que+julgadores+tambem+devem+observar+princípio+da+boafe> >

Neste sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça.¹²⁹

Valendo ressaltar, por fim, que a boa-fé processual é, em regra, presumida, eis que norma implícita e estabelecida, contrapondo-se a má-fé e ao dolo processual, que não se presumem, precisando serem comprovados.

4. A IMPORTÂNCIA DO USO DA BOA-FÉ NO TRATO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA

Partindo do entendimento de que qualquer processo não deve ser um duelo, mas um local onde os interessados possam buscar a verdade de suas alegações com respeito e cooperação, Portanova cita as palavras de Niceto Alcalá- Zamora y Torres, *in verbis*: “ el proceso debe servir para discutir lo discutible, pero no para negar la evidencia, ni para rendir por cansacio al adversário que tenga razón; há de representar um caminho breve y seguro para obtener uma sentencia justa y no um vericujete interminable y peligroso para consumir um atropelo”.¹³⁰

4.1. A efetivação da tutela provisória de urgência

É a apreciação do art. 297, CPC.

O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

¹²⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil- Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Editora JusPodivm. 20ª edição. Salvador (BA), 2018. Pág. 139

¹³⁰ TORRES, Niceto Alcalá- Zamora y *apud* PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Livraria do Advogado Editora LTDA. 8ª edição. Porto Alegre (RS). 2013. Pág. 156

Além dele, o art. 301, CPC dispõe que a efetivação da tutela provisória cautelar pode ser promovida com emprego de qualquer medida adequada a assegurar o direito, conforme já visto anteriormente.

Segundo Didier Jr., a inferência que se colhe da leitura conjunta desses dois dispositivos é que eles atribuem ao julgador um poder geral de cautela e de efetivação, com a admissão de todas as medidas provisórias idôneas e fundamentais para a satisfação ou acautelamento adiantados. Há, aqui, duas cláusulas gerais processuais. O legislador remete a efetivação da tutela provisória a todo o regime legal de execução provisória, previsto nos artigos 520 a 522, CPC.¹³¹

Como todo regramento, essa antecipação gera consequências que precisam ser analisadas dentro do contexto a própria tutela provisória.

Ainda conforme Didier Jr., embora controverso na doutrina, um dos efeitos da efetivação da tutela provisória de urgência, seria a responsabilidade civil objetiva àquele que valeu da medida provisória e que restou ao final vencido na causa. Trataremos do instituto com um pouco mais de profundidade na sequência.

Assim, é como que dispõe o art. 302, CPC, aplicado as tutelas de urgência (antecipada e cautelar, sem distinção):

Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.¹³²¹³³

¹³¹ DIDER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil 2. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015. Pág. 590

¹³² BRASIL. Decreto Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 mar, 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm > acesso em 22 de outubro de 2018

¹³³ Didier Jr., explica: a) “a sentença lhe for desfavorável” (inciso I) – o que abrange aqueles casos em que “o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor” (inciso IV); ou seja, são situações em que o direito de cautela ou o direito material acautelado, inicialmente provável, não é, ao final, reconhecido (independentemente da sentença resolver ou não o mérito); b) “obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5(cinco) dias (inciso II), sendo que a responsabilidade, neste caso, deve restringir-se ao dano causado ao réu no período em que não esteve no processo. Humberto Theodoro sustentou a respeito da dificuldade de entendimento e verdadeira inaplicabilidade prática desse inciso. Para ele, o retardamento da citação só deveria acarretar em responsabilidade se esse atraso fosse excessivo. c) “ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal” (inciso III), o que pode acontecer quando for revista, reformada ou invalidada, e no caso da tutela provisória cautelar, nas situações tipificadas no art. 309, CPC. (DIDER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA,

Além disso, a concessão da tutela não se sujeita, em regra, à obrigatoriedade de prestação de caução e se opera no mesmo processo em que a respectiva decisão foi proferida.

4.2. A verdade e o processo

Conforme apontado anteriormente, é dever de todo sujeito que atue, direta ou indiretamente no processo, atuar com a verdade nas suas alegações. Não poderia ser diferente ao decidir em suas intenções. O dever da veracidade precisa estar presente também ao pleitear tutelas de urgência. Pois como pertence aos domínios do provável, o emprego da técnica antecipatória implica assunção de riscos. A questão está em saber quem deve arcar com eventuais danos que esses riscos potencialmente produzem e sob quais pressupostos.

A título de engrandecimento ao aprofundar a matéria, importante tratar sobre o que é verdade. Este conceito é milenarmente prezado e se emprega no processo moderno:

A verdade é o reflexo fiel do objeto da mente, a adequação do pensamento com a coisa, o contrário da verdade é o erro, o contrário do juízo verdadeiro é o juízo errado, falso. O processualista moderno sabe que a verdade não constitui escopo processual e, no conhecimento, a sua descoberta é somente um passo (importante passo) para o pronunciamento jurisdicional acerca da vontade concreta do direito, ou seja, sobre a existência, inexistência, ou modo de ser das relações jurídicas.¹³⁴

De acordo com Mitidiero, a respeito da verdade:

A verdade- no processo e fora dele- tem que ser compreendida a partir da ideia de correspondência. Determinada proposição é verdadeira se ela corresponde à realidade. Perceba-se que nesta linha ela não se confunde de modo nenhum com a certeza que constitui um estado subjetivo ligado ao convencimento de alguém, não necessariamente reconduzível à realidade. A verdade não é alcançável mediante o consenso de várias pessoas ou em face da simples coerência entre os enunciados- a crença comum de várias pessoas de que nosso planeta é quadrado não tem o condão de transformar a sua forma, assim como a ausência de contradição interna entre proposições

Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015. Pág. 591)

¹³⁴ Bazarian “o problema da verdade”, *apud* Dinamarco, Candido Rangel, “A Instrumentalidade...”cit., pág. 235 *apud* CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada**, volume I. Editora LTR. São Paulo(SP) 1999., pág. 263

não assegura a efetiva ocorrência dos fatos nelas representados num mundo externo. Sendo a verdade objetiva e relativa, a questão que se coloca diz respeito à obtenção da verdade possível no processo.¹³⁵

No trato das tutelas provisórias de urgência não poderia ser diferente, eis que este constitui um importante direito processual, já que permite ao sujeito obter o adiantamento total ou parcial dos efeitos da tutela jurisdicional quando da presença de probabilidade da existência do direito aliada ao perigo de demora, que só seriam concedidos ao final do processo. A cognição sumária e cognição exauriente não definitiva geram apenas juízos de probabilidade.

Como, em regra, não pode ser concedida *ex officio* (mesmo que em alguns casos será implícita, como fixação de alimentos provisórios) precisando ser requerida pela parte interessada, a responsabilização recairá sobre ela.¹³⁶

4.2.1. Exercício abusivo de direitos processuais: Litigância de má-fé

O comportamento doloso é refletido nas reinvidicações processuais em que as partes transformam a verdade dos fatos ou que usam de execuções desleais com o objetivo de alcançar êxito em seu pleito. A ausência de boa-fé pode levar, conforme o caso, ineficácia do ato processual contrário à boa-fé, à responsabilização por dano processual e inclusive à sanção pecuniária. Tais condutas são rechaçadas por quem respeita a boa-fé objetiva. Esse é o princípio que deve prevalecer nas relações processuais, e não a litigância de má-fé.

Segundo leitura do art. 79. “Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

E do art. 80, CPC/15:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente

¹³⁵ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**. 3ª edição. Revista dos tribunais. São Paulo (SP) 2017. Pág. 114

¹³⁶ Didier Jr. explica que essa exigência vem da regra da congruência adotada pelo CPC/15. Além do art. 295 dispor expressamente “a tutela provisória será requerida”. (DIDER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil** 2. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015. Pág. 593)

manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Desta feita, Arthur César de Souza afirma que não obstante a segurança e a garantia de efetividade que ministram as tutelas de urgência, há também um efeito colateral para o requerente da medida, já que será obrigado a indenizar o requerido pelos danos processuais e materiais que a efetivação vier a causar. Dessa forma, fica estabelecido um justo equilíbrio entre o direito fundamental de agir em juízo pleiteando o que quer que seja da necessidade da parte, assegurando o ulterior ressarcimento do dano determinado pela atividade processual infundada.

Explica: “Assim, considera-se a atividade processual, no que consiste a propositura de uma demanda, uma atividade lícita; porém, se essa atividade é exercitada de maneira infundada, o ressarcimento do dano causado ao réu é de rigor”¹³⁷.

Conforme Humberto Theodoro Jr., ocorrendo a litigância de má-fé a previsão legal traz duas consequências: sujeição à multa de 1 a 10% do valor da causa corrigido; e indenização dos prejuízos sofridos pela parte contrária (conforme art. 81, caput). Elas possuem requisitos distintos, por exemplo: a indenização por perdas e danos só tem cabimento quando demonstrado prejuízo, o mesmo não ocorrendo com a multa.¹³⁸

Segue explicando Medina, que as sanções preceituadas no art. 81, CPC podem ser cumuladas e são de natureza pessoal- referindo-se este dispositivo as partes e não aos seus advogados, já que apenas elas podem ser condenadas ao pagamento de indenização por perdas e danos ou multa.¹³⁹

Pela interpretação do referido artigo, Medina afirma que o mero erro, o uso de argumentos fracos ou improcedentes, não caracterizam, por si só litigância de

¹³⁷ SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória- tutela de urgência e evidência**. 2ª edição. Almedina. São Paulo (SP) 2017. Pág. 220

¹³⁸ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**, v1. 59ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018. Pág. 299

¹³⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 4ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP), 2018. Pág. 252-254

má-fé. Ela se caracteriza quando a parte provoca reiteradamente incidentes manifestamente descabidos¹⁴⁰.

Acrescenta Rui Portanova, ao citar o posicionamento de Candido Dinamarco: “admite que as partes possam contar com sua própria habilidade e um grau tolerável de malícia estratégica no processo”.¹⁴¹

O objetivo do presente estudo, não é tratar das tutelas revertidas por desconhecimento ou despreparo da parte. Nessa situação, ela não estaria incorrendo com falta de boa-fé processual. A questão trazida é quando esse exercício abusivo do direito alcançado é baseado na má-fé, no famoso “jeitinho brasileiro”¹⁴², em sua face obscura da “malandragem” aplicado ao processo- que se torna um risco enorme a justiça. Eis que por tantas vezes tutelas provisórias de urgência são revertidas, pela

¹⁴⁰ Ibidem, pág. 253

¹⁴¹ DINAMARCO, Candido *apud* PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Livraria do Advogado Editora LTDA. 8ª edição. Porto Alegre (RS). 2013 pág. 160

¹⁴² Em palavras simples, **define Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal: “Jeitinho brasileiro** é uma expressão que comporta múltiplos sentidos. Na sua faceta positiva, o jeitinho se manifesta em algumas características da alma nacional: uma certa leveza de ser, que combina afetividade, bom humor, alegria de viver e uma dose de criatividade. Este é o lado bom, que deve ser preservado. O jeitinho constitui, também, um meio de enfrentar as adversidades da vida. Está muitas vezes ligado à sobrevivência diante das desigualdades sociais, das deficiências dos serviços públicos e das complexidades legislativas e burocráticas. Há um critério relativamente singelo para saber se o jeitinho é aceitável ou não: verificar se há prejuízo para alguém ou para o grupo social. Se a resposta for afirmativa, dificilmente haverá salvação. **A face negativa do jeitinho é bem conhecida de todos nós. Ela envolve a pessoalização das relações, para o fim de criar regras particulares para si, flexibilizando ou quebrando normas que deveriam se aplicar a todos.** Esse pacote negativo inclui o improviso, a colocação do sentimento pessoal ou das relações pessoais acima do dever e uma certa cultura da desigualdade que ainda caracteriza a vida brasileira. O improviso se traduz na incapacidade de planejar, de cumprir prazos e, em última análise, de cumprir a palavra. Vive-se aqui a crença equivocada de que tudo se ajeitará na última hora, com um sorriso, um gatilho e a atribuição de culpa a alguma fatalidade. **O sentimento pessoal acima do dever se manifesta no favorecimento dos parentes e dos amigos, no compadrio, na troca de favores, “o toma lá dá cá”.** A cultura da desigualdade expressa a crença generalizada de que as regras são para os outros, para os comuns, “e não para os especiais como eu”. Vem daí a permissão para furar a fila ou parar o carro na calçada. Essa facilidade para quebrar regras sociais, em um passo, se transforma em violação direta e aberta da lei. **E aí vêm as pequenas fraudes, como o atestado médico falso, a consulta com recibo ou sem recibo e a nota superfaturada para aumentar o reembolso. Depois, sem surpresa, vem a corrupção graúda, de quem paga propina para vencer a licitação, obtém *inside information* para investir no mercado financeiro ou paga ao diretor do fundo de pensão estatal para colocar o dinheiro dos associados em um negócio pouco vantajoso.** Improviso, sentimentos e interesse pessoais acima do dever, compadrio, cultura da desigualdade, quebra de normas sociais e violação da lei que vale para todos não são traços virtuosos, não podem fazer parte do charme de um povo e muito menos ser motivo de orgulho. Em todas essas situações, o jeitinho traz um elevado custo moral, por expressar um déficit de honestidade pessoal e de republicanismo” (grifo nosso) (BARROSO, Luís Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro*. 2017. Disponível em < <https://oglobo.globo.com/rio/artigo-etica-jeitinho-brasileiro-21784078>> acesso em 22/10/2018)

falta de boa-fé das partes, como será exemplificado nos precedentes jurisprudenciais trazidos ao final.

4.2.2. A responsabilidade objetiva pela fruição da antecipação da tutela

Mitidiero inicia os ensinamentos sobre o assunto fazendo um breve contexto ao longo da história:

O problema da responsabilidade pela fruição da antecipação da tutela sempre se mostrou tormentoso. Os juristas medievais, apoiados como sempre no rico manancial teórico do direito romano, entendiam possível a responsabilização do arrestante que, em determinadas situações, fruiu do arresto liminarmente e depois teve sua pretensão ao arresto não conhecida. Em um primeiro momento, a responsabilidade poderia ser apurada mediante *actio injuriarum* e dependia da alegação e prova do dolo ou culpa do arrestante. Posteriormente, em face da dificuldade da prova, passou-se a admitir a responsabilização mediante a *actio in factum*, funcionando a sentença favorável ao arrestado como fonte de presunção de iniquidade do arresto dispensando-se a alegação e prova do dolo ou culpa do arrestante, viabilizando-se contudo, a possibilidade de a matéria ser discutida em defesa. Em suas linhas gerais, portanto, a responsabilidade pela fruição da antecipação da tutela no direito medieval era subjetiva, ainda que posteriormente presumido o dolo ou a culpa para responsabilização civil.¹⁴³

E quanto ao direito comparado¹⁴⁴:

As soluções ora pendem para a responsabilidade subjetiva (como é o caso do direito italiano, art. 96, Codice di Procedura Civile¹⁴⁵, e do direito português, art. 390, n.1, Código de Processo Civil, que reclamam a ausência de normale prudenza para a configuração do dever de indenizar), ora para a responsabilidade objetiva (como é o caso do direito alemão §945, *zivilprozessor-dnung*¹⁴⁶, e do direito espanhol art. 742, Ley de Enjuiciamiento

¹⁴³ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**. 3ª edição. Revista dos tribunais. São Paulo (SP) 2017. Pág. 187

¹⁴⁴ Idem

¹⁴⁵ **Art. 96, CPC italiano (responsabilidade agravada)**. *Se comprovado que a parte sucumbente agiu ou resistiu em juízo com má-fé ou culpa grave, o juiz, mediante pedido da parte, a condena, além das despesas processuais, ao ressarcimento dos danos, os quais serão liquidados de ofício na própria sentença. O juiz que reconhece a inexistência do direito em razão do qual foi efetivado um provimento cautelar, ou "transcrita" uma demanda judicial ou inscrita em hipoteca judicial, ou iniciada ou cumprida a execução forçada, mediante pedido da parte prejudicada, condena ao ressarcimento dos danos o autor ou o credor processante, que tenha agido sem a norma prudência. A liquidação do dano é feita com base no inciso precedente...* (SOUZA, Artur César de. Tutela provisória- tutela de urgência e evidência. 2ª edição. Almedina. São Paulo (SP) 2017. Pág. 221-222)

¹⁴⁶ **§945 do ZPO (Código de Processo Civil alemão)**. *Se a ordem de sequestro ou de um provimento de urgência se revela privada de fundamento desde o início ou se a medida ordenada vem revogada nos termos do §926, inciso 2 ou §942, inciso 3, a parte que obteve o provimento de urgência é obrigada a ressarcir à contraparte o dano que sofrer pela execução da medida ordenada ou pela prestação de garantia voltada a impedir a execução ou para obter a revogação da medida.* (SOUZA, Artur César de.

Civil¹⁴⁷). De seu turno, o direito brasileiro disciplinou nos art. 302 e 520, CPC. A doutrina em geral observa a sua filiação ao sistema da responsabilidade objetiva.

Já no processo civil atual, segundo Medina, quando rejeitado o pedido de tutela de urgência que tenha sido efetivada, tem o demandante a responsabilidade civil objetiva pelos prejuízos que essa medida tiver causado ao demandado. No trato dessa responsabilidade, baseado no posicionamento do STJ, seria irrelevante a existência de culpa da parte, ou se essa agiu de má-fé ou não, bastando a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo. Entende ainda, que o autor tem responsabilidade objetiva de indenizar o réu quanto aos prejuízos morais e materiais que a concessão da tutela antecipada tenha causado, independentemente de pronunciamento judicial e pedido específico da parte interessada.¹⁴⁸

A anteriormente mencionada possibilidade de responsabilização objetiva trazida pela jurisprudência e legislação nos casos do art. 302, CPC gerou divergências na doutrina. Uns acreditam ser objetiva, outros subjetiva. Vejamos a sequência.

Para Elpídio Donizetti, a responsabilidade poderá ser objetiva ou subjetiva, a depender da hipótese:

Na hipótese dos incisos I e IV, art. 302 a responsabilidade será subjetiva, isto é, o ressarcimento do prejuízo dependerá da prova de que o beneficiário da medida agiu com dolo ou culpa ao exercer o direito afirmado. Em decorrência dos atributos do direito fundamental da ação não se pode cogitar de responsabilidade objetiva pelo simples fato de ter movimentado a máquina judiciária com vistas à certificação, com consequente antecipação ou acautelamento, de direito controvertido. Nas demais hipóteses (incs. II e III), a culpa já está inserida na descrição normativa. Exemplo: se “A” disputa com “B” a propriedade de um veículo e, em sede de tutela antecipada, consegue ordem para que o bem não seja utilizado por “B”. Caso “B” comprove ter sofrido prejuízos porque utilizava o veículo para o trabalho, “A” poderá vir a ser responsabilizado. “A” responderá objetivamente, por exemplo, se deferida a medida cautelar em caráter antecedente, não deduziu o pedido principal no prazo de trinta dias (arts. 308, caput e 309, I) e por isso o processo foi extinto

Tutela provisória- tutela de urgência e evidência. 2ª edição. Almedina. São Paulo (SP) 2017. Pág. 221)

¹⁴⁷ **Art. 742, CPC espanhol.** *Execução de danos e prejuízos. Uma vez transitado o auto que acolha a oposição, proceder-se-á, mediante requerimento do demandado e de acordo com os trâmites previstos nos art. 712 e seguintes, à determinação dos danos e prejuízos que, no caso, houver produzido a medida cautelar revogada; e, uma vez determinados, se requererá o pagamento ao requerente da medida, procedendo-se de imediato, se não os pagar, sua execução forçada.* (SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória- tutela de urgência e evidência.** 2ª edição. Almedina. São Paulo (SP) 2017. Pág. 221)

¹⁴⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno.** 4ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP), 2018. Pág. 502

sem julgamento do mérito. “B” terá que provar o dolo e a culpa de “A” (por exemplo, que obteve a tutela provisória com base em prova falsa) e o pedido principal foi julgado improcedente. Cabe ressaltar que alguns doutrinadores admitem a responsabilidade objetiva em qualquer hipótese. Também há precedentes no STJ no sentido de possibilitar a responsabilização objetiva pelo simples fato de antecipação de tutela não ser confirmada na sentença.

149

J.E. Carreira Alvim, defende a tese de que a natureza da responsabilidade na efetivação do provimento antecipatório é de índole objetiva, apurando-se apenas a existência e o alcance do prejuízo “porquanto não estará em causa a culpa do exequente, que se presume *iuris et de iure*, esclarecendo que se trata, portanto, de uma presunção absoluta”.¹⁵⁰

Em seguimento, Ovídio Baptista critica a responsabilização objetiva do credor na execução provisória. Fabio Luiz Gomes, condena essa responsabilização ao beneficiário da tutela antecipada no caso de improcedência da ação principal ou de haver cessado a eficácia da medida em qualquer uma das hipóteses arroladas no art. 302, CPC/15 (art. 811 CPC/73). Leonardo Greco, na mesma linha, entende que a responsabilidade, no silêncio da lei, deve ser subjetiva, por interpretação de acordo com o sistema de responsabilidade por litigância de má-fé. Teori Albino Zavascki possuía opinião singular: se a tutela for de urgência, a responsabilidade será objetiva pois não há necessariamente ilicitude e repercute essencialmente na esfera de direitos dos particulares; já se a tutela for punitiva (no caso de evidência) a responsabilidade deverá ser subjetiva pois há ilícito que prejudica interesses dos particulares e a própria jurisdição.¹⁵¹

Em outro viés de crítica pela ofensa à igualdade, na doutrina de Mitidiero:

Para que cesse esta afronta à igualdade, de duas, uma: ou se estende o regime de responsabilidade objetiva para o demandado, nos casos em que a tutela sumária deveria ter sido concedida e não foi e o demandante experimenta dano por conta da sua denegação ou institui-se regime de

¹⁴⁹ Neste sentido, o autor aponta: STJ, REsp 1.191.262/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.09.2012. DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Editora Atlas. 21ª edição. 2018. São Paulo (SP) Pág. 460

¹⁵⁰ ALVIM, J.E. Carreira *apud* GOMES, Fábio Luiz. **Responsabilidade objetiva e antecipação da tutela. Direito e Pós-Modernidade**. Livraria do Advogado Editora LTDA. 2ª edição. Porto Alegre (RS). 2014 pág. 147

¹⁵¹ BAPTISTA, Ovídio; GOMES, Fábio Luiz. Responsabilidade Objetiva e antecipação de tutela. São Paulo: RT, 2006; GRECO, Leonardo. A tutela de Urgência e Evidência no Código de Processo Civil 2014/2015 *Apud* DIDER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015. Pág. 590

responsabilidade subjetiva para o demandante em face da fruição de tutela sumária. Daí a razão pela qual nos parece de melhor alvitre a solução italiana-responsabilidade civil pela fruição indevida de tutela sumária apenas quando o demandante “há agito senza la normale prudenza”.¹⁵²

Acrescenta ainda, que nos casos em que a parte pleitear regularmente a antecipação da tutela, sendo essa simplesmente revogada na sentença ou em outro provimento, não seria possível a responsabilização objetiva. Aponta que nosso Código seria omissivo nesse ponto do assunto. Na verdade, a responsabilidade objetiva em caso de sentença de improcedência só seria possível se a antecipação de tutela foi obtida de forma injustificada, ou seja, com violação à ordem jurídica (por exemplo, com base em prova falsa)¹⁵³. Ou seja:

Não é possível reconhecer a existência de responsabilidade objetiva quando a parte logra obter antecipação de tutela- seja cautelar, seja satisfativa- e posteriormente o pedido final é julgado definitivamente improcedente. Fazê-lo importaria apagar a existência de um efetivo juízo de cognição sumária sobre a probabilidade da existência do direito. Se a tutela sumária é necessária e devida, conforme apreciação sumária do juízo, torna-la posteriormente indevida e atribuir responsabilidade pela sua fruição implica ignorar a efetiva existência da decisão que anteriormente a concedeu. Em outras palavras, significa desconsiderar o juízo sumário, como se nunca houvesse existido, apagando-o retroativamente. É claro que o juiz pode considerar inexistente o direito antes reconhecido como provável. Não pode, contudo, apagar a existência do juízo sumário. O juízo exauriente substitui o juízo sumário, mas não apaga a sua existência.

Arremata ele, que nesses casos, a responsabilidade civil pela fruição da antecipação de tutela depende do relato e comprovação de dolo ou culpa, sendo, portanto, subjetiva. Além do mais, a responsabilidade civil pela fruição indevida da antecipação de tutela deve ser quitada nos mesmos autos, não sendo necessária a propositura de ação própria. No caso de responsabilidade subjetiva, haveria ainda, a cognição sobre o dolo ou a culpa.¹⁵⁴

4.3 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

¹⁵² MITIDIERO (Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória) *apud* DIDER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 10ª edição. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2015. Pág. 591

¹⁵³ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**. 3ª edição. Revista dos tribunais. São Paulo (SP) 2017. Pág. 188

¹⁵⁴ Idem

O objetivo deste subcapítulo é embasar a teoria acima explanada com a prática dos Tribunais de todo o Brasil. Sabemos que hoje, até mesmo em países que adotam a estrutura jurídica *Civil Law* como o nosso, a jurisprudência é, para muitos, considerada uma das fontes do Direito, dado a sua importância como referência nas decisões judiciais.

Muitas vezes, a prática forense é bem mais pautada no entendimento dos Tribunais quando visa tratar de assuntos jurídicos e solucionar o caso concreto, do que no da doutrina tradicional ou no que preceitua a legislação *ipsis litteris*, já que nem sempre estão em similitude.

Na sequência, serão apresentados julgados de variados assuntos pertinentes ao uso da boa-fé processual (ou a ausência dele) quando da pretensão de uma tutela provisória de urgência.

4.3.1 TRIBUNAIS ESTADUAIS¹⁵⁵

No julgado da 17ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, a presunção de boa-fé foi fundamental para reformar decisão que havia negado a tutela de urgência na forma antecipada, quanto a um procedimento extrajudicial de consolidação de propriedade de imóvel:

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DO PARANÁ
Agravado de Instrumento nº0029116-06.2018.8.16.0000, da 3ª Vara Cível da Comarca de Guarapuava. Agravantes: Francisco Ferreira de Almeida e outra. Agravados: Banco Bradesco S/A e outra. Relator: Des. Fernando Paulino da Silva Wolff Filho. ANULATÓRIA. **TUTELA DE URGÊNCIA NA MODALIDADE ANTECIPADA**, NO SENTIDO DE SUSPENDER O PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES (ART. 300 DO NCPC). DEVEDORA FIDUCIÁRIA QUE OFERECEU O IMÓVEL EM GARANTIA À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM 2015, MAS ANTERIORMENTE ALIENARA PORÇÃO DO BEM AOS AGRAVANTES, EM 2004. AUSÊNCIA DE REGISTRO DO INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL. PRECEDENTES DO STJ NO SENTIDO DE ABRANDAR AS EXIGÊNCIAS DO DIREITO DOS REGISTROS PÚBLICOS QUANDO EVIDENCIADA A BOA-FÉ DE AMBOS OS ENVOLVIDOS. Oponibilidade da promessa de compra e venda a terceiros. Parcela do imóvel que permaneceu na plenitude do domínio da devedora fiduciária que possivelmente será suficiente à satisfação da dívida. Dívida apontada pela instituição financeira (R\$ 130.000,00) consideravelmente inferior ao valor do imóvel (R\$ 1.100.000,00). SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL

¹⁵⁵ Além dos Tribunais citados (TJPR e TJSP) foram consultados outros dos maiores Tribunais do país, como TJSC, TJRJ, TJMG, TJMT, TJRS, não sendo encontrados julgados que se adequassem ao tema tão bem quanto os aqui apresentados.

RELATIVAMENTE À ÁREA CONTROVERTIDA. DECISÃO REFORMADA.

I. “A promessa de compra e venda gera efeitos obrigacionais, não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 0029116-06.2018.8.16.0000 2 (AgInt no REsp nº 1.325.509/PE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, DJe 06/2/2017), razão pela qual o STJ “vem reconhecendo que a promessa de compra e venda, ainda que não registrada, é oponível ao próprio vendedor ou a terceiros, haja vista que tal efeito não deriva da publicidade do registro, mas da própria essência do direito de há muito consagrado em lei (arts. 22 do DL nº 58/1937 e 26 da Lei nº 6.766/1979)” (REsp 1490802/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 24/04/2018). II. “Mesmo que o promitente-vendedor não outorgue a escritura definitiva, não tem mais ele o poder de dispor do bem prometido em alienação. Está impossibilitado de oferecê-lo em garantia ou em dação em pagamento de dívida que assumiu ou de gravá-lo com quaisquer ônus, pois o direito atribuído ao promissário-comprador desfalca da esfera jurídica do vendedor a plenitude do domínio”. Assim, “como consequência da limitação do poder de disposição sobre o imóvel prometido, eventuais negócios conflitantes efetuados pelo promitente-vendedor tendo por objeto o imóvel prometido podem ser tidos por ineficazes em relação aos promissários-compradores, ainda que atinjam terceiros de boa-fé” (REsp 1490802/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 24/04/2018). III. Fazendo a devida equalização e distribuição da justiça, ante a provável boa-fé tanto dos agravantes (idosos com mais de 70 anos e que residem no imóvel há 15 anos) como do primeiro agravado (Bradesco), que não tinha conhecimento da promessa de compra e venda, afigura-se razoável, ao menos por ora, suspender-se o procedimento extrajudicial tão-somente em relação à área de 108.900 metros quadrados descrita no contrato AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 0029116-06.2018.8.16.0000 3 particular de compra e venda celebrado em 2004, ficando a instituição financeira autorizada a prosseguir quanto à área restante, a qual possivelmente será capaz de quitar a dívida em aberto por ocasião da venda do bem no público leilão previsto na Lei nº 9.514/97. AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO. Vistos, etc. Neste agrado de instrumento, interposto com requerimento de tutela antecipada recursal, os agravantes pretendem a reforma da decisão proferida na ação anulatória nº 0010231-45.2018.8.16.0031 por meio da qual o juiz de direito, Dr. Bernardo Fazolo Ferreira, indeferiu o pedido de tutela de urgência na modalidade antecipada (mov. 23.1). Em suas razões recursais (mov. 1.1-TJ), os agravantes sustentam, em síntese, que: a) ingressaram com a ação originária objetivando anular a alienação fiduciária que grava parte do imóvel descrito na Matrícula n. 16.175, do 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Guarapuava/PR, constituída como garantia real na Cédula de Crédito Imobiliário n. 237/2230/190615; b) assentam a pretensão na alegação de que a pessoa de Ruy Luiz Zampier Moro, emitente devedor da referida Cédula de Crédito Imobiliário junto ao Banco Bradesco S/A, teria oferecido como garantia o imóvel que é de propriedade dos agravantes, tendo como terceira garantidora a segunda agravada, sendo que eles jamais compuseram o quadro societário desta; c) a propriedade da área que pertence aos agravantes materializou-se através de um contrato particular de compromisso de compra e venda, firmado em 16 de junho de 2003, entre a empresa INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRIOS E LATICÍNIOS CATARATAS LTDA (segunda agravada) e eles, com firma reconhecida dos vendedores em 10 de setembro de 2004, no Tabelionato Farah, da Comarca de Guarapuava/PR; d) desde a data da celebração do referido contrato, os agravantes AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 0029116-06.2018.8.16.0000 4 estão na posse direta do imóvel, sem qualquer oposição, no qual construíram sua residência e de onde tiram seu sustento através de cultura de subsistência; e) o imóvel consiste em bem de família dos agravantes e jamais foi por eles oferecido em garantia, a qual, aliás, era por eles desconhecida; f) desde a quitação do contrato de

promessa de compra e venda os agravantes aguardam a lavratura da competente escritura definitiva de compra e venda por parte da promitente vendedora; g) recentemente tomaram conhecimento de que o bem foi alienado fiduciariamente pela segunda agravada ao primeiro agravado, em garantia de dívida da referida cédula, bem como do inadimplemento da dívida e notificação para purgação da mora, sob pena de consolidação da propriedade em favor da instituição financeira; h) a empresa garantidora da dívida – segunda agravada – jamais poderia ter oferecido o bem que não é de sua propriedade; i) estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela provisória de urgência, ante a iminente possibilidade de o primeiro agravado levar o bem a leilão; j) o imóvel em questão encontra-se sob o abrigo da regra protetiva do art. 1º da Lei nº 8.009/90; k) as transações realizadas pela segunda agravada depois da venda do bem aos agravantes não surtem qualquer efeito em relação a eles; l) o valor do débito frente ao valor da área total do imóvel é ínfimo, não se justificando a consolidação da propriedade em nome do primeiro agravado sobre a totalidade do bem; e m) os agravantes são pessoas idosas, o que impõe o exame do caso à luz das regras protetivas do Estatuto do Idoso. Na decisão do mov. 5.1-TJ, a liminar foi deferida “determinando a suspensão do procedimento extrajudicial da consolidação da propriedade relativamente à área controvertida, ou seja, os 108.900 metros quadrados descritos na cláusula primeira do compromisso de compra e venda do mov. 1.9, autorizado o seu prosseguimento quanto à área remanescente. Expeça-se ofício, com urgência, ao CRI competente, a fim de que esta decisão seja averbada na matrícula do imóvel”. Com contrarrazões (mov. 12.1-TJ), foram os autos conclusos para julgamento. É o relatório. AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 0029116-06.2018.8.16.00005 Voto I – A controvérsia gira em torno da presença dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela pretendida na inicial, no sentido de suspender-se o procedimento extrajudicial de consolidação da propriedade do imóvel em favor do primeiro agravado (Banco Bradesco S/A). II – Pois bem. A Lei processual estabelece que, para a concessão da tutela provisória de urgência, em sua modalidade antecipada, faz-se necessária a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do NCPC), aliada à inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (art. 300, § 3º, do NCPC). No caso, ao menos nesta quadra procedimental, considero provável o acolhimento do pedido de anulação da garantia fiduciária na parte em que recai sobre a porção do imóvel cuja compra e venda fora prometida pelos proprietários aos ora agravantes. Com efeito, colhe-se do instrumento particular de compra e venda acostado ao mov. 1.9 que a segunda agravada, na qualidade de proprietária/promitente vendedora, alienou aos agravantes a área de 108.900 metros quadrados do imóvel, cuja área total, segundo a matrícula, é de 376.700 metros quadrados (mov. 1.13). O negócio está datado de 16/06/2003, com firma reconhecida em 10/09/2004, sendo que desde então os agravantes – idosos com mais de 70 anos de idade - estariam na posse direta do imóvel, onde estabeleceram sua moradia, como demonstram as fotografias dos mov. 1.17 e 1.18. Ocorre que a proprietária/promitente vendedora (segunda agravada), mesmo tendo aparentemente alienado referida porção do imóvel aos agravantes, recentemente ofereceu a totalidade do bem em garantia fiduciária em favor do primeiro agravado (Banco Bradesco S/A), conforme R-18 datado de 22/06/2015 (mov. 1.13). Diante do inadimplemento da dívida, consta AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 0029116-06.2018.8.16.0000 6 dos autos que o credor fiduciário deu início ao procedimento de consolidação da propriedade do imóvel, conforme notificações do mov. 1.15 e 1.16, datadas de 30/04/2018, vindo daí o requerimento de concessão de tutela de urgência no sentido de suspender-se o procedimento antes que venha a ser registrada a consolidação da propriedade. Embora o instrumento particular de promessa de compra e venda não tenha sido levado a registro pelos agravantes na matrícula do imóvel, a obstar, em tese, que opere efeitos perante terceiros,

dentre os quais o credor fiduciário (primeiro agravado) (art. 221 do CC1), não há como ignorar recentes precedentes do STJ no sentido de abrandar as exigências do direito dos registros públicos quando evidenciada a boa-fé de ambos os envolvidos (o promitente comprador e o terceiro adquirente), devendo o Judiciário examinar a melhor forma de distribuição da Justiça em cada caso concreto. A propósito, conforme já decidiu a Corte superior, “(...) a promessa de compra e venda gera efeitos obrigacionais, não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público (AgInt no REsp nº 1.325.509/PE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, DJe 06/2/2017), razão pela qual o STJ “vem reconhecendo que a promessa de compra e venda, ainda que não registrada, é oponível ao próprio vendedor ou a terceiros, haja vista que tal efeito não deriva da publicidade do registro, mas da própria essência do direito de há muito consagrado em lei (arts. 22 do DL nº 58/1937 e 26 da Lei nº 6.766/1979)” (REsp 1490802/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 24/04/2018). Nesse sentido, ainda: DIREITO CIVIL. PROPRIEDADE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA. COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. 1 Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029116-06.2018.8.16.0000 7 REGISTRO IMOBILIÁRIO. OPOSIÇÃO. ADJUDICAÇÃO EM HASTA PÚBLICA. BOA-FÉ. 1. Discussão sobre se a aquisição do imóvel pelo recorrido, em virtude da celebração de compromisso de compra e venda quitado anos antes da penhora efetivada em sede da ação trabalhista, prevalece em relação à propriedade do recorrente, que adjudicou o bem em hasta pública, seguindo os ditames legais, à época em que, de acordo com o registro imobiliário, ele se encontrava livre e desembaraçado de quaisquer ônus. 2. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. (...) 5. O Código Civil de 1916, vigente à época da celebração do negócio de compra e venda pelos recorridos, de fato, exigia, no art. 530, o registro do título translativo da propriedade imóvel por ato inter vivos, onerosos ou gratuitos, para a transmissão do domínio do bem. 6. A jurisprudência conferia ao promitente comprador o direito à adjudicação compulsória do imóvel independentemente de registro (Súmula n. 239); e, quando registrado, o compromisso de compra e venda foi erigido à seleta categoria de direito real pelo Código Civil de 2002 (art. 1.225, inciso VII), sendo, portanto, oponível em relação aos terceiros. 7. Esta Corte, sobrepujando a questão de fundo sobre a questão da forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Súmula 84/STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029116-06.2018.8.16.0000 8 8. Os recorridos agiram com boa-fé quando celebraram o compromisso de compra e venda do imóvel. O recorrente também agiu de boa-fé na hipótese, ao seguir todos os trâmites legalmente previstos para a aquisição da propriedade através da adjudicação do bem em hasta pública e registro do respectivo título no cartório de imóveis. 9. Diante das peculiaridades da hipótese, não se afigura razoável afastar o direito dos recorridos sobre o bem, que acreditaram ter adquirido por força do compromisso de compra e venda, e sobre o qual exercem a posse há aproximadamente 20 (vinte) anos. 10. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1221369/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 30/08/2013). Em resumo, segundo recente precedente do STJ, “mesmo que o promitente-vendedor não outorgue a escritura definitiva, não tem mais ele o poder de dispor do bem prometido em alienação. Está impossibilitado de oferecê-lo em garantia ou em dação em

pagamento de dívida que assumiu ou de gravá-lo com quaisquer ônus, pois o direito atribuído ao promissário-comprador desfalca da esfera jurídica do vendedor a plenitude do domínio”. Assim, “como consequência da limitação do poder de disposição sobre o imóvel prometido, eventuais negócios conflitantes efetuados pelo promitente- vendedor tendo por objeto o imóvel prometido podem ser tidos por ineficazes em relação aos promissários-compradores, ainda que atinjam terceiros de boa-fé” (REsp1490802/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 24/04/2018). Transpondo esse raciocínio para o caso dos autos, conclui-se, ao menos por ora, que a segunda agravada não poderia ter oferecido em 2015 ao primeiro agravado a totalidade do imóvel em garantia fiduciária, já AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029116-06.2018.8.16.0000 9 que em 2004 (data do reconhecimento da firma, art. 409 do NCPC) alienou porção do imóvel aos agravantes, conforme contrato de compra e venda do mov. 1.9. Há que se atentar, outrossim, que a dívida apontada pelo primeiro agravado na notificação do mov. 1.15 era de R\$ 130.127,89 em abril de 2018, o que leva a crer que a parcela do imóvel que ainda permaneceu sob a plenitude do domínio da segunda agravada (cerca de 268.000 metros quadrados, descontados os 108.900 alienados aos agravantes) é suficiente a satisfazer a dívida em aberto, já que o imóvel estaria avaliado em cerca de R\$ 1.100.000,00 (mov. 1.13). Em resumo, fazendo a devida equalização e distribuição da justiça, **ante a provável boa-fé tanto dos agravantes (idosos com mais de 70 anos de idade que residem no imóvel há quase 15 anos) como do primeiro agravado (Bradesco), que não tinha conhecimento da promessa de compra e venda, afigura-se razoável, ao menos por ora, suspender-se o procedimento extrajudicial tão-somente em relação à área de 108.900 metros quadrados descrita no contrato do mov. 1.9, ficando a instituição financeira autorizada a prosseguir quanto à área restante, a qual possivelmente será capaz de quitar a dívida em aberto por ocasião da venda do bem no público leilão previsto na Lei nº9.514/97.** Posto isso, **DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, confirmando a tutela antecipada recursal de início deferida.** Dispositivo. Acordam os integrantes da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em DAR PROVIMENTO ao agravo de instrumento, nos termos do voto do relator. Participaram do julgamento a Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin (Presidente) e o Juiz Substituto em Segundo Grau Dr. Fabian Schweitzer AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029116-06.2018.8.16.0000 10 Curitiba, 10 de outubro de 2018. Fernando Paulino da Silva Wolff Filho Desembargador Relator. (TJPR - 17ª C.Cível - 0029116-06.2018.8.16.0000 - Guarapuava - Rel.: Fernando Paulino da Silva Wolff Filho - J. 11.10.2018) (grifo nosso)¹⁵⁶

No âmbito das relações de consumo, foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sentença condenatória por litigância de má-fé, com fulcro no artigo 80, incisos II e III e 81, §2º, ambos do Código de Processo Civil, em que a parte pugnou tutela provisória de urgência para exibição de documentos, fazendo, sem provas, alegações de anterior recusa.

APELAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA – Pretensão à obtenção de documento – EXTINÇÃO SEM

¹⁵⁶ Agravo de Instrumento nº 0029116-06.2018.8.16.0000. Relator: Relator: Fernando Paulino da Silva Wolff Filho. DJ 11/10/2018 disponível em < <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar> > acesso em 25/10/2018

JULGAMENTO DO MÉRITO - Nulidade da sentença por falta de fundamentação – Inocorrência - Extinção do processo, sem resolução do mérito, pelo reconhecimento da falta de interesse para agir do requerente – Questionamento acerca da existência do contrato e regularidade da cobrança – Inadequação da via judicial utilizada – Pedido formulado nas razões do apelo que não guardam relação com a causa – Pena por litigância de má-fé – Cabimento - Sentença mantida – Recurso desprovido, rejeitada a preliminar. (TJSP; Apelação 1018544-66.2017.8.26.0602; Relator (a): Claudio Hamilton; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/10/2018; Data de Registro: 25/10/2018)¹⁵⁷

Em decisão do mesmo Tribunal, a dúvida quanto a presença de boa-fé nas atitudes da parte autora, fez com que seu pedido de tutela provisória de urgência para remoção do gravame incidente sobre veículo junto ao DETRAN, com transferência do bem para o seu nome, a fim de evitando-se eventual busca e apreensão por falta de pagamento do financiamento negociado fosse negado, pelo possível perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, conforme ordena o art. 300, §3º, CPC.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE GRAVAME, COM PEDIDO DE MANUTENÇÃO DE POSSE C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TUTELA PROVISÓRIA Ausência de probabilidade do direito invocado pela Autora (art. 300, CPC) e necessidade de prévio exercício do contraditório nos autos. Circunstâncias fáticas que envolvem comprovação de complexo e duvidoso negócio jurídico realizado entre as partes, pessoas físicas, com financiamento da instituição financeira, e que contou com condutas de lisura duvidosa da própria Autora. RECURSO DA AUTORA NÃO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2207938-04.2018.8.26.0000; Relator (a): Berenice Marcondes Cesar; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Casa Branca - 1ª Vara; Data do Julgamento: 23/10/2018; Data de Registro: 24/10/2018)¹⁵⁸

Aliar a boa-fé ao requerimento de uma tutela provisória de urgência é imprescindível, pois muitas vezes os danos podem ser irreversíveis, não só para a parte que pleiteia, mas também à demandada. No caso abaixo, também julgado pelo

¹⁵⁷ TJSP; Apelação 1018544-66.2017.8.26.0602; Relator: Claudio Hamilton; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/10/2018. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=11945082&cdForo=0> > acesso em 25/10/2018

¹⁵⁸ TJSP; Agravo de Instrumento 2207938-04.2018.8.26.0000; Relatora: Berenice Marcondes Cesar; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Casa Branca - 1ª Vara; Data do Julgamento: 23/10/2018; Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=11937576&cdForo=0> > acesso em 25/10/2018

Tribunal de Justiça de São Paulo, foi deferida cirurgia em benefício da autora que sequer lhe fora prescrita, sob pena de multa diária ao município. As duas partes saíam perdendo, quer seja por um procedimento cirúrgico desnecessário, quer seja pelo prejuízo ao erário municipal. A medida foi revertida pelo Tribunal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Obrigação de Fazer - Pretensão de compelir os réus à imediata realização de procedimento cirúrgico – Decisão atacada que deferiu a tutela provisória de urgência – Inexistência nos autos de relatório médico indicando a realização de procedimento cirúrgico em caráter de emergência - Ausentes os requisitos legais autorizadores da medida ("caput" do art. 300 do NCPC) – Decisão reformada – Recurso provido.(TJSP; Agravo de Instrumento 2174346-66.2018.8.26.0000; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Junqueirópolis - Vara Única; Data do Julgamento: 25/10/2018; Data de Registro: 25/10/2018) ¹⁵⁹

Ainda na seara da saúde, o TJPR revogou a concessão de cirurgia bariátrica à parte autora que apresentou comportamentos contraditórios durante o processo. Assim foi justificado:

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OPERADORA QUE, POR MEIO DE TUTELA PROVISÓRIA, FOI COMPELIDA À LIBERAÇÃO DE CIRURGIA BARIÁTRICA (GASTROPLASTIA REDUTORA POR VIDEOLAPAROSCOPIA). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA QUE CONFIRMA A LIMINAR E REJEITA O PEDIDO DE DANOS MORAIS. RECURSO DA RÉ. CONTRATO CELEBRADO EM 06/2013. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE LIBERAÇÃO DO PROCEDIMENTO FORMULADO APENAS ALGUNS MESES DEPOIS, EM 04/2014. PARTE AUTORA QUE, NA DECLARAÇÃO DE SAÚDE, INFORMOU MEDIR 1,63M E PESAR 80KG (IMC DE 30,1KG/M² - OBESIDADE GRAU I). ADEMAIS, NEGOU SOFRER DE OBESIDADE MÓRBIDA/PESO EXCESSIVO, OU REALIZAR TRATAMENTO PARA EMAGRECER. COBERTURA CONTRATUAL EXPRESSAMENTE LIMITADA PELA LEI Nº 9.656/98 E PELO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE EDITADO PELA ANS. REQUERENTE QUE NÃO COMPROVA OBESIDADE MÓRBIDA HÁ MAIS DE 5 ANOS, TAMPOUCO 2 ANOS DE TRATAMENTO CLÍNICO INFRUTÍFERO, REQUISITOS EXIGIDOS PELA ANS PARA A LIBERAÇÃO DO PROCEDIMENTO SOLICITADO (ITEM 25 DO ANEXO DA RN 338/2013 DA ANS). VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM). COBERTURA NÃO OBRIGATÓRIA. INDICAÇÕES MÉDICAS QUE, POR SI SÓ, NÃO JUSTIFICAM A LIBERAÇÃO DA CIRURGIA, TAMPOUCO COMPROVAM A URGÊNCIA NA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO. SENTENÇA REFORMADA. SUCUMBÊNCIA REDISTRIBUÍDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR - 10ª C. Cível - AC - 1554894-4 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central

¹⁵⁹ TJSP; Agravo de Instrumento 2174346-66.2018.8.26.0000; Relatora: Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Junqueirópolis - Vara Única; Data do Julgamento: 25/10/2018; Data de Registro: 25/10/2018. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=11945750&cdForo=0> > acesso em 25/10/2018

de Londrina - Rel.: Carlos Henrique Licheski Klein - Unânime - J. 22.06.2017)¹⁶⁰

4.3.2 TRIBUNAIS SUPERIORES

Quanto aos Tribunais Superiores, entendimento do STJ apontado anteriormente, que fora firmado em 2012, portanto no Código Civil de 1973, porém ainda válido no corrente ano, a respeito da responsabilidade objetiva do autor quanto aos danos causados pela tutela antecipada não confirmada em sentença.¹⁶¹

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO AUTOR DA AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. O autor da ação responde objetivamente pelos danos sofridos pela parte adversa decorrentes da antecipação de tutela que não for confirmada em sentença, independentemente de pronunciamento judicial e pedido específico da parte interessada. O dever de compensar o dano processual é resultado do microsistema representado pelos arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e art. 811 do CPC. Por determinação legal prevista no art. 273, § 3º, do CPC, aplica-se à antecipação de tutela, no que couberem, as disposições do art. 588 do mesmo diploma (atual art. 475-O, incluído pela Lei n. 11.232/2005). Ademais, aplica-se analogicamente à antecipação de tutela a responsabilidade prevista no art. 811 do CPC, por ser espécie do gênero de tutelas de urgência (a qual engloba a tutela cautelar). Com efeito, a obrigação de indenizar o dano causado ao adversário pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência *ex lege* da sentença, e por isso independe de pronunciamento judicial, dispensando também, por lógica, pedido específico da parte interessada. Precedentes citados do STF: RE 100.624, DJ 21/10/1983; do STJ: REsp 127.498-RJ, DJ 22/9/1997; REsp 744.380-MG, DJe 3/12/2008, e REsp 802.735-SP, DJe 11/12/2009. REsp 1.191.262-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25/9/2012.

No âmbito previdenciário, o STJ resolveu controvérsia a respeito de tutela de benefício previdenciário deferida de forma antecipada, e posteriormente averiguada a necessidade de reversibilidade da medida concedida, pela ausência de boa-fé objetiva do requerente. A consequência foi a devolução dos valores pagos indevidamente.

¹⁶⁰ TJPR - 10ª C.Cível - AC - 1554894-4 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Carlos Henrique Licheski Klein - Unânime - J. 22.06.2017. Disponível em < <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12389525/Acórdão-1554894-4#> > acesso em 25/10/2018

¹⁶¹ CAVALCANTE, Márcio Andre Lopes. **Responsabilidade pelos danos causados por tutela antecipada posteriormente revogada.** 2012. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2012/11/responsabilidade-pelos-danos-causados.html> > acesso em 12/10/2018

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR. RECEBIMENTO PROVISÓRIO. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA. POSTERIOR REVOGAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES. NECESSIDADE. MEDIDA DE NATUREZA PRECÁRIA. REVERSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ OBJETIVA. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. PARÂMETROS. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se a revogação da tutela antecipada obriga o assistido de plano de previdência privada a devolver os valores recebidos com base na decisão provisória, ou seja, busca-se definir se tais verbas são repetíveis ou irrepetíveis. 2. O Supremo Tribunal Federal já assentou inexistir repercussão geral quanto ao tema da possibilidade de devolução dos valores de benefício previdenciário recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada, porquanto o exame da questão constitucional não prescinde da prévia análise de normas infraconstitucionais, o que se traduziria em eventual ofensa reflexa à Constituição Federal, incapaz de ser conhecida na via do recurso extraordinário (ARE nº 722.421 RG/MG). 3. **A tutela antecipada é um provimento judicial provisório e, em regra, reversível (art. 273, § 2º, do CPC), devendo a irrepetibilidade da verba previdenciária recebida indevidamente ser examinada não somente sob o aspecto de sua natureza alimentar, mas também sob o prisma da boa-fé objetiva, que consiste na presunção de definitividade do pagamento. Precedente da Primeira Seção, firmado em recurso especial representativo de controvérsia (REsp nº 1.401.560/MT).** 4. Os valores recebidos precariamente são legítimos enquanto vigorar o título judicial antecipatório, o que caracteriza a boa-fé subjetiva do autor. Entretanto, como isso não enseja a presunção de que tais verbas, ainda que alimentares, integram o seu patrimônio em definitivo, não há a configuração da boa-fé objetiva, a acarretar, portanto, o dever de devolução em caso de revogação da medida provisória, até mesmo como forma de se evitar o enriquecimento sem causa do então beneficiado (arts. 884 e 885 do CC e 475-O, I, do CPC). 5. **A boa-fé objetiva estará presente, tornando irrepetível a verba previdenciária recebida indevidamente, se restar evidente a legítima expectativa de titularidade do direito pelo beneficiário, isto é, de que o pagamento assumiu ares de definitividade, a exemplo de erros administrativos cometidos pela própria entidade pagadora ou de provimentos judiciais dotados de força definitiva (decisão judicial transitada em julgado e posteriormente rescindida).** Precedentes. 6. As verbas de natureza alimentar do Direito de Família são irrepetíveis, porquanto regidas pelo binômio necessidade/possibilidade, ao contrário das verbas oriundas da suplementação de aposentadoria, que possuem índole contratual, estando sujeitas, portanto, à repetição. 7. Os valores de benefícios previdenciários complementares recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada devem ser devolvidos, ante a reversibilidade da medida antecipatória, a ausência de boa-fé objetiva do beneficiário e a vedação do enriquecimento sem causa. 8. Como as verbas previdenciárias complementares são de natureza alimentar e periódica, e para não haver o comprometimento da subsistência do devedor, tornando efetivo o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), deve ser observado, na execução, o limite mensal de desconto em folha de pagamento de 10% (dez por cento) da renda mensal do benefício previdenciário suplementar até a satisfação integral do crédito. 9. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1555853 / RS RECURSO ESPECIAL 2015/0230287-0. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147); DJ 10/11/2015. STJ, 2015) (grifo nosso)¹⁶²

¹⁶² (REsp 1555853 / RS RECURSO ESPECIAL 2015/0230287-0. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147); DJ 10/11/2015. STJ, 2015). Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=TUTELA+PROVIS%D3RIA+URG%CANCIA+B OA-F%C9&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> > acesso em 19/10/2018

Tal tese fora posteriormente fora firmada em sede de recurso especial:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REVOGAÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA E DEVOLUÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR. Os valores de benefícios previdenciários complementares recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada devem ser devolvidos, observando-se, no caso de desconto em folha de pagamento, o limite de 10% (dez por cento) da renda mensal do benefício previdenciário até a satisfação integral do valor a ser restituído. De fato, a Primeira Seção do STJ (REsp 1.401.560-MT, DJe 13/10/2015) firmou, recentemente, tese em recurso especial representativo da controvérsia de acordo com a qual a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários do RGPS indevidamente recebidos. **Com efeito, prevaleceu o entendimento de que a tutela antecipada é um provimento judicial provisório e, em regra, reversível (art. 273, § 2º, do CPC), devendo a irrepetibilidade da verba previdenciária recebida indevidamente ser examinada não somente sob o aspecto de sua natureza alimentar, mas também sob o prisma da boa-fé objetiva, que consiste na presunção de definitividade do pagamento.** Assim, é certo que os valores recebidos precariamente são legítimos enquanto vigorar o título judicial antecipatório, o que caracteriza a boa-fé subjetiva do autor. Entretanto, como isso não enseja a presunção de que essas verbas, ainda que alimentares, integrem o seu patrimônio em definitivo, não há a configuração da boa-fé objetiva, o que acarreta, portanto, o dever de devolução em caso de revogação da medida provisória, até mesmo como forma de se evitar o enriquecimento sem causa do então beneficiado (arts. 884 e 885 do CC e 475-O, I, do CPC). Aplicou-se também a regra do art. 115, II, da Lei 8.213/1991, que prevê a possibilidade de serem descontados dos benefícios previdenciários do RGPS os pagamentos realizados pelo INSS além do devido. No que diz respeito ao caso aqui analisado - que trata de previdência complementar (e não do RGPS) -, o mesmo raciocínio quanto à reversibilidade do provimento antecipado, de caráter instrumental, deve ser aplicado, de modo comum, a ambos os sistemas. Nesse sentido, a Quarta Turma do STJ (REsp 1.117.247-SC, DJe 18/9/2014) já assentou que deve incidir na previdência complementar a mesma exegese feita na previdência oficial sobre a reversibilidade das tutelas de urgência concessivas de valores atinentes a benefício previdenciário em virtude da sua repetibilidade. Ademais, embora as verbas de natureza alimentar do Direito de Família sejam irrepetíveis - porquanto regidas pelo binômio necessidade/possibilidade -, as verbas oriundas da suplementação de aposentadoria, por possuírem índole contratual, estão sujeitas à repetição. Além do mais, como as verbas previdenciárias complementares são de natureza alimentar e periódica e para não haver o comprometimento da subsistência do devedor, tornando efetivo o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), deve haver parâmetros quanto à imposição obrigacional de reparação. Nesse contexto, a Primeira Seção do STJ (REsp 1.384.418-SC, DJe 30/8/2013) - embora reconhecendo a existência de patamares de 30% e de 35% como valores máximos de comprometimento da renda mensal do devedor para o desconto em folha de pagamento para diversas situações, como empréstimos, financiamentos, cartões de crédito, operações de arrendamento mercantil e outras consignações - adotou como referencial, por simetria, o percentual mínimo de desconto aplicável aos servidores públicos, qual seja, 10% (art. 46, § 1º, da Lei 8.112/1990). (REsp

1.555.853-RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 10/11/2015, DJe 16/11/2015)¹⁶³

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento, firmado em 2015, de que os assuntos que tratem a respeito da possibilidade de devolução dos valores recebidos em virtude de tutela antecipada que fora posteriormente revogada, tem natureza infraconstitucional, atribuindo a eles os efeitos de ausência de repercussão geral.

Por fim, decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da grave crise humanitária sofrida pela Venezuela que vem refletindo em problemas para os países que ali fazem fronteira. No caso abaixo, o Estado de Roraima, através de ação civil pública, requereu em forma de tutela de urgência que as fronteiras fossem temporariamente fechadas ou que houvesse regulação da entrada dos venezuelanos a uma quantidade compatível com a possibilidade do Estado de Roraima e da União. Mister se faz pensar na relevância de agir com boa-fé nesse caso, pois de um lado estão milhares de pessoas em condições sub-humanas lutando para sobreviver. De outro, um estado que de repente, sofreu alto fluxo migratório, correndo o risco de não conseguir acolher a todas as necessidades e assim, negligenciar não apenas o seu povo, mas também o povo vizinho.

Vistos etc. Nesta ação cível originária, ajuizada pelo Estado de Roraima em face da União, apresenta a ré pedido incidental de suspensão do Decreto nº 25.681/2018 do Estado de Roraima, bem como de seu enquadramento como ato atentatório à dignidade da justiça, com a cominação das sanções previstas na legislação processual (evento 197). Argumenta a ré que, dentre os diversos pedidos feitos na inicial, pretende o Estado autor obter tutela antecipada para que “seja compelida a fechar temporariamente a fronteira Brasil-Venezuela a fim de impedir que o fluxo migratório desordenado produza efeitos mais devastadores aos brasileiros e estrangeiros residentes no Estado de Roraima; ou que seja compelida a limitar o ingresso de refugiados venezuelanos a uma quantidade compatível com a capacidade do Estado Brasileiro de acolher e prover as necessidades básicas de tais estrangeiros, até que sejam minimizados e corrigidos os impactos sociais e econômicos decorrentes dos milhares de estrangeiros que estão no Estado de Roraima”. Relata que, não obstante o regular andamento do presente feito, com a citação, realização de audiência de tentativa de conciliação e juntada de documentos, o Estado autor editou, em 1º.8.2018, o Decreto nº 25.681/2018 que, segundo sustenta, “avança no mérito desta demanda, imiscuindo-se em questões que são objeto da controvérsia e que podem potencialmente implicar a redução da prestação de serviços pelo Estado de Roraima aos imigrantes venezuelanos, além de consubstanciar interferência nas competências federais, configurando, ato atentatório à jurisdição”. Segundo também alega a ré, o referido Decreto “trata do problema

¹⁶³ REsp 1.555.853-RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 10/11/2015, STJ 2015. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=TUTELA+PROVIS%D3RIA+URG%CANCIA+BOA-F%C9&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>> acesso em 19/10/2018

dos refugiados advindos da Venezuela”, tema em “intersecção com a causa de pedir constante desta ação” e “tem por objetivo minimizar ou suprimir os problemas decorrentes da imigração de venezuelanos”. Sustenta serem inconstitucionais seus artigos 1º, 2º e 3º, pelo notório propósito de ingressar nas atividades desempenhadas pela União especificamente quando permitem “regime de atuação especial das forças de segurança (art. 1º) para possibilitar a fiscalização do fluxo migratório e de aduana mediante controle de pessoas, bagagens e veículos por meio do Posto Fiscal no Município de Pacaraima (art. 2º) de forma suprir alegada ineficiência das ações federais no controle de fronteira”, bem como quando, por seu art. 3º, busca-se “restringir o acesso dos imigrantes venezuelanos aos serviços públicos de competência estadual” como “à saúde, à educação e à segurança pública em razão da condição de estrangeiro da pessoa”. Aponta que o normativo estadual viola os artigos 1º, III, 3º, IV, 4º, 5º, caput, 21, XXII; 144, caput e § 1º, III, 196 e 205 da Constituição Federal, bem como os artigos 3º, I, II, VI, IX, X, XI, XII, XVI, XX e XXII, 4º, I, II, VIII, IX, X e XV, § 1º, da Lei nº 13.445/2017 (Lei da Migração) e ainda o “Acordo sobre Documentos de viagem dos Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados”, aprovado pela Decisão CMC na 18/08, ao qual Brasil e Venezuela aderiram. Sustenta tratar-se, a edição do Decreto, de inovação ilegal do contexto fático e jurídico sob o qual a controvérsia será solucionada perante esta Suprema Corte, a justificar sua suspensão, bem como seu enquadramento como ato atentatório à dignidade da justiça com as respectivas sanções, nos termos do art. 77, VI, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil. Sobre este pleito, oportuneizei a manifestação da Procuradora-Geral da República que, apontando a inconstitucionalidade, opinou pela suspensão do Decreto (evento 209). É o relatório. Decido. Trata-se de ação cível originária promovida pelo Estado de Roraima, na qual pleiteada, em sede de tutela de urgência, além do “fechamento temporário da fronteira Brasil-Venezuela” e a “imediata transferência de recursos”, ordem para que a União atue “na área de fronteira Brasil/Venezuela, a fim de impedir que o fluxo migratório desordenado produza efeitos mais devastadores à sociedade brasileira, em específico no Estado de Roraima, obrigando a União a promover medidas administrativas na área de controle policial, saúde e vigilância sanitária, sob pena de se manter o abalo indesejado do Pacto Federativo e um estado crítico de coisas inconstitucional” (evento 1, p. 35). O pleito deduzido, como se verifica, é complexo por envolver a análise do grau de responsabilidade e comprometimento de cada uma das partes sobre o tema sensível do refúgio humano. Houve a tentativa de conciliação sobre as questões em que cabível, excluído o tema de “fechamento da fronteira”, sobre o qual proferi decisão negativa (evento 206). Não obstante inexitosa, até o momento, a conciliação, a questão permanece judicializada neste processo. Houve a apresentação de documentos novos por autor e ré (eventos 130-41 e 144-94), com abertura do contraditório a respeito (evento 196), o que ora se aguarda, estando o feito em seu regular andamento. Não bastasse tal constatação, forçoso anotar que o tema envolve situação fática em constante evolução, a exigir, por óbvio, sucessivas medidas pelo Poder Executivo, dentro de sua esfera de atuação, para solucionar os problemas que surgem a cada momento. Todavia, necessário observar que o pedido inicial alberga a pretensão de obrigar a ré a promover “medidas administrativas na área de controle policial, saúde e vigilância sanitária”. De fato, como argui a União, da análise, ainda que perfunctória, do Decreto nº 25.681/2018 do Estado de Roraima, de 1º.8.2018 (evento 198), cuja ementa consta ter por objeto a “atuação especial das forças de segurança pública e demais agentes públicos do Estado de Roraima em decorrência do fluxo migratório de estrangeiros em território do Estado de Roraima”, sobressai conjunto de ações nestas mesmas áreas, ou seja de segurança (art. 1º), “controle de pessoas, bagagens, veículos, bem como verificação de documentação necessária ao trânsito e permanência em território nacional” (art. 2º), “acesso de cidadãos brasileiros e estrangeiros a consultas, exames, atendimento de urgência e emergência e cirurgias” (art.

3º, II), “acesso aos serviços públicos por cidadãos brasileiros e estrangeiros” (art. 3º, III), bem como restrição de acesso, pelos venezuelanos, a todos os serviços públicos, ao dispor que “para acesso aos serviços públicos oferecidos pelo Governo do Estado de Roraima a estrangeiros, com exceção de urgências e emergências, é necessária a apresentação de passaporte válido, a não ser os indivíduos oriundos de Argentina, Paraguai e Uruguai, que gozam dos direitos e prerrogativas do Mercosul, e que podem apresentar documento de identidade válido” (art. 3º, parágrafo único). Trata, ainda, o Decreto, de medidas executivas direcionadas diretamente à permanência dos estrangeiros em território nacional, ao dispor que “aqueles cidadãos estrangeiros que praticarem atos contrários aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal e Constituição do Estado de Roraima, inclusive a violação de direitos fundamentais assegurados aos cidadãos brasileiros, tais como direito à vida, à integridade física, à propriedade, dentre outros, estão sujeitos às normas legais cabíveis, devendo a autoridade policial responsável adotar as providências necessárias para procedimentos de deportação ou expulsão” (art. 5º). Sem adentrar no mérito quanto à ilegalidade, inconstitucionalidade ou mesmo violação de tratados internacionais, cuida-se, de forma evidente, da fixação de medidas alternativas restritivas a estrangeiros, especialmente venezuelanos, voltadas à tentativa de diminuição do fluxo migratório. Em análise perfunctória, reitero, de norma estadual, trazida a estes autos de forma incidental pela ré, vislumbro evidenciado cuidar-se de ato não só capaz de tisonar princípios em exame no presente processo, mas também de alterar substancialmente o estado de fato e de direito e, de forma oblíqua, propiciar a obtenção dos resultados almejados pelo autor. Dispõe o Código de Processo Civil (destaquei): “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: [...] IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; [...] VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. § 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça. § 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta. [...] § 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º. [...] Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;” O reconhecimento efetivo do ato como atentatório à dignidade da justiça exige, obviamente, a oportunidade de defesa. Deflui da decisão anterior que proferi nestes autos (evento 206), que a negativa de fechamento da fronteira se alicerça em princípios voltados à fruição plena de garantias individuais dos migrantes. Da leitura do noticiado Decreto estadual, extraio indícios de que seu teor pode inviabilizar tais garantias e interferir negativamente na fruição plena dos direitos cuja decisão, embora de cunho negativo, busca resguardar. Consigno tratar-se, referido Decreto, de ato normativo cujos efeitos, a par de se prolongarem no tempo, são produzidos diariamente. Por outras palavras, os comandos nele contidos serão cumpridos de forma renovada diuturnamente. A permanência dos efeitos de ato que, eventualmente, possa ser reconhecido nestes autos como atentatório à dignidade da justiça não deve ser tolerada, sob pena de inocuidade do zelo a direitos e valores cuja proteção merece resguardo nos

termos já consignados na decisão anterior. Sobre o combate a ato atentatório à dignidade da justiça anotam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “Verificado o atentado, deve o juiz determinar a restituição das coisas ao seu estado anterior. [...] Pode até o juiz ordenar sob pena de multa coercitiva (art. 77, § 7º, CPC) e alçar mão de qualquer outra técnica processual que se mostre adequada para a prestação da tutela contra o atentado (art. 139, IV, CPC).” (Código de Processo Civil Comentado, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 222, destaquei) Embora o mencionado Decreto seja anterior à minha decisão, como disse, seus efeitos se renovam diariamente. Diante destes elementos, na presença de indícios da possibilidade de indevida interferência do ato normativo em questão no estado de fato e nos direitos em debate nestes autos, suspendo cautelarmente o Decreto nº 25.681/2018 do Estado de Roraima, sem prejuízo da eventual discussão de sua constitucionalidade pela via do controle direto em ação própria. Consigno, por fim, já serem suficientemente complexas as dificuldades naturais decorrentes dos fatos tratados nestes autos, a envolver pessoas em situação de vulnerabilidade. Por estes motivos, espera-se das partes, a evitar a advertência de que trata o art. 77, § 1º do CPC, a mais completa boa-fé, como impõe o art. 5º do mesmo CPC, mormente em se tratando de pessoas jurídicas de direito público. Conclamo as partes, novamente, à composição pela forma de conciliação, o que faço não somente pelo dever legal de estimulá-la (art. 3º, § 3º do CPC), mas para evitar que controvérsia exclusivamente existente no campo da divisão de competências na esfera administrativa, desborde para ampliação do sofrimento de seres humanos. Intime-se com urgência o Estado de Roraima para ciência e imediato cumprimento, bem como para, caso queira, se manifestar em 30 (trinta) dias sobre o pedido incidental apresentado pela União (evento 197). Publique-se. Intimem-se. Brasília, 08 de agosto de 2018. (ACO 3121 / RR – RORAIMA. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJe-162 DIVULG 09/08/2018 PUBLIC 10/08/2018. STF. 2018)¹⁶⁴

5. CONCLUSÃO

Ao se iniciar o estudo a respeito deste importante instituto processual chamado de “tutela provisória de urgência” foi possível perceber a extrema necessidade de se estar munido da boa-fé processual em qualquer dos seus requerimentos. Mesmo que, em tese, segundo o art. 300, §3º, CPC seja vedada a concessão de medidas provisórias de urgência quando houver perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão. Pois juízes e ministros se deparam com situações muito peculiares no dia a dia do ordenamento jurídico brasileiro. Situações estas que, mesmo quando os danos podem ser irreversíveis, as tutelas precisam ser concedidas, como no caso citado do fechamento provisório das fronteiras brasileiras à imigração venezuelana.

¹⁶⁴ ACO 3121 / RR – RORAIMA. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJe-162 DIVULG 09/08/2018 PUBLIC 10/08/2018. STF. 2018. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000444025&base=baseMonocraticas>> acesso em 26/10/2018

No primeiro capítulo, procurou-se abranger o estudo das tutelas provisórias de urgência, dando ênfase nas de natureza antecipada, que podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental. Para sua concessão, é preciso que estejam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Foram ainda tratadas as generalidades deste elemento aperfeiçoado no Código Civil de 2015, bem como seu breve contexto histórico e a configuração no ordenamento jurídico brasileiro.

As mudanças trazidas pelo Código vigente, visaram simplificar o requerimento das tutelas provisórias, já que unificou a tutela cautelar e a antecipação de tutela com fundamento na urgência, com possibilidade de fungibilidade, extinguindo o antigo processo cautelar que não mais se adequava as necessidades da sociedade brasileira atual.

No segundo capítulo, momento de tratar do princípio que primordialmente regeu este trabalho, a boa-fé processual, que derivando constitucionalmente do devido processo legal, ganhou espaço com a promulgação do agora não mais tão novo Código de Processo Civil. A boa-fé, que tinha apenas configuração no direito material civil, passou a ter um artigo próprio também no processual. Embora haja divergência na doutrina quanto aos casos em que a boa-fé seria subjetiva, levando em conta as intenções do agente, foi a vertente objetiva que se concretizou através de um princípio no Código de Processo Civil.

No terceiro e último capítulo, ocorreu a junção dos dois institutos processuais, buscando demonstrar a responsabilidade que o sujeito tem ao requerer o adiantamento da prestação jurisdicional, através da tutela provisória de urgência, bem como suas consequências quando comprovada a litigância de má-fé.

Houve, por fim, um estudo quanto aos casos de diversas matérias, como consumidor, previdenciário e direitos humanos, trazidos aos Tribunais brasileiros, bem como as consequências do uso da boa e da má-fé quando destes requerimentos. Eis que demonstrou-se ser tão essencial estar munido da verdade ao se falar em processo, já que ali estão sendo julgados não meramente números, mas a vida de muitas pessoas.

Assim, foram identificados avanços incorporados ao sistema processual preexistente, principalmente quanto ao aprimoramento da configuração das tutelas provisórias de urgência e da boa-fé objetiva como princípio processual. Não obstante, pode faltar a real percepção da responsabilidade aos pleiteantes. Ademais, depreende-se que existem muitos processos no ordenamento brasileiro que ainda não

são tratados com a verdade que lhes é exigida, o que pode trazer aos sujeitos processuais não apenas danos pecuniários, como o arbitramento de multas, mas também danos à dignidade da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Ética e jeitinho brasileiro**. 2017. Disponível em < <https://oglobo.globo.com/rio/artigo-etica-jeitinho-brasileiro-21784078> > Acesso em 22/10/2018)

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.680, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1939. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-publicacaooriginal-1-pe.html> > acesso em 10/10/2018

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm > acesso em 10/10/2018

BRASIL, Decreto Lei nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 jan., 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm > acesso em 18/10/2018

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > acesso em 26 de setembro de 2018

BRASIL. **Decreto Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 mar, 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm > acesso em 22 de outubro de 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/> > acesso em 25/10/2018

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/> > Acesso em 25/10/2018

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Disponível em < <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em 25/10/2018

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/consultaCompleta.do?f=1> > Acesso em 25/10/2018

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 1999.
CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela antecipada, volume I. Editora LTR. São Paulo (SP) 1999.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado, critérios para sua aplicação**. 1ª edição 10/2015- 1ªreimpressão 03/2016. São Paulo, (SP), Marcial Pons, 2015.

COSTA, Judith Martins. **Comentários ao novo Código Civil, volume V**. Editora Forense. Rio de Janeiro (RJ). 2003,

CRAMER, Ronaldo. **Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Coletânea internacional. Editora JusPodivm, 2016.Salvador (BA).

DIAS, Jean Carlos. **Tutelas provisórias no novo CPC**. Editora JusPodivm. 2017. 1ª edição. Salvador (BA).

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil- Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Editora JusPodivm. 20ª edição. Salvador (BA), 2018

DIDER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 10ª edição. Salvador (BA). Editora JusPodivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Editora Atlas. 21ª edição. 2018. São Paulo (SP)

DOTTI, Rogéria. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada no CPC de 2015: Unificação dos Requisitos e Simplificação do Processo**. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218846,101048-Tutela+Cautelar+e+Tutela+Antecipada+no+CPC+de+2015+Unificacao+dos> > Acesso em 04/10/2018

GOMES, Fábio Luiz. **Responsabilidade objetiva e antecipação da tutela. Direito e Pós-Modernidade.** Livraria do Advogado Editora LTDA. 2ª edição. Porto Alegre (RS). 2014

LOBO, Paulo. **Trajetória da afirmação da boa-fé no direito civil brasileiro.** 2018. Disponível em < <http://genjuridico.com.br/2018/02/26/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discrecionalidade-administrativa/>> acesso em 12/10/2018

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela provisória- interpretação artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, do Livro V, da Parte geral e dos dispositivos esparsos do CPC em vigor que versam sobre Tutela provisória.** Malheiros Editores. São Paulo (SP). 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar.** 6ª edição. Revista dos Tribunais. 2014. São Paulo (SP).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Sérgio. **O novo processo civil.** Revista dos Tribunais. São Paulo (SP) 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela.** 10ª edição. Revista dos Tribunais. 2008. São Paulo (SP).

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno.** 4ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP), 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela.** 3ª edição. Revista dos tribunais. São Paulo (SP) 2017.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro (RJ): Renovar, 1998.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** Livraria do Advogado Editora LTDA. 8ª edição. Porto Alegre (RS). 2013

Revista Eletrônica STJ. Disponível em < <https://www.passeidireto.com/arquivo/44578922/stj-revista-eletronica-jan-a-mar-2018-249-2/41>> Acesso em 17/09/2018

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **Novo CPC comentado artigo por artigo.** Editora Rideel, São Paulo, 2016.

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **Novo CPC comentado artigo por artigo**. Editora Rideel, São Paulo, 2016.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006.

SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória- tutela de urgência e evidência**. 2ª edição. Almedina. São Paulo (SP) 2017.

TARTUCE, Flavio. **A boa-fé objetiva e os amendoins: um ensaio sobre a vedação do comportamento contraditório**. 2006. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/8925/a-boa-fe-objetiva-e-os-amendoins-um-ensaio-sobre-a-vedacao-do-comportamento-contraditorio> > acesso em 14/10/2018

TARTUCE, Flavio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Disponível em < [http://www.ibdfam.org.br/ img/congressos/anais/48.pdf](http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/48.pdf) > Acesso em 10/09/2018

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002**. in **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – convergências e assimetrias**. V 26. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TESSER, André Luiz Bäuml. **Tutela cautelar e antecipação de tutela. Perigo de dano e perigo de demora**. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP). 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v1. 59ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, V1**. 15ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP). 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, 2. 17ª edição**. Revista dos Tribunais. São Paulo (SP). 2018

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. Editora Saraiva. 7ª edição, 2009, São Paulo.

I Jornada de Direito Processual Civil. 2017. Disponível em <
<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/setembro/cej-divulga-enunciados-da-i-jornada-de-direito-processual-civil>> Acesso em 16/10/2018