

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

**A RESPONSABILIDADE PELA FRUIÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA
REVOGADA**

RAFAEL SIRANGELO BELMONTE DE ABREU

Porto Alegre

2011

RAFAEL SIRANGELO BELMONTE DE ABREU

**A RESPONSABILIDADE PELA FRUIÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA
REVOGADA**

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Adjunto Doutor Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2011

RAFAEL SIRANGELO BELMONTE DE ABREU

**A RESPONSABILIDADE PELA FRUIÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA
REVOGADA**

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

BANCA EXAMINADORA

Professor Adjunto Doutor Daniel Mitidiero (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Examinador

Professor Examinador

Conceito: _____

Porto Alegre, 15 de dezembro de 2011.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, inicialmente, ao Mestre (na mais completa acepção da palavra) e amigo Daniel Mitidiero, pelas lições e por despertar em mim o interesse pelo processo civil. Agradeço ainda aos colegas Vitor de Paula Ramos, Otávio Motta, Otávio Domit, Maria Angélica Feijó e Ronaldo Kochem por compartilharem os momentos que envolveram a concepção e a elaboração desse trabalho e pelo auxílio e discussão sempre fecundos.

Aos colegas Sérgio Porto, Antonio Dall’Agnol, Daniel Ustárroz, Éderson Porto e Guilherme Porto, pela colaboração acadêmica e pela acolhida, sem as quais não poderia ter sido gestada com a necessária calma e reflexão a presente monografia.

Por fim, meus sinceros agradecimentos à minha família, em especial meus pais, minha irmã e meu Tio, Flávio Sirangelo, pelo suporte e aconselhamento no Direito e na vida. Aos amigos, que com certeza sabem que o são, por divertir e ajudar nos momentos de descanso, e à Bruna, por sorrir quando precisei de um sorriso.

RESUMO

O instituto das tutelas de urgência tem tido cada vez mais aplicação no direito brasileiro. A satisfação provisória do direito postulado, mediante técnica antecipatória, aparece, assim, como um meio pelo qual se distribui de forma isonômica o ônus do tempo do processo. Ocorre, portanto, a concretização da isonomia no processo, pela possibilidade de se conferir tutela jurisdicional do direito mediante técnica antecipatória, utilizando-se o critério da probabilidade.

Com o aumento da incidência da utilização do permissivo pelo Poder Judiciário surge, também, maior preocupação quanto aos danos que podem advir da fruição da tutela que venha a ser posteriormente revogada. Nesse sentido, faz-se necessário um estudo pormenorizado do regime de responsabilização do requerente, no direito processual brasileiro. A partir da análise da posituação do instituto no nosso Código de Processo Civil e da opinião da doutrina, pode-se chegar ao regime vigente. Entretanto, é necessário também observar as críticas tecidas, especialmente por Ovídio Baptista da Silva, ao tratamento não-isonômico conferido ao autor em comparação com réu.

A partir da constatação de que o sistema trata diferentemente autor e réu, passa-se a buscar, no âmbito da responsabilidade civil, pelo estudo dos seus pressupostos e dos seus modos de conformação possíveis soluções para esse impasse apontado. Assim, mediante a compreensão dos contornos contemporâneos do abuso do direito e do novo papel dado à boa-fé no tráfego jurídico, propõe-se uma nova perspectiva ao regime de responsabilização pela fruição da tutela jurisdicional do direito posteriormente revogada.

Palavras - chave: tutela de urgência; técnica antecipatória; ônus do tempo no processo; isonomia; responsabilidade civil; boa-fé objetiva; abuso do direito; processo civil.

RIASSUNTO

La tutela d'urgenza ha avuto ogni giorno maggiore applicazione nel diritto brasiliano. La soddisfazione provvisoria del diritto, con la utilizzazione della tecnica anticipatoria, appare, quindi, come un mezzo di distribuzione del onere del tempo nel processo con egualianza. Succede, così, la concretizzazione dell'isonomia nel processo, per la possibilità di rendere tutela giurisdizionale del diritto utilizzando tecnica anticipatoria, con il criterio della probabilità.

Con l'incremento dell'utilizzazione della permesso per il Potere Giudiziario appare, anche, una maggiore preoccupazione rispetto ai danni che possono venire dalla fruizione della tutela che è stata revogada. In questo senso, è necessario uno studio accurato del regime di responsabilità del attore nel diritto processuale brasiliano. Dall'analisi della positivazione dell'istituto nel nostro diritto in vigore e della posizione della dottrina, si può arrivare al regime di attuazione della responsabilità. Però è necessario anche osservare le critiche fatta da Ovidio Baptista da Silva, in speciale, nel riguardo del trattamento senza isonomia che è reso al attore in comparazione a quello reso al convenuto.

Dalla constatazione che il sistema tratta di forma diversa attore e convenuto, si può cercare, nell'ambito della responsabilità civile, con lo studio dei suoi presupposti e dei suoi modi di conformazione, possibili soluzioni per questo appuntato problema. Quindi, per mezzo della comprensione dei contorni contemporanei dell'abuso del diritto e del nuovo rolo della buona fede nel traffico giuridico, si propone una nuova perspectiva al regime della responsabilizzazione civile per la fruizione di tutela giurisdizionale del diritto succesivamente revogada.

Parole-chiave: tutela d'urgenza; tecnica anticipatoria; onere del tempo nel processo; isonomia; responsabilità civile; buona fede oggettiva; abuso del diritto; processo civile.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA COMO MEIO PARA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO.....	10
2.1 A Técnica Antecipatória como Meio para Prestação da Tutela Jurisdicional Adequada, Efetiva e Tempestiva dos Direitos. O Desenvolvimento do Instituto.	10
2.2 O Ônus do Tempo no Processo Civil e o Papel da Técnica Antecipatória	20
2.3 A Probabilidade como Critério de Promoção da Paridade de Armas no Processo Civil	26
3 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA FRUIÇÃO DE TUTELA JURISDICIONAL ORIUNDA DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA. O PROBLEMA DA NATUREZA DO DANO³³	
3.1 O Estado da Doutrina	33
3.2 A Contribuição de Ovídio Baptista da Silva	54
3.3 As Relações entre Direito e Processo na Compreensão do Tema	58
4 A NECESSIDADE DE COMPREENSÃO DO TEMA A PARTIR DOS ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS A RESPEITO DOS FUNDAMENTOS E DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	62
4.1 A Responsabilidade Civil: Enfoque Clássico	62
4.2 Necessidade de Releitura do Tema: o Papel da Boa-Fé Objetiva no Tráfego Jurídico	77
4.3 Pressupostos para Responsabilização Civil pela Fruição de Tutela Jurisdicional Antecipada. Condições de Aplicação.	89
5 CONCLUSÕES.....	92
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	95

1 INTRODUÇÃO

O tempo é um fator ineliminável no processo. Isso significa que, mesmo em situações normais, ele opera como um obstáculo à atuação efetiva, tempestiva e adequada dos direitos, ao mesmo tempo em que constitui um ônus para as partes (tanto autor quanto réu) durante o *iter* processual. Como forma de distribuição desse ônus de forma isonômica, buscou-se estruturar um sistema que permita satisfazer, ainda que provisoriamente, direitos prováveis. A técnica antecipatória aparece, assim, como um meio para a distribuição isonômica do ônus do tempo do processo, atuando a probabilidade como critério de promoção da paridade de armas.

Dessa perspectiva conferida à antecipação da tutela, advém uma maior incidência na sua utilização, pois se rompe com a necessidade de comprovação de urgência, permitindo-se a concessão de medidas satisfativas provisórias também com base na evidência. Essa transformação levada a efeito por uma efetiva contingência cultural, que rompe com o paradigma moderno da necessária ordinariade do processo e permite a sumarização da cognição, possibilita a reconstrução de certos institutos construídos sob a base de outro contexto social.

Nessa ótica, surge a necessidade de um estudo das diversas implicações que a técnica antecipatória pode ter no contato entre direito material e processo. Uma dessas conseqüências é a possibilidade de causar danos à parte que tem contra si determinada decisão que atua o direito de forma provisória, a qual é posteriormente revogada. Sobre isso pretende tratar o estudo que ora se leva a efeito. Em outras palavras, o presente trabalho tem por escopo uma análise pormenorizada do instituto da responsabilidade civil pela fruição da tutela jurisdicional do direito mediante técnica antecipatória quando haja revogação posterior dessa decisão.

De forma de assentar as premissas necessárias para o estudo, o primeiro capítulo abordará o instituto da antecipação da tutela. Inicialmente será dado tratamento quanto ao seu desenvolvimento histórico, precisamente sua separação do plano da tutela cautelar e a obtenção de sua autonomia (2.1). A partir do

afastamento da urgência como requisito necessário para a concessão de tutela satisfativa provisória, passa-se a analisar a técnica antecipatória como um efetivo meio de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo (2.2), finalizando com a colocação da probabilidade como critério de promoção da isonomia, consubstanciada no processo, dentre outras, pela idéia de paridade de armas (2.3).

O segundo capítulo irá abordar a temática específica da responsabilidade pela fruição de tutela jurisdicional oriunda da técnica antecipatória. Para tanto, será efetivada uma busca das raízes do estudo relativo à responsabilidade pelos danos oriundos do processo, a partir da problemática da condenação nas custas, até a responsabilização pelos danos derivados da execução e da efetivação de medidas cautelares. Após esse percurso histórico, será buscada na doutrina atual a resposta à questão do dano advindo da efetivação de decisão proferida mediante técnica antecipatória (3.1). Assentado o estado da doutrina pátria, será analisada a crítica proposta por Ovídio Baptista da Silva ao tratamento não-isonômico conferido pelo ordenamento a autor e réu nesse âmbito da responsabilização (3.2). De forma a permitir uma correta compreensão do tema, à luz do direito material, passa-se ao enfrentamento das relações entre direito e processo no trato da questão (3.3).

O terceiro capítulo estabelece uma releitura do tema, mediante aproximação entre a doutrina civilística da responsabilidade civil e a processualística. Assim, procede-se à análise do panorama geral da responsabilidade civil, apontando seus elementos e estabelecendo padrões no que tange à sua categorização, principalmente na diferenciação clássica entre responsabilidade subjetiva e objetiva e nos novos contornos dados à ilicitude (4.1). Após, passa-se a verificar como os estudos contemporâneos acerca da boa-fé objetiva refletiram no campo da responsabilidade civil, mormente no seu papel norteador de condutas no tráfego jurídico (4.2). Por fim, propõe-se uma nova sistematização ao instituto da responsabilidade civil pela fruição da tutela jurisdicional do direito mediante técnica antecipatória, baseada nas premissas de natureza material já assentadas (4.3).

A fundamentação de cada uma das afirmações feitas será objeto do conteúdo da presente monografia.

2 A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA COMO MEIO PARA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO

2.1 A Técnica Antecipatória como Meio para Prestação da Tutela Jurisdicional Adequada, Efetiva e Tempestiva dos Direitos. O Desenvolvimento do Instituto.

Direito é cultura. Como fenômeno cultural que é, portanto, está impregnado pelas peculiaridades de cada tempo e de cada espaço. Como não poderia deixar de ser, também o processo civil recebe influência do meio e é a partir das matrizes culturais de cada experiência jurídica que se desenvolve o direito processual civil.

Houve o tempo, entretanto, em que se tentou extirpar do direito moderno a sua relação com a cultura. A partir do século XVII, fixa-se o paradigma científico da modernidade¹. O seu método de trabalho seria o de criar uma ciência exata desvinculada do seu tempo. Ou seja, tentava-se aplicar o método das ciências naturais para as chamadas ciências sociais. O projeto tinha a intenção de tornar a ciência humana infensa à cultura. O paradigma moderno², visto sob a ótica do processo, aparece com um método próprio (o processualismo).

O paradigma anterior, intermédio, prezava uma lógica diversa, casuística, que buscava a verdade provável, argumentação e a participação das partes no colóquio judicial³. O processualismo, que representa a pandectística no contexto do processo⁴, ao contrário, é um movimento de conceitos lógicos, legitimado a partir do direito romano clássico, que buscava a consolidação de temáticas infensas aos valores sociais com um intento de purificação do próprio direito, a partir do seu

¹ Sobre isso, VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 586. e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 92

² Sobre o conceito de paradigma, seus desdobramentos e sua importância para o próprio método científico ver KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Boeira e Nelson Boeira. 6ª Ed. São Paulo: Perspectiva. 2001, p. 29-55.

³ Sobre isso, ver MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 113.

⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

distanciamento do caso concreto, com base na premissa da univocidade da lei e da completude do ordenamento jurídico⁵.

O foco de trabalho era a ação, sobre a qual muito se escreveu ao longo de mais de um século, desde a obra de Bülow⁶ (que representa a gênese da ciência processual como um ramo autônomo do direito⁷), e a lógica presente era apodíctica⁸. A partir dos trabalhos engendrados principalmente pelos processualistas alemães e italianos, conseguiu-se trazer à tona a autonomia do processo face ao direito material. É dessa época, também, a estruturação dogmática das chamadas funções processuais, trabalhadas como processos autônomos: Processo de conhecimento, Processo de execução e Processo cautelar⁹.

Entretanto, em meados do séc. XX, uma série de fatores culturais¹⁰ produzem uma verdadeira mudança metodológica no direito e, conseqüentemente, no direito processual civil. Se o paradigma até então vigente buscava, fundado na pureza dos conceitos, uma ciência processual autônoma em relação ao direito material, a partir daí há um *turning point*: a ação passa a ser vista sob o prisma da utilidade do provimento jurisdicional¹¹. Não basta a sentença; o direito de ação é o direito a um plexo de situações jurídicas (demandar, contestar, interpor recurso, etc.)¹², é um

⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 35 e ss.

⁶ BÜLOW, Oskar. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosa Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 36.

⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 93.

⁹ Sobre o tema, importante observar que a processualística italiana preocupou-se em tratar de forma dogmática as “três funções” processuais, conferindo a cada uma um processo próprio. Assim, apenas a título exemplificativo, pode-se citar os trabalhos de Chiovenda, quanto à parte geral e ao processo de conhecimento, Liebman, quanto à execução, e Calamandrei, quanto às cautelares. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. I e II; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1963; CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

¹⁰ Dentre eles, o mais flagrante é o advento das Constituições sociais que, dando azo a uma nova geração de direitos fundamentais, trouxe uma série de garantias ao processo modificando-o, assim como ao Direito, como um todo.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 163-313.

¹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139/140.

direito compósito. Isso ocasionou, no Brasil, uma também renovada perspectiva metodológica¹³.

O processo civil, visto como um instrumento de realização do direito material¹⁴, começa a sofrer influxos do constitucionalismo¹⁵. O direito de ação passa a ser visto como um direito fundamental¹⁶. Os direitos fundamentais, no Estado Liberal Clássico, eram tidos apenas como prestações negativas do Estado. Hoje, em um modelo de Estado Social, os Direitos Fundamentais comportam prestações positivas do Estado¹⁷. Nesse sentido é que se deve compreender a legislação processual infraconstitucional como meio de concretização dos direitos fundamentais ligados ao processo civil. Assim, também a interpretação das normas infraconstitucionais deve se dar conforme os direitos fundamentais. Isso deriva da eficácia irradiante que lhes é inerente, a partir de sua dimensão objetiva¹⁸.

O direito de ação não é apenas o direito ao julgamento de mérito¹⁹, mas o direito a uma adequada, efetiva e tempestiva tutela dos direitos. O recurso à ação processual, indispensável face ao monopólio da jurisdição pelo Estado²⁰, deve

¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁴ Como bem ressalta Gian Franco Ricci: “*il processo, sia pure in modo differente, si pone come condizione essenziale per il rispetto del diritto e quindi per l’esistenza di quest’ultimo. Si profila così una vera e propria relazione di interdipendenza fra diritto e processo, la quale attesta che senza il secondo il primo sarebbe una mera illusione*” (RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 3ª Ed. Torino: Giappichelli, 2001, p. 15). Na tradução livre: o processo, ainda que de modos diferentes, se coloca como condição essencial para o respeito do direito e, portanto, para a existência desse último. Perfila-se, assim, uma verdadeira relação de interdependência entre direito e processo, a qual atesta que sem o segundo o primeiro seria uma mera ilusão.

¹⁵ Nas palavras de Mauro Cappelletti, “não basta que todos os cidadãos, aliás, todos os sujeitos ainda que não cidadãos, possam agir e possam defender-se em juízo. É também necessário que o juízo se desenvolva com todas aquelas “garantias processuais” sem as quais o processo não é aquele do *due process of Law*, não é aquele do *debido proceso legal*, que está no espírito de toda Constituição verdadeiramente moderna”. No original: “*non baste che tutti i cittadini, anzi tutti i soggetti anche non cittadini, possano agire e possono difendersi in giudizio. È anche necessario che il giudizio si svolga con tutte quelle “garanzie processuali”, senza le quali il processo non è quel due process of law, non è quel debido proceso legal, ch’è nello spirito di ogni Costituzione veramente moderna*”. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 501/502.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 210.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 67; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 182 e ss.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC – Crítica e Propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 15.

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 46.

²⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 7.

permitir a realizabilidade dos direitos fundamentais²¹. A Constituição da República Federativa Brasileira assegura, como direito fundamental, em seu art. 5º, XXXV, que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma afirmação de lesão ou ameaça a direito²². Além disso, ninguém poderá ser privado dos seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal²³, sem a observância de um processo justo²⁴, que é aquele princípio que “exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos”²⁵. O direito fundamental ao processo justo supera, assim, o do devido processo legal²⁶, na medida em que é norma que “principia e enfeixa” a disciplina do processo civil brasileiro, porque dela se podem extrair todas as demais garantias e porque propicia abertura a outras normas que eventualmente apareçam como necessárias à adequação, em concreto, do próprio processo justo²⁷: é a expressão dinâmica do devido processo legal processual²⁸.

De outro lado, também as relações entre direito e processo acabam se conformando de outra maneira. O processo civil, agora pensado à luz do direito material²⁹, deve intervir ao se verificar nesse alguma crise, efetiva ou virtual³⁰. Deve atender às peculiaridades do direito material e nele é que deve residir a sua própria

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 221 e ss.

²² Art. 5º, XXXV. “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²³ Sobre o direito fundamental ao devido processo legal, MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; AVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”?. In: *Revista de Processo*, v. 163. São Paulo: RT, 2008, p. 50-59.

²⁴ Art. 5º. LIV. “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Sobre a idéia de processo justo ver, entre outros: COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie Costituzionali” e “giusto processo” (modelli a confronto). In: *Revista de Processo*, ano 23, abril/junho 1998, nº 90, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998: 91-150; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010 e THEODORO JUNIOR, Humberto. “Processo Justo e Contraditório Dinâmico”. In: ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto (coord.), *Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 261-271.

²⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27

²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129.

²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27.

²⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 28.

²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 9.

³⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92.

razão de ser. Nesse sentido, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “o fim do processo deve ser detectado nas necessidades do direito material. Ou melhor, nos resultados que o processo deve gerar para atendê-las”³¹. O processo civil, por meio da tutela jurisdicional, deve tutelar de forma adequada, efetiva e tempestiva os direitos³².

Isso significa que o legislador infraconstitucional deve conformar o procedimento de forma que, de um lado, permita a adequação da tutela jurisdicional ao direito material posto em juízo e, de outro, atente para a maior ou menor urgência que cada caso vai requerer em termos de prestação da tutela jurisdicional. Não há como prestar tutela adequada, efetiva e tempestiva sem que haja previsão de técnicas processuais tendentes a tutelar de forma urgente direitos urgentes. O direito processual alheio a essa necessidade, típica das sociedades contemporâneas, dá as costas ao jurisdicionado.

Como o tempo é um elemento inafastável do processo³³, viu-se o direito processual civil diante de uma necessidade: responder à exigência de urgência típica de determinadas situações de direito material. Essa necessidade impõe a possibilidade de sumarização da cognição para realização imediata do direito pleiteado. De início, verificou-se que a estanque distinção entre as funções de conhecimento, de execução e cautelar já não conseguia atender à problemática.

Na raiz do problema está o vínculo entre ordinariedade, processo de conhecimento e racionalismo³⁴, cujas conseqüências até pouco tempo ainda reverberavam no direito brasileiro. O Código de Processo Civil de 1973 em sua redação anterior às reformas de 1994 e seguintes, o Código Buzaid³⁵, impunha que o juiz somente pudesse julgar a lide ao encerrar-se a relação processual.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 116.

³² MITIDIERO, Daniel. “Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória”, *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197, p. 28.

³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 157-158.

³⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.143. . Sobre isso, ainda: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6/7

³⁵ Sobre isso, MITIDIERO, Daniel. “O processualismo e a formação do Código Buzaid”, In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n. 183.

Pressupunha-se, portanto, a necessidade de esgotamento da instrução (e conseqüente obtenção de “certeza”) para a prolação de uma decisão sobre o mérito. Só após a obtenção dessa “certeza” é que haveria a possibilidade de atuação no mundo dos fatos.

Assim, depois da instrução e da conseqüente decisão da causa, haveria a necessidade de propositura de outra demanda, agora de natureza executiva, para a realização efetiva do direito pleiteado. Como se vê, “a fidelidade ao paradigma” fez com que o legislador pretendesse “ordinarizar todos os procedimentos”³⁶.

Como observa José Roberto dos Santos Bedaque, a partir de pressupostos teóricos diversos, mas em igual conclusão, faz-se necessário atender à efetividade: “*para tanto, muitas vezes é necessário renunciar ao dogma da certeza e abrandar as garantias inerentes à segurança jurídica, a fim de evitar que o tempo deteriore a utilidade prática da tutela*”³⁷. Em suma, os mitos da ordinariedade e da *nulla executio sine titulo*, que impregnavam - até hoje ainda influenciam - o processo de uma verdadeira ojeriza às decisões fundadas em verossimilhança, devem ser afastados quando se pensa na necessidade de dar efetividade ao processo.

Obviamente, não basta um texto normativo inserido no paradigma racionalista para evitar que situações materiais dignas de tutela imediata deixem de surgir. O foro estava cheio de situações urgentes que requeriam pronta solução. Porém, o Código Buzaid, impregnado pelo mito da ordinariedade e da “busca da verdade”, não permitia que essas situações fossem tuteladas de forma efetiva, já que subordinava todo o processo às três funções clássicas, de conhecimento, de execução e de cautela.

O processo cautelar, assim, aparecia como único meio, ainda que inidôneo, a prestar tutela de forma urgente. Se a urgência a que respondia a tutela cautelar era

³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.145.

³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 87.

a da asseguarção do direito pleiteado, pouco importava: frentes às necessidades, o art. 798, CPC³⁸, poderia servir à satisfção do próprio direito de forma urgente.

A doutrina tratou, portanto, de dar corpo ao que se convencionou chamar de “ação cautelar satisfativa”. Como bem destacou Luiz Guilherme Marinoni, “a inefetividade do antigo procedimento ordinário transformou o art. 798 do CPC em autntica ‘válvula de escape’ para a prestao da tutela jurisdicional tempestiva”³⁹. Isso significou buscar na tutela cautelar (e, portanto, na única possibilidade que o sistema conferia de se mesclar cognio e execuo na mesma medida) a sada para a inadequao do procedimento às realidades materiais.

O problema, entretanto, residiu na inadequao do tratamento dado às medidas antecipatórias (com caráter satisfativo, portanto), dentro do arcabouço conceitual extensivamente trabalhado dos provimentos cautelares. Isso porque a clássica conceituao de Calamandrei⁴⁰, utilizada pelo legislador brasileiro, para as cautelares, pressupunha a existncia de duas formas de cautela, assecurativa e satisfativa, que se distinguam das demais funes processuais (cognio e execuo) pelo seu traço característico de provisoriedade, ou seja, na limitao da durao dos efeitos (declarativos ou executivos) que lhes é própria, e de instrumentalidade (ou referibilidade a uma demanda principal).

A tutela cautelar, como adotada pelo Código Buzaid, portanto, tem sua distino ligada à estrutura do provimento; enquanto os provimentos de cognio e execuo seriam definitivos, os provimentos cautelares seriam, por definio, provisórios. A funo cautelar, pois, seria tutelar provisoriamente, de forma a evitar

³⁸ “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.”

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 123.

⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

um dano jurídico⁴¹ oriundo do *periculum in mora*, entendido tanto como perigo na demora quanto como perigo de dano irreparável (*periculum damnum irreparabile*)⁴².

Calamandrei, portanto, sustentava ser o provimento cautelar um terceiro gênero, contraposto ao processo de conhecimento e ao processo de execução, que buscava a asseguaração do direito, tendo em vista um perigo de infrutuosidade ou perigo de tardança do provimento⁴³. O provimento cautelar seria aquele cuja função é assegurar a utilidade do processo de conhecimento e do processo de execução.

A partir desses traços característicos, a praxe consolidou a possibilidade de utilização da estrutura formal do processo cautelar para a obtenção de medidas antecipatórias. Ocorre que assegurar um direito é diferente de realizá-lo: no primeiro, há segurança para a execução; no segundo, há execução para segurança⁴⁴.

Com base nisso, parcela da doutrina começou a teorizar sobre as diferenças entre o instituto da tutela cautelar e a tutela satisfativa concedida de forma antecipada⁴⁵. Ambos os institutos funcionariam como forma de resposta à urgência das situações materiais, no processo: os provimentos cautelares servindo à asseguaração do direito pleiteado⁴⁶ ou à garantia do resultado útil do processo⁴⁷ e, portanto ao perigo de infrutuosidade do provimento final, e a técnica antecipatória

⁴¹ A esse dano jurídico convencionou-se dar o nome de dano marginal, expressão cunhada por Enrico Finzi (FINZI, Enrico. Corte D'Appello di Firenze, 31 gennaio 1925. Commentario: Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria, in: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. III, Padova, CEDAM, 1926, p. 44-51), que significa o tempo necessário para emanção do provimento definitivo, inevitável, e sua consequência. É oriundo do inevitável retardo até o provimento definitivo.

⁴² CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: CEDAM, 1936, p. 18.

⁴³ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: CEDAM, 1936, p. 18.

⁴⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 38 e ss. A expressão, consagrada na doutrina brasileira, mereceu estudo sobre sua gênese, levado a efeito em ensaio importantíssimo sobre o tema: MITIDIERO, Daniel. "Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória", In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197, nota nº 36, p. 37-38.

⁴⁵ Os estudos de Ovídio Baptista da Silva e Luiz Guilherme Marinoni são, respeitadas as diferenças de perspectiva, seminais para a sistematização das diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipatória. Sobre isso, para uma completa porém sucinta compilação do desenvolvimento dos trabalhos sobre o tema, consultar o terceiro capítulo da obra *Antecipação da Tutela*, do segundo autor, já na sua 12ª Ed. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 67 e ss.).

⁴⁶ Por todos: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1.

⁴⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil Dogmático das Tutelas de Urgência. In: *Revista AJURIS*, n. 70, julho de 1997, p. 220.

servindo a realizar antecipadamente o direito pleiteado, em face do perigo na tardança⁴⁸.

O desenvolvimento dos institutos demonstrou que, na cautelar, há uma pretensão à segurança, independente daquela que se veicula pela busca da tutela satisfativa⁴⁹. Na concessão de medidas antecipatórias, o que se está a prestar é satisfação da própria tutela que se busca ao final (seja ela cautelar ou propriamente satisfativa), em um momento anterior, mediante cognição sumária, tutelando, portanto, face à urgência ou à evidência, um direito provável em detrimento de um direito improvável⁵⁰. A função e a estrutura das tutelas cautelar e antecipatória (*rectius*, técnica antecipatória) são, portanto, diferentes.

A distinção se tornou evidente e, assim, a utilização das medidas cautelares “satisfativas” mostrou-se inadequada, tanto conceitualmente, quanto do ponto de vista da efetividade. A isso sucedeu, então, o primeiro movimento de substancial reforma no Código de Processo Civil Brasileiro. Dentre outras inovações, introduziu-se o instituto da antecipação dos efeitos da tutela final, no art. 273, que passou a ter a seguinte redação a partir da Lei nº 8.952/1994:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se 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.

⁴⁸ Cabe, aqui, uma precisção: o perigo de infrutuosidade é o objeto da tutela cautelar, mas esse perigo não afasta a necessidade de que, na tutela cautelar, havendo perigo de tardança do provimento, tenha de haver previsão de técnicas antecipatórias do provimento cautelar final. A técnica antecipatória diz respeito ao perigo na demora da prestação jurisdicional (que pode advir do perigo de um dano ou de um ilícito). Isso quer dizer que não se pode colocar no mesmo plano o perigo de infrutuosidade (que é objeto de uma tutela autônoma) com o perigo na tardança, que é pressuposto para a concessão de uma medida antecipatória, a qual permite a prestação de tutela efetiva.

⁴⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 61 e ss.

⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. “Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória”, In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197, p. 49.

§ 2o Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3o A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 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.

Buscava-se com a reforma, de um lado, suprir uma omissão legislativa acerca da possibilidade de concessão de uma tutela satisfativa de forma sumária e, de outro, ultrapassar os obstáculos apontados pela doutrina ao uso da tutela cautelar inominada para satisfazer o direito pleiteado. Estruturou-se, assim, um regime que busca tutelar de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos, mediante cognição sumária.

Importante ressaltar que a antecipação da tutela é uma técnica. O processo se estrutura a partir da conformação de técnicas idôneas à obtenção do resultado almejado: a tutela efetiva, adequada e tempestiva dos direitos depende de uma ótima estruturação do procedimento. Ou seja, para que o resultado buscado seja de fato alcançado, o meio deve ser conformado de forma idônea.

A possibilidade de antecipação de um provimento final, seja ele satisfativo ou acautelatório do direito⁵¹, é posta a partir da constituição de meios empregados para a consecução de determinados fins (no caso, a prestação da tutela jurisdicional do direito). Ou seja, a técnica é instrumento, é a maneira pela qual se executa algo. Ora, se a antecipação de um provimento final nada mais é do que o meio pelo qual se busca otimizar a prestação jurisdicional, realizando a promessa constitucional de tutela efetiva, adequada e tempestiva dos direitos (pressuposto do processo justo), correto enquadrá-la como técnica.

⁵¹ Ressalte-se que a tutela cautelar é satisfativa do direito à cautela e assecuratória do direito acautelado. Sobre isso: MITIDIERO, Daniel. "Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória", In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197, p. 35-36.

Antecipar decisões finais significa dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição⁵². Ou seja, há aqui uma justificação constitucional à possibilidade de antecipação da tutela final. Isso porque “*o plano técnico do processo, a realização das diretrizes constitucionais do processo, é necessariamente vinculado ao modelo que a Constituição reserva para ele*”⁵³. Nesse sentido é que se insere a técnica antecipatória: meio pelo qual, pelo processo, busca-se garantir a efetividade das garantias constitucional-processuais⁵⁴.

A técnica antecipatória é instrumento que pode ser utilizado para eliminar os conhecidos efeitos que o tempo produz para as situações jurídicas materiais postas em juízo. Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci, uma das três frentes bem definidas que “*procuram erradicar ou, pelo menos, minimizar os efeitos deletérios produzidos pela tutela jurisdicional serôdia*”⁵⁵ é a criação de mecanismos de aceleração do processo.

Assim, pode-se definir a técnica antecipatória como o meio pelo qual se antecipa determinado provimento definitivo (que se quer obter ao final do processo), em vista da necessidade de garantia de tutela efetiva, adequada e tempestiva dos direitos. Ou seja, a técnica antecipatória funciona como meio de garantia da prestação de uma tutela do direito alinhada com as exigências do Estado Constitucional.

2.2 O Ônus do Tempo no Processo Civil e o Papel da Técnica Antecipatória

O tempo é inerente ao processo. Como bem acentuou Athos Gusmão Carneiro, “*a própria palavra processo (de ‘procedere’ = seguir avante) traz insito que o tempo é um dos elementos inafastáveis à atividade processual*”⁵⁶. Se é verdade

⁵² A expressão é utilizada por Teori Zavascki: ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 68.

⁵³ SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 6/7

⁵⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997, p. 146.

⁵⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.1.

que há situações em que a urgência cria a necessidade de utilização de técnicas que sumarizem a cognição⁵⁷, possibilitando a realização do direito antes da prestação de tutela jurisdicional definitiva, é também verdade que há situações em que, mesmo não havendo urgência, o direito desde logo se mostra provável. O tempo, aqui, não funciona como mecanismo de pressão para a concessão da tutela de forma antecipada (como ocorre nos casos em que há urgência), mas como um ônus, o qual a parte demandante não tem de suportar sozinha.

Já há muito tempo vislumbrou-se no tempo o grande fator a obstar a efetividade do direito. A doutrina italiana já o havia denunciado. Nas palavras de Francesco Paolo Luiso:

in qualunque sistema di tutela dei diritti, fra il momento in cui è richiesta la tutela ed il momento in cui questa è concessa, passa necessariamente un certo período di tempo: può essere più o meno lungo, a seconda delle circostanze, ma è purtroppo ineliminabile. Ora, fra il momento in cui è richiesta ed il momento in cui è concessa la tutela possono accadere degli eventi, che impediscono l'attuazione del principio, in virtù del quale la durata del processo non deve andare a danno della parte che ha ragione.⁵⁸

O art. 273, do Código de Processo Civil, em suas modificações sucessivas, consolidou-se como uma norma geral para a antecipação dos efeitos da tutela⁵⁹. Em

⁵⁷ Ressalte-se que quando se sumariza a cognição o que ocorre é um corte horizontal no plano vertical da cognição (que diz respeito à profundidade). Sobre o tema, ver WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: CEBEPEJ, 1999, p. 111 e ss.

⁵⁸ LUISO, Francesco Paolo. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. 2ª Ed. Torino: Giappichelli, 2006, p. 290. Tradução livre: “em qualquer sistema de tutela dos direitos, entre o momento no qual é requerida a tutela e o momento no qual essa é concedida, passa necessariamente um certo período de tempo: pode ser mais ou menos longo, de acordo com as circunstâncias, mas é de qualquer sorte ineliminável. Ora, entre o momento no qual é requerida e o momento no qual é concedida a tutela, podem ocorrer eventos, que impedem a atuação do princípio, em virtude do qual a duração do processo não deve ocorrer trazendo dano à parte que tem razão”.

⁵⁹ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se 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.

linhas gerais, duas são as condicionantes para concessão de uma medida antecipatória: a urgência (“fundado receio de dano ou de difícil reparação”) ou a evidência, pelo abuso de posições processuais do réu (“abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”). Há, ainda, uma terceira hipótese específica, que diz respeito à inexistência de controvérsia sobre os pedidos ou parcela deles (“a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”). O elemento tempo, aqui, atua, em maior ou menor grau, como protagonista.

A realização do direito depende do transcorrer do tempo necessário à apuração dos fatos da causa e, em sendo positiva a resposta, à atuação da decisão. Ou seja, não somente do tempo patológico, da lentidão fora do comum, mas também do próprio tempo fisiológico, necessário e ordinário, que é inerente a qualquer processo⁶⁰. Isso significa que, *a priori*, por envolver uma tentativa de mudança do *status quo*, a demora, natural ou excepcional, deverá ser suportada pelo demandante. Ocorre que não é justo que a distribuição do ônus do tempo do processo se dê dessa forma nos casos em que o direito do autor mostra-se plausível e o direito do réu não.

Em outras palavras, manter-se o *status quo* significa negar ao autor o seu provável direito e, por conseqüência, conceder ao réu o seu improvável. Um sistema que pretenda tutelar de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos não pode assim distribuir os encargos oriundos do tempo.

A tutela antecipatória, assim, seria uma forma de distribuição do ônus do tempo do processo, eliminando as vantagens do réu em detrimento do autor. O

§ 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.”

⁶⁰ É de Andrea Proto Pisani a utilização das expressões “*lentezza patologica*” e “*durata fisiologica*”, exprimindo as diferentes facetas que o tempo pode revestir-se, no âmbito do processo. PROTO PISANI, Andrea. “Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile”. In: *Rivista di Diritto Civile*. Vol. I. Padova: CEDAM, 1987, p. 111-112.

fundamento, portanto, dessa técnica jurídica (não meramente fática) é a isonomia e não a urgência. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “a técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão”⁶¹.

Esse tratamento diferenciado atende justamente ao problema do tempo, pois utilizar a probabilidade como critério norteador para a concessão de medidas antecipatórias nada mais é do que buscar uma distribuição isonômica do tempo do processo. Em outras palavras, dar maior eficiência alocativa⁶² às posições jurídicas tuteláveis mediante o processo. O direito processual civil, quando estrutura técnicas antecipatórias com base na probabilidade, está buscando aquilo que Norberto Bobbio defendia acerca da função promocional do direito. Ou seja, a partir de uma mecânica de incentivos, com sanções positivas, premia-se aquele que, utilizando-se das suas posições jurídicas no processo, obteve sucesso em demonstrar a maior probabilidade do seu direito, em detrimento do outro sujeito que, exercendo as suas posições, não conseguiu refutar, desde logo, as afirmações da parte contrária, fazendo com que suas alegações passem a parecer improváveis.

A função de um ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica de sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos. Isso pode ser obtido, preferivelmente, por meio das técnicas das sanções positivas e dos incentivos.⁶³

O ordenamento que busca pautar-se pela colaboração e pela lealdade deve retirar daquele que melhor exerceu as suas posições jurídicas, conseguindo demonstrar a maior probabilidade de sucesso de suas alegações, o peso que o tempo normal de tramitação de um processo normalmente impõe. Não se trata aqui

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 43

⁶² Adota-se aqui o conceito de eficiência alocativa como sinônimo da eficiência de Pareto. Assim, “diz-se que determinada situação é alocativamente eficiente se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor sem deixar outra pessoa em situação pior.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5ª Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 38. Como se observa, utiliza-se aqui o instrumental de microeconomia aplicada ao direito (Análise Econômica do Direito) para tentar explicar a tentativa de melhor alocação das posições jurídicas no âmbito do processo.

⁶³ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 79

de uma sanção negativa ao réu, mas de um incentivo maior ao próprio autor (e naturalmente um paralelo incentivo a que o réu não se utilize do processo apenas para procrastinar a atuação do direito).

A distribuição do ônus do tempo pode ocorrer tanto em face da urgência (perigo de ilícito ou dano) como em face da evidência. Assim, não parece correto falar em urgência como nota distintiva para caracterizar a tutela concedida mediante antecipação de seus efeitos. A nota distintiva da moderna técnica antecipatória é a distribuição isonômica do tempo, pois é também a partir desse instrumento para a efetividade do processo que se consegue adequar o processo ao direito material.

Ressalte-se aqui, mais uma vez: quando se trata de técnica antecipatória fundada na urgência (art. 273, I, CPC), também se está falando de distribuição isonômica do tempo⁶⁴. Em que pese o parâmetro de readequação das posições não seja a evidência do direito (que pode se manifestar pelo abuso das posições conferidas ao demandado), mais do que nunca é o tempo o indutor da mudança do *status quo*, pois nesse caso o perigo de dano ou ilícito é eminente a ponto de não haver tempo para postergar a imediata realização do direito.

Concedida a tutela de forma antecipada, em face da urgência, distribui-se de forma isonômica o peso que o tempo pode acarretar à parte demandante. Opta-se por uma distribuição diferente dos riscos, em face do perigo de ocorrência de um dano ou de um ato contrário ao direito. Em outras palavras, no *trade-off* entre manutenção do *status quo* e inversão das posições jurídicas, prefere-se a segunda opção.

Por outro lado, uma vez concedida a tutela de forma antecipada, em razão da evidência, também aqui se busca acabar com o prejuízo oriundo do tempo do processo. A técnica visa à promoção da igualdade substancial entre as partes⁶⁵. O litigante que necessita do processo para mostrar que tem razão deixa de suportar o

⁶⁴ Nesse sentido, MITIDIERO, Daniel. “Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória”, In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197, p 39.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 22; MITIDIERO, Daniel. “Tutela Antecipatória e Defesa Inconsistente”. In: ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de Urgência e Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 337.

ônus do tempo. Não se trata de sanção do comportamento inadequado de uma das partes; é uma tutela antecipatória fundada na maior probabilidade da veracidade de uma das posições jurídica do processo.

O abuso de defesa e a deficiência no seu exercício demonstram a maior probabilidade do direito do autor face ao direito do réu. Seria injusto, portanto, impor ao autor, que litiga com maior probabilidade de ganho, suportar o tempo do processo, enquanto ao réu, que litiga com menor probabilidade de ganho, o tempo corre a seu favor. Nesse sentido é que destaca Luiz Fux a importância de se levar em conta a evidência como parâmetro para concessão de medidas antecipatórias, ainda que partindo de premissas diferentes:

A tutela imediata dos direitos evidentes, antes de infirmar o dogma do *due process of Law*, confirma-o, por não postergar a satisfação daquele que demonstra em juízo, de plano, a existência da pretensão que deduz. O acesso à justiça, para não se transformar em mera garantia formal, exige “efetividade”, que tem íntima vinculação com a questão temporal do processo. Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o “indevido” processo.

Por último, quando se concede antecipação da tutela⁶⁶, antecipa-se o momento de concessão da própria tutela final, em face da inexistência de controvérsia acerca de parcela(s) dos pedidos ou do pedido. Aqui, igualmente, busca-se distribuir isonomicamente o tempo. Ora, nesse caso, se não há mais

⁶⁶ Em face da peculiaridade da previsão do art. 273, §6º, surge uma distinção terminológica a ser feita: se a antecipação ali prevista na verdade reveste-se de uma verdadeira definitividade, em razão de demonstrar ser um julgamento antecipado em face da incontrovérsia, não se trata propriamente de antecipação dos efeitos da tutela final (a que Marinoni denomina *antecipação da tutela final*), mas de verdadeira antecipação da concessão da própria tutela final (a que Marinoni dá o nome de *antecipação do momento de concessão da tutela final*). Ambos os termos (antecipação dos efeitos da tutela e antecipação da tutela) normalmente são usados de forma aleatória para uma ou outra modalidade de técnica antecipatória. Os conceitos, entretanto, parecem carecer de maior precisão, já que, no caso do art. 273, §6º, não se antecipam efeitos da tutela final; é a própria tutela final que é antecipada, em razão de não poder ser revogada ou modificada (por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 291). O mesmo autor é quem dá o caminho para essa conclusão, ao referir que “enquanto a tutela antecipatória, tal como idealizada em 1994, antecipa a tutela final, a tutela antecipatória da parte incontroversa *presta a própria tutela final em momento adequado e tempestivo*, garantindo a realização do direito fundamental à duração razoável e aos meios que garantam a celeridade do processo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 292).

controvérsia sobre a questão, não há nenhum óbice para a concessão da medida. Essa afirmativa, que pode soar pouco mais do que óbvia para alguém não versado em Direito, demorou para ser recepcionada pelo nosso ordenamento (muito embora vozes autorizadas já a defendessem⁶⁷), atrelado que estava aos dogmas da ordinariedade, da incindibilidade da prestação jurisdicional e da *nulla executio sine titulo*.

Como se verifica, a nota distintiva da técnica antecipatória é a distribuição isonômica do ônus do tempo do processo. Ou seja, a técnica antecipatória, como elemento estruturante do processo justo, busca trazer igualdade substancial ao processo judicial, mediante a distribuição equitativa do encargo que o tempo acarreta ao litigante que busca ver tutelada uma sua situação jurídica material.

2.3 A Probabilidade como Critério de Promoção da Paridade de Armas no Processo Civil

O fundamento da estruturação de técnicas cujo mote é antecipar o provimento final está na Constituição da República Federativa do Brasil, quando esta garante o direito ao processo justo⁶⁸, à duração razoável do processo⁶⁹, à tutela jurisdicional dos direitos adequada e efetiva⁷⁰ e à paridade de armas⁷¹.

Como fica claro do quanto exposto até aqui, a técnica antecipatória serve para distribuir de forma isonômica o ônus do tempo do processo entre os litigantes. Parte-se do princípio de que aquele que ostenta direito provável não deve suportar os encargos do tempo do processo sozinho. Isso significa, de outro lado, que o valor a que responde essa afirmação é o da isonomia (ou da igualdade substancial), consubstanciado na garantia da paridade de armas.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar, Tutela antecipatória e tutela de urgência. In: *Revista AJURIS*. v. 61, Porto Alegre, : AJURIS, 1994, p. 63-74.

⁶⁸ “Art. 5º, LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁶⁹ “Art. 5º, LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁷⁰ “Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁷¹ “Art. 5º, I. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

O legislador infraconstitucional tem o dever de organizar o procedimento mediante tratamento isonômico dos litigantes. Além disso, deve criar mecanismos que possibilitem ao juiz a correção de eventuais disparidades relativas à igualdade. Trata-se, aqui da densificação do inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Como corretamente anotam Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero:

Do ponto de vista da estruturação do processo, haverá este de ser legalmente organizado de maneira isonômica, sem outorga de privilégios a qualquer das partes, e com a previsão de técnicas processuais que possibilitem, em sendo o caso, correções de eventuais disparidades⁷².

O princípio da isonomia pressupõe não somente a igualdade formal. Como bem adverte Nelson Nery Junior, “*dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades*”⁷³. Ou seja, no âmbito do processo, a igualdade também deve ser entendida como aquela em seu aspecto material, como isonomia.

Ressalte-se, como bem assentado por Humberto Ávila:

A igualdade é, em primeiro lugar, uma norma que está por trás de todas as outras, porque lhes assegura uniformidade de aplicação. Todos os direitos assegurados pela Constituição são assegurados com igualdade. (...) A igualdade é a ‘garantia das garantias’, sem a qual todas as outras perderiam sua utilidade.⁷⁴

Tradicionalmente ligada ao contraditório, a paridade de armas é entendida como densificação da isonomia no processo: “*por outro lado, o contraditório há de ser equilibrado, combatendo os litigantes em paridade de armas; essa é uma projeção processual do princípio constitucional da isonomia*”⁷⁵.

⁷² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, V. I. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

⁷³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2000, p. 43.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 144.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 164. Importante ressaltar que o autor, discordando da posição de Ada Pellegrini Grinover (*Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*), no sentido de que a igualdade é inerente ao contraditório, destaca que são idéias diferentes, ainda que normalmente andem

No que tange especificamente ao processo civil, ela pode ser vista sob três aspectos: igualdade *ao processo*, igualdade *pelo processo* e igualdade *no processo*. O primeiro responde às ondas de acesso à justiça, imortalizadas na obra de Mauro Cappelletti⁷⁶, especialmente as duas primeiras: permitir a redução de disparidades no acesso ao Poder Judiciário e, portanto, tornar isonômico o acesso ao processo.

O segundo aspecto diz respeito à necessidade de, após a resposta jurisdicional aos anseios do jurisdicionado, seja esse tratado de forma igual ao outro sujeito, que, também litigando sobre questão idêntica, já obteve resposta do Poder Judiciário. Esse aspecto da igualdade no âmbito do processo responde à máxima segundo a qual o Judiciário deve “*treat like cases alike*”. Ou seja, casos iguais devem ser tratados de forma igual.

Isso não significa, entretanto, que não se respeite a igualdade substancial. Como bem ressalta Luiz Guilherme Marinoni, a igualdade *diante das decisões*, ou igualdade *pelo processo*, também tem caráter substancial:

Num sistema que respeita precedentes, a nenhum juiz é dada a possibilidade de aplicá-los a casos que têm particularidades que os tornam distintos, a repelir tratamento igualitário ou uniforme. Não há distinção entre mal aplicar precedentes e mal aplicar normas legais. As duas situações geram injustiças. Ora, a igualdade formal diante da lei pode coexistir com uma forte desigualdade de tratamento. Enfim, aplicar a mesma lei a situações desiguais é o mesmo que aplicar um mesmo precedente a casos substancialmente distintos. (...) Tudo se resolve quando se percebe que o precedente não tem apenas valor formal, mas também substancial. Ao aplicar precedente, incumbe ao juiz jamais se esquecer de sua importância substancial.⁷⁷

paralelamente.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* (1ª reimpressão). Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: safE, 2002. Ressalte-se que os autores destacam que a “efetividade perfeita” se caracterizaria pela efetiva “igualdade de armas” (p. 15), que é a garantia de que a conclusão final dependa apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas. Como se verifica, há uma preocupação intrínseca com a idéia de acesso à justiça, ligada à igualdade.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2009, p. 197-198.

O terceiro aspecto da igualdade no âmbito do processo, que diz respeito exatamente ao tema da técnica antecipatória, é a igualdade *no processo*. Essa pode ser dividida em dois sub-elementos: de um lado, a igualdade de tratamento no processo, e, de outro, a igualdade no procedimento pela utilização de técnicas processuais idôneas a garantir a isonomia.

Igualdade de tratamento no processo é como, normalmente, a isonomia é trabalhada no âmbito do direito processual. Retira-se, dela, o direito à paridade de armas, alicerçado na idéia de contraditório como bilateralidade de instância⁷⁸. A igualdade, portanto, responderia, na sua perspectiva *igualdade no processo*, à idéia de oitiva da parte contrária⁷⁹.

Parece-nos que essa perspectiva reducionista do contraditório não é a mais adequada. O direito fundamental ao contraditório deve ser entendido como “*direito a influenciar a decisão jurisdicional*”⁸⁰, assumindo, com isso, o “*papel de verdadeiro ‘cardine della ricerca dialettica’ pela justiça do caso concreto, funcionando como uma norma de absoluta imprescindibilidade para a formação da decisão judiciária*”⁸¹.

O conteúdo mínimo do direito fundamental ao contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas se estende a todo o material de interesse jurídico para a decisão, tanto jurídico quanto fático, tanto de natureza processual como material.⁸²

⁷⁸ “O princípio do contraditório também indica atuação de uma garantia fundamental da justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 55).

⁷⁹ “Mas, o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo”. (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, V. I. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 27).

⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 149.

⁸¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 150.

⁸² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

Porém, a igualdade ao interno do processo não se esgota pelo respeito ao contraditório, mesmo se entendido em seu sentido forte⁸³, pois, além disso, impõe-se ao legislador a conformação de técnicas processuais idôneas a tutelar a isonomia durante o *iter* processual. Uma delas é justamente a técnica antecipatória.

A distribuição do ônus do tempo do processo está intimamente ligada à necessidade de garantia da paridade de armas. Mais ainda, distribuir os encargos do tempo de forma isonômica é uma das condições para que haja um processo isonômico na sua condução⁸⁴. Assim, quando se fala de técnica antecipatória, em última instância, se está a tratar da densificação infraconstitucional da garantia da paridade de armas insculpida no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal.

O tempo do processo é um ônus, que deve ser distribuído entre as partes em nome do princípio da isonomia. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt:

Diante da evidência de que o tempo do processo sempre prejudica o autor que tem razão, não há outra alternativa, quando se deseja colocar o processo à luz da isonomia, do que pensar em técnicas que permitam uma distribuição igualitária do tempo do processo entre os litigantes. O que se quer dizer, em outros termos, é justamente que o processo que desconhece a tutela antecipatória e sujeita a sua sentença, no que tange à possibilidade de produção de efeitos concretos, incondicionalmente à confirmação de um segundo juízo, beneficia o réu.⁸⁵

Na mesma esteira, o saudoso Professor Ovídio Araújo Baptista da Silva já demonstrava, com relação à necessidade de efetiva proteção da igualdade a partir

⁸³ PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 228 e ss.; PICARDI, Nicola. 'Audiatur et Altera Pars' – Le Matrici Storico-Culturali del Contraddittorio. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 7 e ss. No Brasil, a idéia de contraditório em sentido forte aparece na obra do Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em especial: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. In *Revista de Processo*, nº 71. São Paulo: RT, 1993; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227-241.

⁸⁴ Ressalte-se que a idéia de processo isonômico na condução não impõe a necessária isonomia quando da decisão. Isso fica bem claro da proposição de um modelo de processo civil pautado pela colaboração. Sobre isso: MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 81.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Execução*. 2ª Ed. V. III. São Paulo: RT, 2008, p. 351.

de uma concepção material da idéia de paridade de armas, a importância da tutela conferida mediante cognição sumária:

Ao interditalizarem-se, nas demandas cognitivas, as eficácias executiva e mandamental, de modo a legitimarem-se os provimentos liminares satisfativos (antecipatórios da futura sentença de procedência), cumpre-se, em termos efetivos, o princípio da igualdade de tratamentos das partes, indicado como princípio de paridade de armas, que o Processo de Conhecimento apenas retoricamente proclama, negando-o, porém, sistematicamente na prática.⁸⁶

O tratamento igualitário das partes, sob a ótica estritamente formal, pressupõe a concepção de que o autor não tem razão, até prova em contrário e, além disso, que o grau de probabilidade das alegações de autor e réu seja zero⁸⁷. A “*pretensa neutralidade outra coisa não é senão a preservação do status quo em benefício do demandado*”⁸⁸.

Isso significa que a probabilidade aparece como um critério de promoção da paridade de armas, uma vez que a quebra do mito da *ordinariedade*⁸⁹, possibilitando a modificação da situação fática posta em juízo, a partir da técnica antecipatória, realça o caráter material da igualdade no âmbito do processo. Atende, portanto, à constatação de que a recusa de julgamento favorável ao sujeito que demonstra maior probabilidade é, por outro lado, “*outorga de uma vantagem equivalente ao réu*”, que poderá seguir desfrutando do bem da vida objeto do litígio apesar da menor probabilidade de suas alegações⁹⁰, o que não é justo nem isonômico.

A igualdade aparece como garantia fundamental, consagrada sob a forma da paridade de armas, entendida no seu sentido material. A antecipação da tutela

⁸⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 171.

⁸⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 172.

⁸⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 172.

⁸⁹ Nas palavras do saudoso professor gaúcho: “Dir-se-ia a ética do procedimento ordinário é o sacrifício do direito verossímil, em prol da tutela provisória do direito improvável” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 173).

⁹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 172.

responde a essa exigência, ao modificar o *status quo*, a partir de juízo de probabilidade, em tempo reduzido. A doutrina, atenta a isso, demonstra que a distribuição do ônus do tempo do processo por meio da técnica antecipatória responde a essa garantia fundamental:

Quando se diz que a duração do processo não deve prejudicar o autor que tem razão, objetiva-se preservar o princípio da isonomia. (...) Tratar um direito evidente e um direito não evidente de igual forma é tratar da mesma maneira situações desiguais.⁹¹

Tratando do direito fundamental à igualdade processual formal e material, a mesma posição é externada pelos Professores Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero. Para eles, constitui importante densificação do direito fundamental à paridade de armas no processo a distribuição isonômica do peso do tempo, com base na antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em face da evidência do direito postulado em juízo⁹².

Como se vê, a probabilidade, funcionando como parâmetro para a concessão de medidas antecipatórias, apresenta-se como critério de promoção da própria garantia da paridade de armas. Os poderes concedidos pelo Estado Constitucional ao juiz, dispondo esse de técnicas antecipatórias fundadas na urgência e na evidência, nada mais fazem do que densificar a garantia de tratamento isonômico aos cidadãos, no âmbito do processo.

Assim sendo, a probabilidade é critério de promoção da igualdade *no processo*, da mesma forma como, nos demais sub-elementos, são o respeito aos precedentes e as garantias de acesso à justiça. Repousa a probabilidade, portanto, como critério adaptado à distribuição isonômica do ônus do tempo do processo, densificando o direito fundamental à paridade de armas no processo civil.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria geral do processo*, V. I. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 371.

⁹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

Acrescente-se que desconsiderar, no processo, o efeito do tempo e sua distribuição entre os litigantes pode significar incentivo pernicioso à manutenção de abusos por parte do demandado que não detém o bom direito. Não se trata aqui de sancionar o litigante sem razão, mas de fornecer uma correta mecânica de incentivos para que o direito venha a ser atuado de forma mais rápida possível. Permitir a distribuição isonômica do tempo do processo com base na probabilidade é atuar com brevidade mesmo as situações carentes de urgência. Excluir o elemento “probabilidade de êxito” da estrutura de distribuição das posições jurídicas das partes (mantendo apenas o elemento “urgência”) é tutelar de forma rápida apenas os sujeitos que detêm posições jurídicas urgentes, mas não tutelar de forma efetiva e tempestiva aqueles que detêm posições jurídicas evidentes.

Levar em conta o fator tempo apenas naquelas hipóteses em que o seu transcurso afeta o litigante de forma excepcional, ou seja, quando o réu protela o andamento do processo ou abusa do seu direito de defesa, deixando de observá-lo, mesmo no desenvolvimento normal de um processo judicial⁹³, como fator de encargo para o demandante, é desconsiderar o fato de que, em uma sociedade fluída⁹⁴, as relações jurídicas exigem resposta efetiva do Poder Judiciário, ainda que não haja urgência estampada.

3 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA FRUIÇÃO DE TUTELA JURISDICIONAL ORIUNDA DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA. O PROBLEMA DA NATUREZA DO DANO

3.1 O Estado da Doutrina

Assentadas as bases do sistema de antecipação da tutela no direito brasileiro, passa-se ao objeto específico de estudo do presente trabalho, qual seja, o regime de responsabilização do demandante que, mediante técnica antecipatória, recebe a

⁹³ Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci, “O processo é um instituto essencialmente dinâmico que se desenvolve no tempo; os atos processuais devem ser realizados, mediante um procedimento célere, no momento oportuno - *omnia tempus habent* - conciliando-se a presteza com a segurança” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997, p. 143).

⁹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001

chancela provisória do Poder Judiciário, mas vê sua pretensão rejeitada ao final do processo. Em suma, passa-se a analisar a responsabilidade civil pela fruição de tutela jurisdicional do direito oriunda da técnica antecipatória.

Inicialmente, importante destacar que o estudo da questão pela doutrina brasileira e estrangeira inicia-se com a análise feita a respeito da responsabilização pelos custos do processo. O desenvolvimento do tema, entretanto, passa ainda por outro estágio antes de receber tratamento autônomo. Isso porque a técnica antecipatória, cuja sistematização é relativamente recente no direito brasileiro, serve-se da elaboração doutrinária a respeito das medidas cautelares, na maioria de seus problemas. Não poderia ser diferente com relação à efetivação de medidas antecipatórias e a contrapartida da responsabilização, já que, como se viu nos capítulos anteriores, havia (e continua havendo) confusão entre cautelares, tutelas de urgência e técnica antecipatória. A temática ainda recebe influxos do tratamento dado à execução provisória, em face de expressa previsão legislativa.

Em suma, as sucessivas reformas processuais pouco fizeram para sistematizar de forma autônoma a estrutura dos provimentos antecipatórios; ao contrário, adicionaram ao tema elementos de uma série de institutos, correlatos ou não. Assim sendo, como forma de contribuir ao debate científico, o presente trabalho buscará compor o regime de responsabilização pela fruição da tutela jurisdicional mediante técnica antecipatória, a partir da análise detida da sua história, estrutura e função no direito processual civil brasileiro.

As primeiras tentativas de explicação sobre a responsabilização pelos custos oriundos do processo⁹⁵ focavam nas custas processuais. A doutrina é quase unânime em analisar o regime a partir da idéia de risco. O processo corre por conta e risco do demandante, assim como a criação de obstáculos à atuação do direito, pelo demandado. O mestre italiano Giuseppe Chiovenda foi quem propôs, na moderna ciência processual, o debate acerca da natureza da condenação nas custas:

⁹⁵ A expressão *custo do processo* (*costo del processo*) aparece em CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, nº 70, p. 121.

Se nos propusemos de um modo abstrato a resolver o problema da regulação das custas judiciais, nos serão oferecidos três modos de resolvê-lo; dois deles radicais – quais sejam, o de que cada litigante arque com as suas e o de que suporte-as todas o vencido – e um sistema intermediário, segundo o qual as reintegrará, ou não, o vencido, conforme condições determinadas. A história nos demonstra que os três sistemas são possíveis e que, ademais, foram postos em execução, e não de maneira caprichosa, senão em conformidade a uma ordem determinada pela derivação de uns em respeito a outros, como examinamos no direito romano. (tradução livre)⁹⁶

O autor italiano buscou explicar, com base na história, a marcha a respeito da regulação da obrigação de pagamento das custas⁹⁷. A divisão dos custos entre os litigantes é o modo mais antigo, que remonta às primeiras manifestações do Direito Romano⁹⁸. Depois, a passagem para o pagamento total pelo vencido, consoante determinadas condições (normalmente a culpa ou a *temeritas*), o que ocorria em grande parte do período *per formulas* e no início da *cognitio extra ordinem*⁹⁹. Por fim, a solução dada pelo direito Justinianeu, já no ocaso do Império, da oneração absoluta ao vencido¹⁰⁰.

No período intermédio, o desenvolvimento foi parecido. A passagem da primeira (divisão das custas) para a segunda opção (condenação do vencido mediante o preenchimento de certos requisitos) ocorre a partir dos Glosadores¹⁰¹. Naquela época, há a manutenção de um sistema condicionado à litigância temerária. Como adverte Chiovenda:

⁹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Condena en Costas*. Trad. Juan de La Puente y Quijano. Madrid: Grafica Universal, 1928, p. 210.

⁹⁷ Ressalte-se que o pagamento ou reembolso das custas, ao final do processo, constitui um dever, uma obrigação. É um ônus o seu adiantamento, uma obrigação o seu pagamento ao final. A consideração é de ABDO, Helena Najjar. O (equivocadamente) denominado “ônus da sucumbência” no processo civil. In: *Revista de Processo*, n. 140, outubro 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37-53.

⁹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Condena en Costas*. Trad. Juan de La Puente y Quijano. Madrid: Grafica Universal, 1928, p. 51-55.

⁹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Condena en Costas*. Trad. Juan de La Puente y Quijano. Madrid: Grafica Universal, 1928, p. 67-81.

¹⁰⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Condena en Costas*. Trad. Juan de La Puente y Quijano. Madrid: Grafica Universal, 1928, p. 102-112.

¹⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Condena en Costas*. Trad. Juan de La Puente y Quijano. Madrid: Grafica Universal, 1928, p. 210.

Razões imediatas e de fato impediram aos Glosadores, e em geral à doutrina da Idade Média, darem-se conta do princípio absoluto da condenação em custas do Direito Justiniano; razões que tinham sua origem em causas mais remotas e inelutáveis dependentes das circunstâncias mesmas da civilização que aquela doutrina estava por florescer. (tradução livre)¹⁰²

Na tentativa de responder à pergunta sobre a natureza jurídica da condenação do vencido nas custas processuais, Chiovenda, após refutar uma série de proposições, começa explicando que a própria história demonstra, em razão das já citadas idas e vindas da regulação acerca das custas, que a maneira mais efetiva de resolver o problema parece ser a da condenação objetiva do vencido. No entanto, aduz que isso, por si só, não responde à questão acerca da sua natureza e fundamento. Para tanto, com base na experiência do período Justiniano, explica o autor:

O juízo, como meio de conseguir o exercício do direito, não pode conduzir senão à declaração desse em sua maior e possível integridade; o direito, como já se disse ao ocupar-me da doutrina romana, deve reconhecer-se como se o fosse no momento da propositura da demanda. Tudo o que foi necessário para esse reconhecimento é diminuição do direito e deve reintegrar-se ao sujeito titular do próprio direito, a fim de que esse não sofra qualquer detrimento por causa do pleito. (...) Desse modo, a condenação em custas, como complemento necessário da declaração do direito, participa da natureza desse. Em abstrato, é um ressarcimento que procede sempre que se declare judicialmente um direito; e em concreto, tem caráter de coisa acessória ao direito declarado. (tradução livre, sem grifos no original)¹⁰³

O intento do mestre italiano era o de legitimar a responsabilização objetiva, com base no fato da sucumbência, no Direito Romano pós-clássico. Nota-se a profunda inserção no método histórico-dogmático próprio do processualismo¹⁰⁴.

¹⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. *La Condema en Costas*. Trad. Juan de La Puente y Quijano. Madrid: Grafica Universal, 1928, p. 211.

¹⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Condema en Costas*. Trad. Juan de La Puente y Quijano. Madrid: Grafica Universal, 1928, p. 232.

¹⁰⁴ É o que se denota da seguinte passagem: “*encontramos, pois, na história, quanto nos é necessário para poder afirmar que a condenação nas custas apresenta, no seu desenvolvimento legal, uma marcha determinada e constante*”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *La Condema en Costas*. Trad. Juan de La Puente y Quijano. Madrid: Grafica Universal, 1928, p. 211).

Buscava-se a purificação do conceito e sua legitimação na história do processo romano: “*Considerar a condenação em custas condicionada à culpa ou fundada sobre uma presunção de culpa, equivale a atacar em sua essência o princípio Justinianeu e moderno da condenação absoluta do vencido*”¹⁰⁵.

Francesco Carnelutti, ao explicar a sistemática das custas e dos danos processuais, menciona expressamente o fator risco. Para ele, o “*estímulo e, reciprocamente, o freio para a atuação se obtêm colocando a cargo das partes determinados riscos*”¹⁰⁶. Esses riscos estariam ligados, por um lado, a sua inércia e, por outro, a sua atividade e a sua rapidez, de maneira que a parte se sinta estimulada a atuar oportunamente e com cautela. Cria-se, assim, “*um sistema de estímulos e de contra-estímulos aptos para solicitar e para retificar sua ação*”¹⁰⁷.

O risco processual não representa senão a aplicação do princípio da *atuação a próprio risco*, que foi descoberto pela doutrina do Direito Privado nas investigações acerca do ressarcimento do dano, mas provavelmente não foi, todavia, descrito e definido na sua plena extensão e intensidade. Indagações mais detidas mostrariam que do mesmo se nutriu abundantemente não só a instituição da responsabilidade objetiva como também aquelas outras menos conhecidas, dos ônus e dos prazos. (tradução livre)¹⁰⁸

No que tange especificamente à questão do risco como fator de imputação, à parte vencida, do dever de pagamento das custas, aduz Carnelutti que se trata de “*colocar a cargo da parte as conseqüências de sua ação infundada*”¹⁰⁹, o que estimularia a atuação cautelosa, já que a parte estaria ciente de que, se a demanda vier a ser rechaçada, ela estará sujeita a certas perdas (responsabilidade processual).

¹⁰⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Condena en Costas*. Trad. Juan de La Puente y Quijano. Madrid: Grafica Universal, 1928, p. 219.

¹⁰⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. V. II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 80. Tradução livre.

¹⁰⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. V. II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 80. Tradução livre.

¹⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. V. II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 80. Tradução livre.

¹⁰⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. V. II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 80. Tradução livre.

Para Carnelutti, o pressuposto da obrigação de reembolso das custas consiste no vencimento: “*vencida é aquela das partes cuja pretensão ou cuja resistência não encontra tutela no provimento oficial*”¹¹⁰. Piero Pajardi entende, na esteira de Chiovenda, que “*o direito deve sair intocado da demanda e o dever de indenizar deve recair sobre aquele que a deu causa*”¹¹¹. As lições dos autores italianos encontram eco na doutrina brasileira. Cândido Rangel Dinamarco, utilizando-se dos mesmos pressupostos, refere:

“Responde pelo custo do processo aquele que haja dado causa a ele, seja ao propor demanda inadmissível ou sem ter razão, seja obrigando quem tem razão a vir a juízo para obter ou manter aquilo a que já tinha direito. (...) A sucumbência é um excelente indicador dessa relação causal, mas nada mais que um indicador”.¹¹²

Dinamarco completa sustentando que a sucumbência, conquanto razoavelmente segura e digna de prevalecer na grande maioria dos casos, perde legitimidade em determinadas situações, devendo ser superada pelo princípio verdadeiro: o da causalidade. Esse é o consenso da doutrina acerca do dever de pagamento das custas. Sua justificação está no risco inerente à propositura da demanda e sua imputação responde ao princípio da causalidade (o qual se sobrepõe à idéia de sucumbência) e não permite qualquer indagação a respeito do elemento volitivo do sujeito.

Com base nas mesmas premissas aplicadas à questão das custas, a doutrina trabalha o problema dos danos oriundo do processo. É de Carnelutti o primeiro salto:

É claro que sem o ressarcimento do dano, o interesse do devedor ilegítimamente afetado acabaria, em parte, e com freqüência, no todo, desprovido de tutela. (...) se trata de ver o que é mais conveniente: se o dano pela execução injusta ou nula seja suportado pelo devedor ou pelo credor. Desde logo, a primeira das soluções é também concebível; quando

¹¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. V. II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 119. Tradução livre.

¹¹¹ PAJARDI, Piero. *La responsabilità per le spese e i danni del processo*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 213.

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II. 6 Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 666-667.

se estabelece que, visto que ajuda ao crédito, a execução antecipada responde a um interesse público, cabe também concluir que o gasto desse interesse público deva ser suportado pelo devedor aparente. Mas, é essa uma solução conveniente?”.¹¹³

Respondendo a essa questão, o autor afirma que o interesse público está na execução rápida, porém justa. Um meio para obter a conciliação entre efetividade e justiça consiste em colocar o risco da execução injusta nas costas do exequente; atuando a seu risco, o fará de modo mais prudente. A melhor alocação dos riscos, portanto, estaria na responsabilidade do exequente pela frustração da sua execução provisória. Desse modo, conclui que “*para a solução do problema, intervém, ao fim das contas, o princípio da responsabilidade objetiva*”¹¹⁴.

Ainda na procura das raízes históricas do nosso regime de responsabilização, pode-se buscar em Calamandrei alguns indicativos. O mestre de Florença, em sua clássica obra sobre os provimentos cautelares, dá mostras de ir ao encontro de Chiovenda e Carnelutti no tema.

Também nas medidas cautelares existe, analogamente, um certo risco, inerente precisamente ao estado de falta de certeza do direito, que justifica a providência de urgência; se posteriormente aparece que o direito principal não existe e que, como consequência, a aplicação da medida cautelar foi inútil, e acaso tenha se prejudicado injustamente o pretense devedor, esse terá direito ao ressarcimento dos danos não porque a providência provisória tenha sido emanada ilegitimamente em favor de quem estava desprovido de ação cautelar, mas porque toda ação cautelar, que tem entre suas condições a aparência e não a existência do direito, leva consigo uma certa margem de erro, que constitui, por assim dizer, o preço da rapidez que deve naturalmente recair sobre quem se favoreça com essa rapidez. (tradução livre)¹¹⁵

¹¹³ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. V. II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 132-133. Tradução livre

¹¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. V. II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 136. Tradução livre

¹¹⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: CEDAM, 1936, p. 72-73.

O autor divide em duas hipóteses a existência de danos em razão da efetivação de medidas cautelares: (a) quando a medida é revogada por ter sido julgada infundada na análise, em cognição exauriente, acerca da existência do direito à cautela (ou seja, quando há, de fato, o que hoje se entende por utilização de técnica antecipatória para efetivação da medida cautelar e, em cognição exauriente, essa venha a ser revogada) e (b) quando o direito à cautela se mantém incólume, mas o próprio direito acautelado é que tem julgamento desfavorável, fazendo revogar a providência cautelar pela improcedência do pedido principal.

Na primeira hipótese, propugna que, por restar o demandante “desprovido de ação cautelar”, o ato de efetivação da medida configurar-se-ia como um ato “retroativamente ilícito” e, portanto, a responsabilidade deveria se dar com base na culpa. Para a segunda hipótese, na qual, ao contrário, entende haver necessidade de responsabilização objetiva, a justificativa estaria no “*risco inerente à necessária instrumentalidade hipotética de uma providência cautelar, em si mesma plenamente legítima*”¹¹⁶.

Como se verifica, a solução mista propugnada por Calamandrei tem por conseqüência um tratamento diferente. De um lado, para aquele direito à cautela “legitimamente” pleiteado (em que a medida foi efetivada), cujos pressupostos existiam à época da concessão, responsabilização objetiva. Por outro lado, quando a efetivação se dá mediante juízo em cognição sumária e, na cognição exauriente esse venha a ser reformado, responsabilização subjetiva. Assim sendo, a correta leitura que pode se fazer da lição do autor, no ponto, é a seguinte: responsabilização objetiva para a efetivação de medidas cautelares posteriormente revogadas no

¹¹⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introduziuone allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: CEDAM, 1936, p. 74.

juízo de improcedência do direito acautelado¹¹⁷ e responsabilização subjetiva pela efetivação de técnica antecipatória posteriormente revogada¹¹⁸.

Calamandrei ainda ressalta, em perspicaz observação, que “*se a medida cautelar tem como condição a falta de certeza do direito (se o direito fosse certo, se poderia recorrer diretamente à execução ordinária)*”, não se poderia considerá-la a *posteriori* ilegítima, se, no processo principal, cujo desenvolvimento permite a hipótese de chegar-se a uma resolução em sentido contrário, a possibilidade de improcedência do pedido principal não faz com que o direito à cautela tenha deixado de existir¹¹⁹. Fosse um pouco mais adiante, Calamandrei teria atingido a idéia de autonomia do direito à cautela.

Ou seja, trazendo para o desenvolvimento atual dos institutos, o direito à cautela existia (e continua legitimamente existindo). O que não existe é o direito acautelado. O raciocínio pode ser utilizado também para a técnica antecipatória: se ela é entendida como um direito (daquele que exerce suas posições jurídicas) de efetivar um direito provável, a concessão da medida, legitimada pelo sistema quando esse prevê a possibilidade de mudança do *status quo* com base em juízos de probabilidade (e não somente em juízos de “certeza”), não se torna ilegítima a

¹¹⁷ Como prevê o sistema brasileiro, no art. 811, I, CPC. “Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;” Ressalte-se, como aponta Pontes de Miranda, que o regime do Código de Processo Civil brasileiro de 1939 era diverso, para as cautelares e para a execução provisória. O art. 688 e parágrafo único do Código de 1939 assim dispunha: “*A responsabilidade do vencido regular-se-á pelos arts. 63 e 64. Parágrafo único. A parte que, maliciosamente ou por erro grosseiro, promover medida preventiva, responderá também pelos prejuízos que causar*”. Assim comentou o grande processualista: “*A responsabilidade no caso de medida preventiva (a execução provisória não no é) – funda-se na culpa. O art. 688 e parágrafo único não se aplicam em caso de execução provisória (art. 883, II), porque então é objetiva a responsabilidade. (...) A execução provisória não é medida preventiva. Os que discordam disso confundem provisoriedade e cautelaridade*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII (arts. 600-706). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 441-442

¹¹⁸ O que, em certa medida, ocorre no sistema italiano (art. 96, *Codice di Procedura Civile*): “*Art. 96. Responsabilità aggravata. Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza.*

Il giudice accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato esguito um provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziaria o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.”

¹¹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: CEDAM, 1936, p. 71-72.

posteriori, se, em cognição exauriente, venha a ser decidido que o direito que se mostrava provável não existia.

Bem se vê que não há qualquer necessidade de taxar como injustificado ou ilegítimo¹²⁰ o provimento antecipatório (ou cautelar) que vem a ser revogado. As condições para a concessão da medida, se existentes à época, bastam para torná-lo legítimo. Há exercício lícito de uma posição processual; há exercício lícito do direito de ação. Isso, por si só, não significa que não se possa responsabilizar o beneficiado pela efetivação; porém, não o poderá ser com fundamento na idéia de exercício ilegítimo.

A responsabilização objetiva vincula-se, na ótica de Chiovenda, ao risco:

Recai num círculo vicioso a afirmação de que não se pode obrigar pelos danos aquele que se serve de um direito seu, porquanto esse direito de demandar não é absoluto, mas limitado justamente ao risco que o autor vitorioso assume.¹²¹

Ele defende a necessidade de utilização de um sistema de responsabilização objetiva, enquanto não atenderia ao senso de justiça por que não se pode atribuir “à vítima sem culpa o encargo dos danos resultantes”¹²² da efetivação de medida. O risco parece também ser o fundamento utilizado por Humberto Theodoro Junior para a responsabilização objetiva do requerente da medida urgente: “a lei faz com que o requerente da medida cautelar assumo todo o risco gerado por sua execução”¹²³. Em

¹²⁰ Ressalte-se, no ponto, contrariedade ao que propugnava Giuseppe Chiovenda: “é mais justo que suporte o dano aquela das duas partes que provocou, para vantagem própria, a medida finalmente injustificada, desde que a autora nada fez para acarretar a si própria esse dano e nada era obrigada a fazer para evitá-lo”. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad. J. Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. I, p. 270. Sem grifos no original.

¹²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad. J. Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. I, p. 270.

¹²² CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Trad. J. Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. I, p. 271.

¹²³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 437.

posição análoga Donald Armelin¹²⁴, Márcio Carpena¹²⁵ e Galeno Lacerda, para quem a tese da responsabilidade objetiva “*vincula-se à idéia objetiva de ônus ou de risco processual, comum não apenas às ações cautelares, como à execução provisória da sentença*”¹²⁶. O risco, para Galeno, é o fundamento para a responsabilização, que é a contrapartida ao benefício da quebra da ordinariedade:

Quem tem interesse, para sua conveniência (cômodo), em executar a cautela ou a sentença provisória, suporta a inconveniência (incômodo) de indenizar o prejuízo causado, se decair da medida ou for vencido na ação. Nada mais certo e justo. Tudo não passa de responsabilidade objetiva, decorrente de livre avaliação de risco. Ao réu, sem culpa, é que seria sumamente injusto arcar com o dano causado pelo autor.¹²⁷

É expressiva a posição de Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar sobre a temática, pois parece aderir à tese Chiovendiana, aparentemente rechaçada por Calamandrei, de fundamentação pelo exercício “ilegítimo”:

Porque concedidas com base em cognição superficial e incompleta, as antecipações de tutela trazem consigo uma potencialidade danosa, tanto quanto as cautelares ou, muitas vezes, até mais. Se depois, ao cabo da instrução exauriente e completa, o juiz decidir a causa contra o sujeito que se beneficiou da antecipação, isso significará que a aparência de razão do autor não passava de ilusão e só conduziu à antecipação porque havia urgência. Nessa situação, se a efetivação da medida urgente houver causado dano, é natural que por ele responda aquele que requerera tal medida e dela se beneficiara. (sem grifo no original)¹²⁸

¹²⁴ “A parte, também nas hipóteses de antecipação de tutela executiva ou mandamental assume o risco de responder pelos danos resultantes da efetivação dos atos antecipados. Exercita um direito provisoriamente reconhecido e condicionado ao dever de ressarcir, sempre que tal direito venha ser reconhecido como inexistente”. ARMELIN, Donald. Responsabilidade Objetiva no Código de Processo Civil. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 99.

¹²⁵ “Afasta-se a indagação a respeito da culpabilidade do requerente da cautela, partindo-se do princípio de que ele, assim como ocorre no caso dos ônus sucumbenciais expressos no art. 20, CPC, assumiu os riscos da ação”. CARPENNA, Marcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 372.

¹²⁶ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VII, Tomo I. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 314.

¹²⁷ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VII, Tomo I. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 314.

¹²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

Interessa observar que a tese da responsabilização objetiva pelos danos oriundos do processo, especificamente em razão da fruição da tutela jurisdicional do direito mediante técnica antecipatória, foi contemplada pela legislação processual brasileira, apesar dos descuidos do legislador e da má técnica utilizada na redação. Diferentemente do que ocorre em Portugal, Itália e Alemanha¹²⁹, o direito brasileiro condicionou a responsabilidade pela efetivação de decisões proferidas por meio de técnica antecipatória ao regime da execução provisória (e não ao regime das cautelares).

O art. 273, CPC, após as sucessivas reformas, consolidou, em seu parágrafo terceiro, a previsão de responsabilização objetiva. Até a reforma levada a efeito pela Lei nº 10.444, de 2002, a redação do dispositivo previa a aplicação do disposto no art. 588, incisos II e III (que dizem respeito à execução provisória) na efetivação das medidas antecipatórias: “§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588”.

O art. 588, por sua vez, dispunha o seguinte:

Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:

I - corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor;

II - não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro;

III - fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.

Parágrafo único. No caso do no III, deste artigo, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

¹²⁹ No sistema português, o requerente da medida liminar será responsabilizado “quando não tiver agido com a prudência normal” (CPC português art. 287, nº 1). O *secondo comma* do art. 96 do *Codice di Procedura Civile* prevê que o juiz que decide pela inexistência do direito pelo qual se executou algum provimento cautelar – incluindo-se, aqui, as medidas antecipatórias -, a pedido da parte que sofreu o dano, deve condenar ao ressarcimento do dano o autor ou o exequente que agiu sem a “*normale prudenza*” (normal prudência). O Código alemão dá conta da responsabilização desde que a medida se mostre injustificada já ao momento da sua concessão (e não somente no momento da decisão final) - §945, ZPO.

Excluía-se do âmbito de aplicação da antecipação da tutela a previsão do inciso I, do art. 588, que responsabilizava objetivamente o exequente pelos danos no caso de reforma da decisão exequenda. Assim sendo, o direito brasileiro, pela carência de disposição legal, aplicava, por analogia ao disposto para as medidas cautelares, o regime de responsabilidade objetiva à antecipação da tutela, contrariando o disposto pelo regime legal de direito civil que tinha a responsabilidade subjetiva como regra geral. A aplicação analógica era do art. 811, CPC:

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

Duas alterações legislativas, entretanto, modificaram a sistemática da responsabilização no âmbito da antecipação da tutela. De um lado, o novo Código Civil brasileiro inovou ao prever, no parágrafo único do seu art. 927, uma regra específica para a responsabilidade objetiva:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A “exceção” à regra da responsabilidade subjetiva, fundada na culpa, sempre que houver risco na atividade desenvolvida pelo autor do dano e a possibilidade de expressa previsão legal para a responsabilidade objetiva deram novos contornos à

discussão. A princípio, em razão do risco, não se precisaria mais aplicar a analogia ao regime das cautelares.

Entretanto, antes mesmo da vigência do novo Código Civil, a Lei nº 10.444, de 2002, pôs fim à discussão. A reforma deu nova redação ao art. 273, §3º, CPC, além de modificar também a redação do art. 588, CPC. O art. 273, §3º, CPC, passou a ter a seguinte redação:

§ 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.

Passou a ser aplicável o art. 588 (que rege a execução provisória) como um todo (e não somente os incisos II e III). Por sua vez, o referido dispositivo também teve redação modificada:

Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - corre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer;

II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

§ 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade.

Assim, consolidou-se o regime de responsabilidade objetiva no direito processual civil brasileiro. Em que pese a revogação do art. 588, pela Lei nº 11.232, de 2005, não parece haver maiores dificuldades em sustentar, até o presente

momento, a manutenção da sistemática, já que a mesma lei, em verdade, apenas previu que, com a instituição do processo sincrético e da fase de cumprimento da sentença, o cumprimento provisório agora se dá com base no art. 475-O, CPC, que manteve idêntica a norma antes insculpida no art. 588, I, CPC:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido

O descuido do legislador em não alterar a redação do art. 273, §3º, CPC, com o devido respeito aos entendimentos contrários, não afasta a aplicação do art. 475-O ao trato da efetivação das decisões proferidas mediante técnica antecipatória.

Assim sendo, o ordenamento brasileiro contempla, na responsabilização do requerente da medida, posteriormente reformada, um regime de responsabilidade objetiva. Como bem ressaltam Marinoni e Arenhart:

Trata-se de hipótese de responsabilidade objetiva pela prática de ato lícito, uma vez que a execução da decisão provisória não é apenas expressamente autorizada por lei, como também encontra respaldo no direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF).¹³⁰

É nessa mesma linha a lição de Araken de Assis, quando trata da responsabilidade inserida no revogado art. 588, CPC:

O art 588, I, agasalha o vetusto princípio *qui sentit commodam, et incommodam sentire debet*: à vantagem produzida pela execução provisional ao credor, adiantando atos executivos, a exemplo da penhora, que lhe atribui preferência, e atingindo imediata satisfação, corresponde à sua

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Execução*. 2ª Ed. V. III. São Paulo: RT, 2008, p. 375. A mesma posição é preconizada por MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 276: “Trata-se de responsabilidade objetiva, independente de dolo ou culpa. Basta o fato objetivo da revogação aliado ao dano para responsabilização do demandante”.

responsabilidade pelos eventuais danos produzidos na esfera patrimonial do executado. Trata-se de responsabilidade objetiva, segundo a opinião comum, ou seja, o dever de indenizar surge tão-só do fato de o provimento executado sofrer reforma, total ou parcial, através do julgamento do recurso pendente. Não se cogitará, portanto, da culpa do exequente.¹³¹

Algumas questões problemáticas, entretanto, podem ser aventadas, em razão da incompleta disciplina da matéria.

A primeira dessas questões diz respeito às formas de antecipação da tutela fundadas na evidência, que muitos na doutrina entendem ter caráter sancionatório. Por não dizerem respeito à urgência, respondendo mais à exigência de isonomia dos encargos do tempo do processo, há quem defenda a inaplicabilidade do regime de responsabilização objetiva. Dinamarco, por exemplo, explica que a tese da responsabilização objetiva deve prevalecer apenas na antecipação da tutela com base no art. 273, I, CPC. Nos provimentos fundados no art. 273, II, CPC, por serem consequência do comportamento do próprio réu, não haveria como responsabilizar objetivamente o autor. Além disso, para ele, “*análoga prudência é aconselhável quando a antecipação tiver por fundamento a incontrovérsia*”¹³². No mesmo sentido defende Teori Zavascki:

O que se pode questionar, isto sim, é a natureza da responsabilidade em tais casos: se objetiva ou subjetiva. Caberia então distinguir as hipóteses de antecipação assecuratória e antecipação punitiva. (...) Já na segunda hipótese – em que a antecipação da tutela é motivada sempre por ato ilícito do demandado, praticado não apenas contra os interesses dos demandantes, mas contra a própria função jurisdicional do Estado – pode-se sustentar que a responsabilidade do demandante por danos decorrentes da execução antecipada tem aqui natureza subjetiva: caberá ao demandante a obrigação de restituir ao demandado os benefícios obtidos

¹³¹ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV: arts. 566 a 645. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 211-212. Idêntica também a posição de Teori Zavascki: “Trata-se de responsabilidade objetiva, decorrente do só fato do provimento do recurso. Em outras palavras: do acórdão que modifica ou reforma a sentença exequenda decorre natural e automaticamente a responsabilidade do credor, independentemente de condenação ou menção específica a respeito”. (ZAVASCKI, Teori. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. VIII: arts. 566 a 645. São Paulo: RT, 2000, p. 253).

¹³² DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 88-89.

com a antecipação da tutela; porém, qualquer outro dano que a execução possa ter acarretado somente será ressarcido se configurada participação culposa ou dolosa do demandante.¹³³

Não nos parece adequado tratar de forma diferente as decisões proferidas mediante técnica antecipatória, com base no inciso I ou com base no inciso II. Isso porque ambas respondem à exigência de distribuir de forma isonômica o ônus do tempo do processo (como já defendemos no capítulo anterior). Aceitando-se o regime legal, que funda a responsabilidade no risco, não há como deixar de aplicar o disposto para os casos do inciso II.

No que tange à antecipação com base no art. 273, §6º, há que ser feita uma precisão. De fato, quando há a utilização de técnica antecipatória com base no §6º do art. 273 está-se concedendo tutela final à parte da demanda¹³⁴. Assim sendo, não há possibilidade de revogação ou modificação do provimento¹³⁵ e, portanto, não haverá dano.

Outro problema que surge da imprecisão legislativa brasileira diz respeito aos atos ligados à antecipação da tutela, proferidos de ofício pelo juiz. Basicamente, três são as implicações: (a) a possibilidade de modificação do meio executivo para outro mais idôneo, de ofício, pelo juiz, e o eventual dano que essa nova medida pode acarretar no caso de reforma da decisão final (art. 461, §5º, CPC); (b) a possibilidade de imposição de multa coercitiva de ofício e eventual reforma posterior da decisão, em que surge o questionamento acerca da necessidade de devolução do valor (art. 461, §§4 e 6º, CPC) e (c) a possibilidade de concessão de tutela antecipatória de ofício, propugnada por parte da doutrina, e a repercussão no que tange à responsabilização.

¹³³ TEORI ZAVASCKI – ZAVASCKI, Teori. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Liminares*. São Paulo: RT, 1995, p. 99.

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 291.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 291. Ressalte-se, ainda, que não há possibilidade de provimento de eventual recurso dessa decisão, visto que a própria interposição de um recurso já denota uma afronta à boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*), pelo exercício contraditório de posições jurídicas no âmbito do processo, já que o comportamento da parte de forma a tornar incontroversa(s) parcela do(s) pedido(s) não permite a contradição de posterior interposição recurso. O tema ainda merece maior atenção, por envolver a tipologia da boa-fé aplicada ao processo civil. Sobre isso, no âmbito do direito privado, MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 742-770.

Ressalte-se que a doutrina pouco – ou nada – debruçou-se sobre a temática. No que diz respeito aos provimentos cautelares proferidos de ofício, entretanto, há escassas manifestações. Para Galeno Lacerda, não há responsabilização nas cautelares decretáveis de ofício, nem nas cautelares voluntárias. Porém, o autor não responde a quem deverá recair esse ônus¹³⁶. Ovídio Baptista da Silva¹³⁷ e Alexandre Chiovitti e Maurício Giannico¹³⁸ seguem na mesma linha. Essa posição também é externada por Donaldo Armelin, ressaltando, entretanto, que a responsabilidade deverá recair sobre o Estado:

Sendo, pois, a medida decorrente de ato jurisdicional sem provocação das partes, há de emergir a responsabilidade objetiva do Estado. Sem dúvida esta conclusão, no plano da *práxis* forense, importaria inibir a decretação de medidas cautelares *ex officio*, considerando-se o risco disso decorrente a desestimular os magistrados. Resta aferir se essa consequência será mais relevante para a prestação jurisdicional do que o ressarcimento da parte pelos prejuízos resultantes do processo por ato de iniciativa exclusiva do juiz.¹³⁹

A analogia ao regime das cautelares de ofício é válida para o caso da antecipação da tutela. Ocorre, tanto no caso do art. 461, §5º, CPC, quanto no caso do art. 461, §6º, CPC, a mesma hipótese, ao fim e ao cabo: o juiz, independente de reclamo da parte, profere determinado ato que, ao final do processo, acaba por causar dano à parte. Imagine-se, por exemplo, o caso de o demandante requerer, em sede de antecipação da tutela, a colocação de um filtro na chaminé de determinada indústria, para que cesse a poluição. O juiz, entendendo mais idôneo, determina a suspensão das atividades da referida fábrica.

¹³⁶ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VII, Tomo I. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.315.

¹³⁷ “É oportuno observar que a parte eventualmente beneficiada com o provimento cautelar decretado de ofício pelo juiz não está, em princípio, conforme dissemos, obrigada a indenizar perdas e danos”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 214.

¹³⁸ “Dada a inércia da parte, entendemos que nenhuma responsabilidade há de ser imputada à parte autora, tendo em vista a inexistência de qualquer ato de sua ingerência perante aquela situação”. CHIOVITTI, Alexandre Paulichi; GIANNICO, Maurício. Tutelas de Urgência e o regime de responsabilização objetiva do requerente. In: ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de Urgência e Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46.

¹³⁹ ARMELIN, Donaldo. Responsabilidade Objetiva no Código de Processo Civil. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 113.

Se, ao final do processo, após instrução probatória e cognição exauriente, vier o juiz a verificar que a indústria estava cumprindo com a legislação atinente à poluição, deverá a parte ressarcir o empreendedor pelo tempo em que deixou de fabricar, em razão da ordem judicial oficiosa? Entendemos que a parte deverá ser responsabilizada somente no quanto a medida requerida causaria de danos (e não no quanto a medida concedida os causou).

O mesmo ocorre, apesar de fundamentação diversa, com a multa imposta ou modificada de ofício. Ocorre que a multa, em que pese entendimentos contrários, refere-se ao simples fato da inobservância de comando judicial. Ainda que, ao final, venha a decisão ser reformada, o descumprimento da ordem ainda continua a ensejar a dívida daquele a quem foi arbitrada multa. Nesse sentido, não haverá qualquer necessidade de devolução ou responsabilização da parte que levou a efeito a efetivação da medida¹⁴⁰.

Por fim, no que diz respeito à possibilidade de concessão de tutela jurisdicional mediante técnica antecipatória de forma oficiosa (desde logo ressaltando-se que é posição ainda minoritária), alguns problemas podem surgir. A posição, que vem sendo defendida por Daniel Mitidiero¹⁴¹ e Luiz Guilherme Marinoni¹⁴², foi encampada no Projeto de um novo CPC (PL 8046/2010), em tramitação na Câmara dos Deputados. O raciocínio a ser utilizado para resolver o impasse deve ser o mesmo: não há como encontrar nexo de causalidade entre o sujeito e o dano, em vista da inexistência de requerimento. Assim sendo, poderá o Estado responder, mas nunca a parte beneficiária da medida.

Ainda no que tange à dogmática do instituto, vale ressaltar que algumas controvérsias surgem a respeito da forma de liquidação da obrigação e do momento em que isso poderá ser feito. É majoritária a posição de que a liquidação deverá ser

¹⁴⁰ Nesse sentido, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 201. Em sentido contrário, RIZZO AMARAL, Guilherme. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 161.

¹⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, tomo III, p. 49-51.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC – Crítica e Propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 108.

procedida nos autos, independentemente de nova demanda, valendo a decisão final como título (que, como efeito anexo da decisão¹⁴³, condenaria à volta ao *status quo ante*), ficando postergada a apuração do *quantum debeat* à fase de liquidação.

Fábio Luiz Gomes, entretanto, diverge da maioria, defendendo a necessidade de propositura de uma nova demanda de conhecimento, ainda que nos mesmos autos:

A expressão contida no referido parágrafo único, alusiva à liquidação nos mesmos autos, não permite que se confunda autos com ação ou demanda, até porque, nos mesmos 'autos', podem ser processadas várias demandas. (...) A necessidade da presença de um legítimo interesse processual, entendido como a necessidade e/ou a utilidade de qualquer tutela jurisdicional, faz com que nos pareça indispensável a propositura de demanda de conhecimento, no âmbito da qual deverá ser apurada a efetiva existência de danos. Caso contrário, não haveria como se aferir, na ação de liquidação proposta sem a precedente demanda de conhecimento, a presença de um efetivo e legítimo interesse.¹⁴⁴

Com a perspicácia de sempre, parece mais acertada a opção proposta por Ovídio Baptista da Silva, que alia ambas as posições, ao comentar o art. 811, CPC:

O espectro eficaz da sentença de procedência na ação de liquidação do art. 811, parágrafo único, deve, portanto, mostrar, nesta ordem: a) eficácia constitutiva; b) eficácia declaratória; c) eficácia executiva capaz de propiciar a subsequente execução forçada, na mesma causa. A eficácia condenatória que é o pressuposto para a execução forçada está inclusa, como efeito anexo condicional, na sentença desfavorável do processo principal.¹⁴⁵

¹⁴³ Nesse sentido: ARMELIN, Donaldo. Responsabilidade Objetiva no Código de Processo Civil. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 99; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VII, Tomo I. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 319; CARPENA, Marcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 382.

¹⁴⁴ GOMES, Fábio Luiz. *Responsabilidade Objetiva e Antecipação da Tutela: a superação do paradigma da modernidade*. São Paulo: RT, 2006, p. 209-212.

¹⁴⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 213.

Assim sendo, adequando a posição à nova sistemática, não há demanda nova, mas apenas requerimento nos autos. A decisão que liquidar a obrigação de indenizar conferirá o espectro eficaz acima apontado, ensejando o cumprimento da sentença. Em suma, ainda que o *ad* não seja desde logo acertado pela decisão que revoga aquela proferida em cognição sumária, há, na revogação, a condenação ao ressarcimento – ainda que eventual – dos danos a serem posteriormente liquidados, pois advém de lei.

A liquidação, vênha a entendimento contrário¹⁴⁶, poderá se dar sob qualquer das formas previstas nos artigos 475-A a 475-H, CPC¹⁴⁷. A isso soma-se o enunciado da súmula 344, STJ: “*A liquidação por forma diversa da estabelecida na sentença não ofende a coisa julgada*”.

Por fim, resta discutir acerca de quais danos poderão ser liquidados nos próprios autos: se só os de natureza material ou também os de natureza moral. Em sendo o caso, a liquidação por artigos poderia suprir o contraditório necessário na apuração de eventuais danos morais. Assim, nada obsta que a parte lesada busque, também, o ressarcimento pelos danos extrapatrimoniais¹⁴⁸, já que a previsão legislativa é a da volta ao *status quo ante*, o que envolve também a indenização por todos os danos advindos da efetivação da medida¹⁴⁹.

¹⁴⁶ “Quando é possível a volta ao estado anterior e ainda tenham ocorrido danos, além da restituição é devida indenização por perdas e danos, que deverá ser dimensionada nos mesmos autos mediante liquidação por arbitramento”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 493; “*A quantificação dos prejuízos far-se-á por meio de liquidação por arbitramento*”. CHIOVITTI, Alexandre Paulichi; GIANNICO, Maurício. Tutelas de Urgência e o regime de responsabilização objetiva do requerente. In: ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de Urgência e Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

¹⁴⁷ Nesse sentido Galeno Lacerda: “*Conforme a natureza do prejuízo, a liquidação poderá ser feita por qualquer das formas adequadas, previstas nos arts. 475-A a 475-H*”. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VII, Tomo I. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 319; e Donaldo Armelin: “*A liquidação da indenização poderá assumir qualquer das formas previstas no CPC para a liquidação da sentença, embora a necessidade de se provar fato novo imponha, normalmente, a liquidação por artigos*”. ARMELIN, Donaldo. Responsabilidade Objetiva no Código de Processo Civil. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 115.

¹⁴⁸ “*A indenização compreenderá ainda, desde que provada, a reparação pelos danos morais sofridos por força do deferimento ou da forma de cumprimento da medida liminar*”. CHIOVITTI, Alexandre Paulichi; GIANNICO, Maurício. Tutelas de Urgência e o regime de responsabilização objetiva do requerente. In: ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de Urgência e Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42.

¹⁴⁹ “*Se a execução provisória tiver sido estrepitosa a ponto de ter causado danos morais, não há porque não incluí-los no montante indenizável*”. ZAVASCKI, Teori. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. VIII: arts. 566 a 645. São Paulo: RT, 2000, p. 253.

O direito de terceiros à indenização, entretanto, parece carecer da mínima certeza, razão pela qual é conveniente que a esses seja garantido o direito de verem-se ressarcidos por eventuais danos, mediante a propositura de uma ação ordinária, condenatória¹⁵⁰.

Em linhas gerais é esse o delineamento do instituto no direito brasileiro. Como se verifica, toda a problemática da questão refere-se ao fato de que há responsabilização, sem, no entanto, haver qualquer ato ilícito, já que a própria efetivação do provimento antecipatório “*constitui atos jurídico lícito que dá causa, quando o direito em que se fundou é declarado inexistente, à restituição ao estado anterior e/ou à indenização*”¹⁵¹.

3.2 A Contribuição de Ovídio Baptista da Silva

A estruturação de um regime de responsabilização objetiva daquele que se beneficia da efetivação de uma medida antecipatória responde aos anseios da doutrina em dar uma contrapartida ao risco ínsito à efetivação de um provimento com base em cognição sumária. A responsabilização seria a outra face da moeda de um sistema que procura distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo entre as partes. Advém da idéia de que ninguém pode causar dano a outrem sem responder por isso: *neminem laedere*.

Há uma aparente unanimidade em apontar o risco como fator de legitimação da responsabilidade objetiva para o caso de efetivação da liminar, posteriormente reformada. Entretanto, o grande mestre Ovídio Baptista da Silva buscou questionar esse dogma:

A doutrina costuma dizer que todo ligante que promova alguma demanda judicial como autor terá se valido de um instrumento perigoso, capaz de causar danos ao demandado vitorioso. (...) Somente o autor maneja esse

¹⁵⁰ Nesse sentido, CARPENA, Marcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, P. 380.

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Execução*. 2ª Ed. V. III. São Paulo: RT, 2008, p. 376.

instrumento perigoso, não o réu que se defende, valendo-se dos mais variados expedientes e recursos que a ordem jurídica lhe oferece?¹⁵²

O processualista gaúcho buscou, desde a época em que as medidas de urgência veiculavam-se por meio das famosas *cautelares inominadas*, denunciar a existência de uma disparidade de tratamento entre autor e réu. Para ele, não há isonomia no processo quando se responsabiliza o autor, como contrapartida ao risco que toma, e não o réu, quando age tomando os mesmos riscos.

Apontou Ovídio que o verdadeiro custo do processo, representado pelo tempo, não onera jamais o demandado que, “*durante o interminável procedimento ordinário, tem o privilégio de desfrutar do statu quo ante, sem responder pelo custo representado pelo tempo*”¹⁵³. O autor que acelera a prestação jurisdicional deve indenizar, “*ao passo que o réu, quando sucumbente, usando de todas as faculdades que a lei lhe confere, tendo ‘retardado’ a solução da lide, nada indeniza*”¹⁵⁴.

A obra de Ovídio Baptista da Silva representa uma verdadeira denúncia: o tratamento dado pela doutrina à responsabilização do demandante que se utiliza de medidas urgentes denota a preocupação com o processo (como “instrumento perigoso” que seria) apenas na ótica do autor. Somente preocupa-se com aquele que deseja mudar o *status quo*, mas não enxerga que aquele que se opõe à mudança também o faz por conta e risco. Risco há, portanto; porém, em ambos os pólos da relação.

Se para Chiovenda o processo não pode resultar em prejuízo de quem tem razão¹⁵⁵, então deveria ser aplicado o mesmo regime de responsabilização do autor ao demandado. Atribuir-se-ia, assim, também a esse, a mesma responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, pelos danos decorrentes da simples demora do processo, pela simples sucumbência. Para Ovídio, “*a verdadeira isonomia haverá*

¹⁵² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 209.

¹⁵³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 212.

¹⁵⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 212.

¹⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. I, p. 159.

*de corresponder à equação segundo a qual tanto quem acelera quanto quem retarda o reconhecimento do direito deve responder pelos prejuízos*¹⁵⁶.

Cria-se, na ótica do eminente professor gaúcho, uma evidente situação de disparidade, já que o autor que busca a efetivação do seu direito com urgência, recebendo a própria chancela provisória do Judiciário, deverá ressarcir os danos causados ao réu (e a terceiros) quando sucumbente. Já o réu, que resiste durante todo o processo¹⁵⁷, nada irá responder:

O réu sucumbente supusera ter direito, mas, por 'inadvertência culposa', enganara-se, dando por isso causa à demanda. O autor imaginara que o direito o amparava, incorrendo, porém, no mesmo engano. Entretanto, no caso de obter a liminar, o julgador cometera o mesmo equívoco. O autor passará a contar, desde a decisão que defere a execução provisória (*sensu lato*), com a voz oficial do Estado que o reconheceu como provável titular do direito. Sua condição é muito superior à do réu sucumbente, que somente contava com sua avaliação pessoal. Mesmo assim, deve indenizar, enquanto o réu não indeniza.¹⁵⁸

A obra do iminente jurista aponta a origem dessa concepção não-isonômica do processo. O pressuposto seria a "*necessária univocidade de sentido da lei criada por um legislador iluminado*"¹⁵⁹. A sentença será sempre certa (para o vencedor) ou, então, errada (para o sucumbente)¹⁶⁰:

Dizendo sem rodeios: o litigante que sucumbe deve considerar que o resultado foi devido a sua má-fé ou, se não, à insensatez ou imbecilidade que lhe impediu de compreender que o direito, tão claro e evidente, não o amparava.¹⁶¹

¹⁵⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Antecipação da tutela e responsabilidade objetiva. In: *Revista AJURIS*, nº 72, março de 1998, Porto Alegre: AJURIS, 1998, p. 69.

¹⁵⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Antecipação da tutela e responsabilidade objetiva. In: *Revista AJURIS*, nº 72, março de 1998, Porto Alegre: AJURIS, 1998, p. 71.

¹⁵⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 213.

¹⁵⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 210.

¹⁶⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 211.

¹⁶¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 210.

Segundo Fábio Luiz Gomes, o fundamento da responsabilidade objetiva do sucumbente pela efetivação da medida antecipatória, residiria no próprio paradigma racionalista, denunciado por Ovídio ao longo de sua obra, e na pretensa univocidade da lei que lhe é característica: “os direitos emergentes dessa lei seriam sempre conhecidos e induvidosos, razão pela qual o juiz limitar-se-ia a declará-los na sentença; não haveria lugar para a criação do direito”¹⁶².

Porém, esse mesmo paradigma no qual se insere a previsão de responsabilidade objetiva do demandante que sucumbe poderia servir para dar tratamento isonômico à posição do réu vencido. Isso porque o direito reconhecido na decisão final (declarado e não constituído), já o era quando do momento da resistência do demandado, à luz dessa concepção:

Como, para a doutrina, o ato jurisdicional será apenas declaratório do direito de que o vencedor se dizia titular – sem que a sentença o constitua, num ato de criação jurisprudencial do direito -, temos que o réu, hoje condenado, resistira, ontem, sem direito. Sua condição agora reconhecida como injusta, já o era, ao ter início a demanda.¹⁶³

Isso significa que a utilização dos “instrumentos perigosos” do processo pelo réu cujo direito não lhe amparava “desde o início”, consiste na mesma assunção de risco com a qual o sistema se preocupa ao regular o sistema de responsabilização de forma objetiva para o demandante. E isso ocorre mesmo se nos inserimos dentro do paradigma moderno, tão combatido por Ovídio Baptista. Isso demonstra uma real incongruência do sistema - uma disparidade de tratamento - que não condiz com a necessária isonomia no âmbito do processo.

A posição externada pelo saudoso processualista gaúcho já encontra adeptos na doutrina brasileira. Em obra propositiva, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni apontam para o problema:

¹⁶² GOMES, Fábio Luiz. *Responsabilidade Objetiva e Antecipação da Tutela: a superação do paradigma da modernidade*. São Paulo: RT, 2006, p. 215.

¹⁶³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Antecipação da tutela e responsabilidade objetiva. In: *Revista AJURIS*, nº 72, março de 1998, p. 71.

Para que cesse esta afronta à igualdade, de duas, uma: ou se estende o regime de responsabilidade objetiva para o réu, nos casos em que a tutela sumária deveria ter sido concedida e não foi e o autor experimenta dano por conta da sua denegação; ou institui-se regime de responsabilidade subjetiva para o autor em face da fruição de tutela sumária. Preferimos a segunda hipótese.¹⁶⁴

A concepção subjetiva para a responsabilidade civil daquele que efetiva medidas antecipatórias é solução que, certamente, não abarcaria indenização em todas as hipóteses nas quais, da efetivação do provimento posteriormente revogado, surge um dano. Para proceder à análise da conveniência de um sistema baseado nessa premissa¹⁶⁵, faz-se necessária uma incursão nas relações entre direito material e processo que permeiam o tema.

3.3 As Relações entre Direito e Processo na Compreensão do Tema

O processo civil, como instrumento voltado à tutela dos direitos, não pode prescindir da mirada ao direito material, sob pena de enclausurar-se em uma distante autonomia. Quando se está falando em sumarização da cognição¹⁶⁶ e, conseqüentemente, em técnica antecipatória, a relação de instrumentalidade do processo aparece de forma mais clara, já que é a partir da técnica da cognição que se permite a construção de procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela do direito¹⁶⁷.

No plano do direito material o Estado estabelece conseqüências que devem suceder à inobservância dos preceitos destinados a proteger certos interesses. Sancionam-se, de modo ainda abstrato, as possíveis transgressões¹⁶⁸. Quando o

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC – Crítica e Propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 111.

¹⁶⁵ Assim propugna, por exemplo, MITIDIERO, Daniel. “Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória”, In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197, p. 56.

¹⁶⁶ Ressalte-se: não se está a falar em sumarização formal do procedimento, mas sumarização da cognição. Sobre isso: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil Dogmático das Tutelas de Urgência. In: *Revista AJURIS*, n. 70, julho de 1997, p. 231-233.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 31.

¹⁶⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 6.

Estado prevê determinada conduta, ao mesmo tempo também prevê que a transgressão dessa pode gerar uma sanção jurídica. A norma material é que regula essas posições.

Para a realização da conduta ditada pelo direito material, entretanto, pode ser necessária a utilização do aparato jurisdicional. O plano processual (portanto, a tutela jurisdicional) deverá servir à tutela do direito - à realização do direito material. Como fica claro, é uma relação de meios e fins.

Especificamente no caso da responsabilização pela efetivação da tutela jurisdicional do direito mediante técnica antecipatória, o direito material e o processo confundem seu campo de atuação e sua função, em razão da natureza das normas que regem o instituto. Como forma de tentar resolver o intrincado problema, propõe-se uma tentativa de sistematização.

O Código de Processo Civil, ao dispor que a normativa aplicável à execução provisória rege também a efetivação das medidas antecipatórias (art. 273, §3º, CPC), utiliza-se de uma remissão legislativa para normas de conteúdo processual e material. Essa informação é importantíssima para que se possa analisar, concretamente, o regime de responsabilização.

O art. 475-O, em seus incisos I e II, traz, no mesmo texto normativo¹⁶⁹, normas de conteúdo material e processual. O inciso I, que prevê a hipótese de responsabilização, assim refere: *“corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido”*. O inciso II, que prevê o retorno ao *status quo ante*, assim prevê: *“fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento”*.

¹⁶⁹ Ressalte-se a utilização das expressões “texto” e “norma” como conceitos diferentes. Texto e norma não se confundem. Sobre isso, ver: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

O que há em comum nesses dois dispositivos é a inserção de normas de caráter material, que impõem exatamente a obrigação de ressarcimento (“responsabilidade”, “obrigar” e “reparar”), típica das tutelas do direito reparatorias ou ressarcitórias, e a obrigação de reconstituição da situação anterior (“restituindo-se”), típica das tutelas do direito restitutorias. Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero: “o direito material outorga direito à tutela restitutoria e à tutela reparatoria”¹⁷⁰.

O direito material, portanto, é quem obriga à restituição e à reparação, ainda que mediante a inserção dessa norma em um Código de Processo Civil. Não se trata de uma posição jurídica processual, pois o Estado-Juiz, ao conferir a tutela do direito, age no plano material. O dano, portanto, advém da realização do direito material (derivado, por óbvio do exercício de uma posição processual, qual seja, o lícito requerimento de antecipação da tutela).

Entretanto, a doutrina insiste em trabalhar as hipóteses de responsabilidade inculpidas no art. 475-O (aplicável à temática da técnica antecipatória) como responsabilidade processual. Nesse sentido, defende, por exemplo, Galeno Lacerda, ao tratar da responsabilidade nas cautelares: “responsabilidade, aqui, resulta sempre, e tão-somente, da atividade da parte no processo, e por isto sua natureza é exclusivamente processual”¹⁷¹. Assim também Pontes de Miranda¹⁷², dentre outros¹⁷³.

Parece reducionista, ainda que correta, essa percepção. A natureza da obrigação é de direito material, como fica claro da própria redação utilizada

¹⁷⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 6.

¹⁷¹ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VII, Tomo I. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 315.

¹⁷² “A responsabilidade do art. 688, parágrafo único, é de direito processual, e não de direito material. (...) Abuso, se há, é o da pretensão à tutela jurídica, mas isso seria abuso de pretensão pré-processual, de direito público; o art. 688, parágrafo único, conceitua o ato ilícito processual e as suas conseqüências de composição de danos”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII (arts. 600-706). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 442-443.

¹⁷³ “Trata-se de responsabilidade tipicamente processual, que não se confunde com as hipóteses ordinárias de sujeição civil trazidas pelo direito material”. CHIOVITTI, Alexandre Paulichi; GIANNICO, Maurício. Tutelas de Urgência e o regime de responsabilização objetiva do requerente. In: ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de Urgência e Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

(“reparar”, “restituir”). Obviamente, ela decorre da atividade da parte durante o processo; porém, é importante lembrar que o processo é meio para a realização do direito material. Se o dano surge do fato de que a técnica antecipatória possibilitou a realização efetiva do direito material com base em cognição sumária - e somente por isso -, a natureza da responsabilidade está no direito material (e na conformação que lhe foi dada após a decisão, juntamente ao poder conferido ao juiz de realizar provisoriamente o direito material postulado) e não no processo.

Se a responsabilidade é oriunda de um processo judicial, desimporta para a caracterização da sua natureza: será material se disser respeito à relação material entre sujeito e bem da vida; será processual se disser respeito à relação entre sujeito e o processo. O dano surge da própria efetivação, que se dá no plano material, com a realização da tutela do direito, ainda que de forma provisória. A obrigação de reparar (se existe) é material (e não processual).

A obrigação de indenizar (responsabilidade) sucede a violação de uma obrigação anterior, de um dever jurídico pré-existente¹⁷⁴. O dever jurídico pré-existente, no tema relativo à responsabilização pela fruição da tutela do direito mediante técnica antecipatória, é que merece nossa maior atenção. Se no que diz respeito às custas processuais fica claro que a obrigação de pagá-las (ou seja, a responsabilidade, dever jurídico sucessivo), decorre do simples fato de o sujeito responsável ter dado causa – causalidade - ao próprio processo (dever pré-existente de ordem processual), por outro lado, quanto ao dever de indenizar pelos danos decorrentes da fruição do bem da vida de forma provisória, o dever jurídico pré-existente não fica claro¹⁷⁵, já que se trata de realização provisória do próprio direito material buscado em juízo.

Tratando-se de hipótese de responsabilidade civil, não é crível que se atente apenas à conformação do direito processual sobre a temática, sem analisar com a

¹⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.

¹⁷⁵ É o próprio Pontes de Miranda quem acena para essa problemática: “o processo não poderia, por si mesmo, ser causa de responsabilidade, salvo quanto às custas. O sucumbimento é pressuposto que se há de levar em conta, porém seria contra o interesse do Estado, na realização do direito objetivo e na pacificação dos indivíduos, que se elevasse à categoria de pressuposto necessário, menos ainda suficiente”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII (arts. 600-706). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 443.

profundidade devida a estruturação dogmática do instituto no âmbito do direito material. Esse ponto, que merece um tratamento mais detido, sob pena de incorrer-se em uma inconsistência na conclusão, será objeto de estudo no próximo capítulo.

4 A NECESSIDADE DE COMPREENSÃO DO TEMA A PARTIR DOS ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS A RESPEITO DOS FUNDAMENTOS E DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 A Responsabilidade Civil: Enfoque Clássico

A responsabilidade civil é um universo tão vasto que a tentativa de uma generalização dos seus fundamentos e do seu conceito não será completa, porquanto necessariamente deixará de lado alguma de suas peculiaridades. Entretanto, o domínio de sua função e estrutura faz-se necessário antes de propormos um modelo de sistematização do regime de responsabilidade civil pela fruição da tutela jurisdicional do direito mediante utilização de técnica antecipatória.

A primeira idéia que funda a responsabilidade civil é a justiça comutativa (dever de retorno ao *status quo ante*). O causador do dano deve reparar o dano causado: “o principal [efeito do ato ilícito] é sujeitar seu autor à reparação do *damno*”¹⁷⁶. O instituto é, portanto, uma resposta reparadora a qualquer tipo de ruptura de determinada ordem estabelecida ou decorrente de uma relação de confiança entre as partes. A regra geral é a de que quem deve reparar o dano é o causador. Esse é o fundamento base da responsabilidade civil.

O fundamento genérico da responsabilidade é o dano e a necessidade de reparação. Nas palavras de Judith Martins-Costa, “a função primordial da justiça será a de restabelecer o equilíbrio fraudado. (...) pouco importa, nesta perspectiva, se o desequilíbrio a corrigir proveio ou não da culpa”¹⁷⁷. No entanto, a evolução do direito fez com que a idéia de culpa tenha se impregnado, fazendo com que sempre

¹⁷⁶ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado. Parte Geral. V. III.* Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934, p. 315.

¹⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 15, vol. 93. São Paulo: Vellenich, 1991, p. 35.

se pense em ação culposa como causadora do dano e ensejadora da responsabilidade civil. Não era esse, porém, seu fundamento inicial.

Somente com a *Lex aquilia* romana é que aparece a noção de responsabilidade culposa¹⁷⁸. Como bem observa Michel Villey, a ética da igreja católica – a culpa cristã – é que assentou a moderna concepção de responsabilidade pela culpa¹⁷⁹. As codificações seguiram essa transformação e, na sua maioria, vinculavam a responsabilidade à culpa¹⁸⁰.

Aquele que viola direito alheio não pode deixar de repará-lo e aquele que sofre o dano deve receber indenização. A função precípua da responsabilidade civil, portanto, é a reparação¹⁸¹. Há quem pregue que o instituto serviria para a exemplificação de condutas erradas, de forma a evitar a reiteração futura (função preventiva)¹⁸². Embora muitos defendam também a função punitiva¹⁸³, doutrina e jurisprudência comungam da mesma posição: a responsabilidade civil é eminentemente reparatória.

Indenizar é tornar sem dano (*Indemne*)¹⁸⁴. A indenização pode ser reparativa e ressarcitiva. A reparativa materialmente substitui, na espécie, o bem da vida objeto do dano; o ressarcimento é a indenização pecuniária. Em sentido estrito, indenização é a materialização física do bem lesado (concretização do

¹⁷⁸ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. V. I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 31; NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 530; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*. 2ª Parte. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 392.

¹⁷⁹ VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável. In: *Revista Direito GV*. nº 1. Maio de 2005. São Paulo: FGV, 2005, p. 143.

¹⁸⁰ Para uma análise aprofundada da culpa nas codificações ver MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 15, vol. 93. São Paulo: Vellenich, 1991, p. 39-42.

¹⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 13.

¹⁸² NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 441. José de Aguiar Dias, explicando a teoria de Marton acerca da responsabilidade civil, ressalta que para esse autor a prevenção seria o fundamento principal da responsabilidade. AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. V. I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 110.

¹⁸³ Sobre os “*punitive damages*” e sua aplicação no direito brasileiro, para uma abordagem crítica: MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. In: *Revista CEJ*, nº 28, jan./mar. 2005, Brasília: CEJ, 2005, p. 15-32.

¹⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.

ressarcimento). A reparação do dano, no entanto, não consegue necessariamente o retorno ao *status quo ante*. Isso porque, em muitos dos casos, cria-se uma ficção jurídica de reparação (danos extrapatrimoniais, por exemplo)¹⁸⁵, que mais se assemelha a uma verdadeira satisfação, já que não é possível estabelecer uma precisa relação de equivalência entre os prejuízos sem conteúdo econômico e a reparação pecuniária¹⁸⁶.

A responsabilidade civil tem alguns pressupostos: a regra geral no direito brasileiro, como já expusemos, é o art. 927, do Código Civil¹⁸⁷. Da leitura do dispositivo, podem ser extraídos os elementos que compõem a responsabilidade civil no nosso ordenamento. Em cada caso concreto, é fundamental ter muito presente quais são esses pressupostos, para verificar a sua presença, ou não, a depender do regime de estruturação cabível.

Pressupõe-se ato *voluntário imputável, ilícito, causador de dano* derivado por *nexo causal* direto e imediato entre o ato e o dano. Na responsabilidade subjetiva, se agrega o pressuposto da culpa: o ato voluntário imputável e ilícito deve ser também culposo¹⁸⁸. Dentre os elementos, alguns se relacionam com o sujeito (subjetivos) e outros com o objeto (objetivos). Os primeiros envolvem a ação ou omissão voluntária, a imputabilidade e a culpa (se couber). Já no que tange aos objetivos tem-se o dano, a ilicitude e o nexo causal. Ainda que de forma breve, o presente trabalho buscará tratar de todos.

¹⁸⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*. 2ª Parte. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 421; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 78.

¹⁸⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral - indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

¹⁸⁷ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

¹⁸⁸ Ressalte-se, porém, que alguns autores trabalham os pressupostos de forma diversa, chegando praticamente nas mesmas conclusões. Fernando Noronha, por exemplo, entende que são pressupostos para que surja a obrigação de indenizar a existência de “fato (ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza que seja antijurídico (isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas conseqüências), que possa ser imputado a alguém, seja por dever à atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela, que tenham sido produzidos danos, que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado (...). É preciso que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada. Isto é, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido”. NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 468-469.

No que tange aos elementos subjetivos da responsabilidade, o primeiro deles é a ação ou omissão voluntária. A primeira distinção que deve ser feita é entre ato e fato. O fato causador de danos só gera responsabilidade civil se alguém tem controle sobre esse fato. Se não há controle sobre esse fato (exemplo clássico é o das catástrofes climáticas)¹⁸⁹, não há como dizer, em princípio, que haja dever de indenizar. A responsabilidade incide apenas quando, por exemplo, alguém tem o dever jurídico de minimizar os efeitos dessa catástrofe (o que pressupõe outro dever descumprido).

A distinção entre fato e ato implica alguns efeitos. Na doutrina a distinção é trabalhada com o conceito de fato voluntário como sinônimo de ação humana (que abrange ação e omissão). Quando se fala em fato voluntário não se fala em fato intencional; voluntariedade não é o mesmo que intencionalidade. Conduta voluntária é aquela conduta dominável pelo sujeito, mas não necessariamente voltada intencionalmente a praticar o resultado danoso. Já a intenção é vontade dirigida a uma finalidade determinada. Quando se trata de ação/omissão voluntária, fala-se em domínio do ato por alguém, isto é, o indivíduo teve o domínio entre a prática ou não do ato, entre omitir-se ou não omitir-se.

Só há responsabilidade por omissão quando o responsável tem o dever jurídico de impedir um fato danoso. Não é uma regra, ocorre apenas quando há o dever jurídico de ação. É importante ressaltar que a possibilidade de caracterização da responsabilidade pela omissão responde à inquietação proposta pelo Professor Ovídio Baptista da Silva, acerca da conduta do réu que se opõe à realização do direito (e, portanto, da licitude ou ilicitude dessa conduta em comparação à do autor que postula determinado provimento antecipatório).

O pressuposto da imputabilidade reside justamente na possibilidade de atribuição da responsabilidade a determinado agente. Imputar não é inculpar, é atribuir responsabilidade. Ter como pressuposto que aquele que age ou omite seja capaz, diz respeito à imputabilidade. Imputável, no entanto, é o “agente

¹⁸⁹ Sérgio Cavaliere Filho fala em “fato jurídico natural” e “fato jurídico voluntário”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 6.

*mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter de sua conduta e de determina-se de acordo com esse entendimento*¹⁹⁰.

A culpa é critério de reprovabilidade da ação humana: o agente tinha um dever, e podendo atuar de acordo com esse dever, não o fez. É juízo que atua sobre a conduta humana, mas se mede também pela possibilidade de agir de acordo com a conduta imposta pelo dever. A intenção (o dolo) não aparece como elemento necessário; basta atingir determinado resultado socialmente inadequado, pelo “*desvio accidental de conduta decorrente da falta de cuidado*”¹⁹¹.

Como bem ressalta Fernando Noronha, “*fala-se em culpa quando não são respeitados precedentes deveres de conduta que, se observados, teriam evitado o dano*”¹⁹². Essa culpa pode se dar de uma forma escalonada: acrescida da intencionalidade se transforma no dolo. Se o agente, por negligência (falta de cuidado)¹⁹³, imprudência (falta de ponderação/razoabilidade)¹⁹⁴ ou imperícia (habilidade específica)¹⁹⁵, descumpra o dever, age em culpa. Há, ainda, uma série de outras distinções que podem ser tratadas: culpa consciente e culpa inconsciente; culpa negocial e culpa extranegocial; graus de culpa (grave, leve e levíssima) e culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*¹⁹⁶. O que deve ficar claro, entretanto, é que a necessidade de presença do elemento culpa (culpabilidade) diz respeito somente às hipóteses de responsabilidade subjetiva.

A problemática está, entretanto, nas hipóteses de responsabilidade objetiva. Isso porque, como bem ressalta Miguel Reale, “*uma das características do Direito hodierno é-nos dada pela reação contra esse subjetivismo em matéria de*

¹⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 26.

¹⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 31.

¹⁹² NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 473.

¹⁹³ Tem-se na negligência uma atitude omissiva: deixar de tomar precauções devidas, agir desleixadamente. Portanto, a negligência é basicamente a omissão daquela diligência que seria necessária.

¹⁹⁴ Imprudência é uma ação precipitada (não omissão). É um dever que o agente deveria cumprir (desde que houvesse possibilidade ter essa prudência).

¹⁹⁵ Imperícia é incapacidade técnica para o ato. Também é conhecida como má-prática. Cada ação tem regras escritas e não-escritas sobre qual é a melhor conduta a ser. O desrespeito a essas práticas denota imperícia.

¹⁹⁶ Para uma análise pormenorizada da culpa, NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. II. São Paulo: Saraiva, 2003, cap.11.

*responsabilidade*¹⁹⁷. A questão será abordada após a análise dos elementos objetivos da responsabilidade civil.

Dentre esses, o primeiro e menos tormentoso é o dano¹⁹⁸. A concepção de dano deve ser criada a partir da análise comparativa; é obviamente uma construção jurídica. Clóvis do Couto e Silva defende que existem duas posições possíveis: o conceito jurídico e o naturalístico. O desenho das normas (conceito jurídico) permite uma construção do conceito mais ampla ou mais restrita. Havendo uma norma geral, o conceito será mais amplo. Esse é o caso do Brasil, em que a própria Constituição garante a reparação dos danos de toda natureza¹⁹⁹.

Existem algumas teorias que tratam do tema. A teoria da diferença parte da idéia de que o dano é a diminuição que o advento da situação atual acarretou para uma determinada situação anterior. É necessário, pois, um índice de quantificação, e esse tem, normalmente, conteúdo primordialmente patrimonial²⁰⁰. Em suma, deve haver uma mudança identificável do *status quo*. Porém, como ressalta Cavalieri Filho:

Hoje, todavia, esse conceito tornou-se insuficiente em face do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao dano moral, e, ainda, em razão da sua natureza não patrimonial. Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico. (...) Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial quanto moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.²⁰¹

¹⁹⁷ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 203.

¹⁹⁸ Sobre o tema, a monografia de Clóvis do Couto e Silva: COUTO e SILVA, Clóvis do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*. São Paulo: RT, 1991.

¹⁹⁹ Apenas exemplificativamente: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

²⁰⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral - indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

²⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71.

Isso significa que a moderna concepção do dano é aquela pela qual ele reflete o interesse lesado: o dano é toda e qualquer lesão a interesse juridicamente tutelado²⁰². Não necessariamente uma sobreposição, substituição, mas a idéia de que todo dano é uma lesão de alguma forma quantificável em direito. Como ressalta Judith Martins-Costa, o conceito de dano não é um “dado inscrito” na natureza das coisas, mas uma construção²⁰³. Pode ser, portanto, patrimonial (vulgarmente chamado de material) ou extrapatrimonial (imaterial ou dano moral, em sentido lato).

O primeiro se divide em dano emergente (diminuição efetiva) e lucros cessantes (perda “razoável”). Parte da doutrina ainda defende o caráter autônomo do dano pela “perda de uma chance”²⁰⁴. Já o dano moral compreende todos os bens personalíssimos da pessoa, incluindo não apenas o sofrimento e abalo moral como também os direitos de personalidade em toda sua dimensão²⁰⁵. O problema tem íntima ligação com a questão suscitada no precedente capítulo sobre a possibilidade de liquidação de danos morais (extrapatrimoniais) na mesma demanda em que reformada a medida antecipatória que causou o dano.

Como segundo elemento objetivo, temos o nexos causal²⁰⁶. O nexos causal, seja qual for a teoria que trate da responsabilidade civil, é pressuposto primário e inafastável do dever de indenizar. O dano por si só não gera responsabilidade se não houver o vínculo que liga o dano à determinada causa imputável ao autor; só há obrigação de indenizar quando o ato que causou dano puder ser imputado em uma relação de causa e efeito. Esse é o nexos de causalidade. Ele estabelece se determinado evento pode ser determinado como causa de determinada consequência jurídica.

²⁰² NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 614..

²⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 445.

²⁰⁴ No Brasil, por todos: SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

²⁰⁵ Para um completo tratamento acerca das diversas espécies e critérios para classificação dos danos ver: NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 555-586.

²⁰⁶ Sobre o tema, para uma completa exposição: COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2007.

O grande problema relativo à questão é saber até que ponto vai a extensão da responsabilidade de quem deu causa ao dano. Uma série de teorias tentam explicar a questão acerca de causalidade, mas a doutrina é majoritária no sentido de sustentar a idéia de causalidade adequada: não basta saber que determinada ação produza dano (é preciso saber se aquele evento é o produtor do dano efetivo). Com base nessa posição, procede-se à conjugação de um juízo de probabilidade (abstrato) com um juízo de concreção (concreto), havendo necessariamente uma relação de necessariedade para que o fato concreto seja causa do dano²⁰⁷.

O ponto de partida é a seleção da(s) causa(s) adequada(s). Isso se faz com o juízo de probabilidade: o seu resultado buscado é verificar se determinado fato, considerado o antecedente necessário do dano, está *in abstracto* elevado à condição de causa; se é idôneo a produzir o resultado. Em um segundo momento, deve ser levado a efeito um juízo de concreção: separam-se as condições da causa adequada, verificando se, caso retirado o determinado fato da sucessão, acarretaria igualmente a consequência danosa, ou não.

Há uma série de problemas que surgem quando da análise detida do problema da causalidade: a pluralidade de causas (concausação e concorrência de causas), interrupção do nexo de causalidade, causalidade suposta ou alternativa e a exclusão do nexo causal²⁰⁸. No que tange ao objeto desse trabalho, a problemática tem repercussão específica na concessão ou modificação das medidas antecipatórias de ofício, o que foi tratado no capítulo anterior.

O terceiro pressuposto objetivo da responsabilidade civil é a ilicitude, na qual reside grande controvérsia em doutrina. Justamente nesse ponto é que está o cerne da questão, no que tange à responsabilização pela fruição da tutela jurisdicional do direito mediante técnica antecipatória posteriormente reformada.

Inicialmente, é importante destacar que a doutrina diverge acerca da conceituação da ilicitude. Muito dessa controvérsia resulta da transformação

²⁰⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 476.

²⁰⁸ Para uma análise detida do problema, ver: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 45-69 e NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 586-613.

operada, do ponto de vista positivo, pelo advento do Código Civil de 2002. Como bem ressalta Judith Martins-Costa:

Para a perspectiva tradicional, a ilicitude era não apenas examinada, mas era verdadeiramente construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral, qual seja, a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio. (...) Em primeiro lugar, a ilicitude era vista, tradicionalmente, de forma amarrada à culpa, ao dano e à consequência indenizatória. Não era um conceito que valesse por si, que tivesse um campo operativo próprio, era mera “condição” da responsabilidade.²⁰⁹

O conceito de ato ilícito sempre foi trabalhado de forma conjunta com o próprio dano e a culpa: o ilícito pressupunha culpa, e vice-versa²¹⁰. Confundiam-se (ou misturavam-se) elementos objetivos e subjetivos²¹¹. A idéia de responsabilidade estava atrelada à de culpa (e, portanto, à de ilicitude). Restava, todavia, insuficiente o tratamento dado às hipóteses de responsabilidade objetiva, justamente por essa vinculação ao elemento volitivo.

O Código Civil de 1916 tratava do ato ilícito no seu art. 159²¹², do qual se extraía a idéia de que “*o acto illicito é a violação do direito ou o damno causado a outrem por dolo ou culpa*”²¹³. O próprio redator do código é quem faz a ressalva de que a colocação do ato ilícito dentre os temas da parte geral foi obra da comissão revisora. No projeto original, o ato ilícito aparecia somente como causa geradora de obrigações no livro respectivo²¹⁴.

²⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil: estruturas e rupturas em torno do art. 187. In: *Boletim Adcoas*, v. n. 10, 2003, p. 309-310.

²¹⁰ Luiz Guilherme Marinoni, com apoio nas lições de Aldo Frignani, contribuiu enormemente na construção das bases para a separação entre ilícito, dano e culpa, no âmbito das tutelas do direito. Sobre isso: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: RT, 1998, p. 19-48.

²¹¹ Sobre o tema, AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. V. I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p.125-143.

²¹² “Art. 159. Aquelle que, por acção ou omissão voluntaria, negligencia, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o damno. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Codigo, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.” (sic)

²¹³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clóvis Beviláqua*. 2ª Ed. V. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921, p. 415.

²¹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clóvis Beviláqua*. 2ª Ed. V. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921, p. 414.

A idéia de abuso do direito, também entendido como ato ilícito, advinha da interpretação do art. 160, I, *a contrario sensu*, pois rezava o dispositivo que não constituiria ato ilícito aquele praticado no exercício regular de um direito. Daí a doutrina retirava a vedação ao exercício irregular do direito, tendo-o por abusivo²¹⁵. Mais uma vez, a vinculação ao elemento subjetivo funcionava como complicador da perfeita compreensão do instituto²¹⁶, ainda que parcela da doutrina tenha atentado ao fato de que abuso do direito e culpa são noções apartadas:

A teoria do abuso do direito pode ser construída e considerada como categoria autônoma. Ela tem, inquestionavelmente, certas afinidades com a teoria da culpa, com a qual, todavia, não se confunde, pois que entre os caracteres de diferenciação destacam-se o seu acentuado cunho objetivista e, principalmente, a circunstância de serem noções incoadunáveis a de culpa e a de exercício de um direito.²¹⁷

A celeuma acerca da ilicitude, da culpa e do exercício abusivo do direito recebeu tratamento diverso pelo Código Civil de 2002. Esse trata de duas categorias de atos ilícitos, nos seus artigos 186 e 187:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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.

A problemática surge justamente do segundo artigo, que abarcou aparentes hipóteses do conhecido instituto do abuso de direito. Essa situação nova, que

²¹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clóvis Beviláqua*. 2ª Ed. V. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921, p. 422.

²¹⁶ “Assim é que todo acto com inteiro assento em direito, embora cause damno, não obriga a resarcimento; ao passo que o acto praticado sem direito, ou excedendo os limites do direito, desde que causa damno obriga a resarcimento. A culpa toma então uma feição nova, pela qual consiste no proprio facto de desprezar o agente as precauções necessárias ao exercicio da sua liberdade, passando-se a considerar que age com imprudência, ou negligencia desde que se afasta da norma jurídica, ou exceda os respectivos limites, traçados, na falta de texto expresso, pelo conceito ordinario dos homens” (sic). AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercicio da demanda*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 22.

²¹⁷ MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 168.

colocou a ilicitude em um patamar de autonomia frente ao próprio dever de indenizar (estruturado principalmente pelo art. 927, CC²¹⁸), permite que a doutrina chegue a falar em uma verdadeira ruptura de paradigma²¹⁹.

Existem basicamente duas aproximações que conseguem explicar o fenômeno da ilicitude a partir da nova lógica positivada. Para parte da doutrina, admite-se uma “complexa dimensão da ilicitude”, que abarca tanto a ilicitude subjetiva quanto a ilicitude objetiva. Nesse contexto, a ilicitude será subjetiva se baseado seu nexos de imputação na culpa ou no dolo. De outro lado, será objetiva “quando não é necessário averiguar se, subjacente ao ato ou conduta, houve ato negligente ou imprudente, pois a ilicitude estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo ordenamento”²²⁰.

Haverá ato ilícito, pois, mesmo em casos em que ausente o elemento culpa²²¹. Ainda assim, parte da doutrina prefere tratar a ilicitude em uma acepção restritiva, utilizando a expressão antijuridicidade para o conceito análogo de ilicitude objetiva. Essa é a lição de Fernando Noronha:

A ilicitude verdadeira e própria, consagrada no art. 186, comporta dois elementos, um objetivo, que é a antijuridicidade, e outro subjetivo, que é a culpabilidade: a antijuridicidade aponta para a contrariedade à norma, a violação de direito alheio; a culpabilidade é possibilidade de imputação ao agente do ato praticado, a título de dolo ou culpa.²²²

²¹⁸ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”

²¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil: estruturas e rupturas em torno do art. 187. In: *Boletim Adcoas*, v. n. 10, 2003, p. 309-310.

²²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71.

²²¹ “Ilícito é, assim, o comportamento negador de específicas orientações axiológico-normativas, é a conduta que contradiz concretas proibições de acção ou omissão, como reflexo do juízo de valor contido na norma e, por aí, o oposto do comportamento normativamente qualificado como obrigatório relativamente a uma certa situação concreta. Trata-se de um juízo objectivo de reprovação do facto, pela concreta imposição que do valor insito na norma decorre logicamente para o agente, e que é o resultado da contradição entre o próprio facto e a norma na sua função valorativa, contradição essa apreciada formalmente”. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 499. Na mesma esteira, CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 9-10.

²²² NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 365.

Muito embora partindo de pontos de partida diversos, ambas as posições acabam confluindo na conclusão. Isso porque a distinção serve primordialmente para separar os atos passíveis de responsabilização subjetiva e objetiva.

No Direito Civil, o aspecto subjetivo da conduta do agente só é verdadeiramente importante naqueles poucos casos em que apenas é possível falar em atuação contrária a uma norma quando no pressuposto desta estão incindivelmente ligados os elementos objetivos-exteriores e os subjetivos-interiores. São casos em que só se pode falar em contradição com o ordenamento, isto é, em antijuridicidade, quando todos os elementos estiverem reunidos. É o que acontece em especial no abuso de direito: este só existe se o direito for usado com objetivos que estejam em contradição com a finalidade para a qual ele é atribuído (e mesmo que o ato abusivo não tenha de ser sempre subjetivamente ilícito).²²³

A lição não é nova. Pontes de Miranda já defendia que a culpa é inconfundível com a ilicitude: pode haver apenas contrariedade ao direito (ilicitude) sem o juízo de reprovabilidade (culpa). Quando há ilicitude mais culpa (quando se agrega efeito subjetivo à ilicitude), surge um novo conceito, o do delito civil, sinônimo do ilícito culposo²²⁴.

Denota-se, do exposto, que também há ilicitude pelo exercício disfuncional do direito²²⁵. O foco sai da violação a direitos subjetivos e vai ao exercício disfuncional das posições jurídicas, em função dos interesses que legitimam a permissão desse exercício. Trata não apenas da violação do direito, mas do exercício jurídico inadmissível²²⁶. Não adianta somente conferir direitos à pessoa (direitos subjetivos); também deve ser dada uma ordem de conduta relacionada com o exercício, ao

²²³ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 368.

²²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983, Tomo II, § 164.

²²⁵ Para uma visão propositiva das novas fronteiras da ilicitude pelo exercício disfuncional do direito: MARTINS-COSTA, Judith. "Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé". In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95.

²²⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 880 e ss.

modo como o esse deve se dar. A funcionalidade conferida ao já decadente abuso do direito²²⁷ dá, assim, novos contornos ao conceito de ilicitude.

Nessa mesma linha, paralelamente, há quem defenda o ressurgimento do abuso de direito²²⁸, com sua estrutura renovada²²⁹. A figura do abuso de direito, assim, desvinculada de sua concepção antiga, que o remetia à noção de atos emulativos, passa a prescindir da análise da culpa ou do dolo. Igualmente, aqui, haveria possibilidade de responsabilização independentemente de aspectos subjetivos.

Como se denota, o estudo dos elementos da responsabilidade civil é necessário para que se possa estruturar o regime de responsabilização do demandante que frui provisoriamente de tutela jurisdicional do direito posteriormente revogada. A sua conformação passa, ainda, pela necessária compreensão dos modos como esses elementos podem se organizar; em outras palavras, da necessidade ou não da presença do elemento subjetivo da culpa para a imputação de responsabilidade.

A responsabilidade civil, como já exposto, pressupunha nas suas primeiras manifestações, tão-só a existência do dano. O elemento da culpa foi se colocando, todavia, dentro da noção de responsabilidade, por obra de uma série de transformações, consolidando-se na era das codificações. Assentou-se, com isso, a responsabilidade a partir dos seguintes elementos: dano, culpa e nexos causal.

A evolução das sociedades levou a efeito uma nova conjectura; revoluções industriais, progresso científico, explosões demográficas, dentre outros eventos históricos, modificaram a estrutura social²³⁰. Viu-se a teoria da responsabilidade

²²⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 685-718.

²²⁸ "Para que o exercício do direito seja abusivo, é preciso que o titular, observando embora a estrutura formal do poder que a lei lhe oferece, exceda manifestamente os limites que lhe cumpre observar, em função dos interesses que legitimam a concessão desse poder." ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, V. I. 10ª Ed. Coimbra, Almedina, 2000, p. 545.

²²⁹ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 124-125.

²³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 15, vol. 93. São Paulo: Vellenich, 1991, p. 43-44.

subjetiva diante de certas insuficiências. Dessa conjunção de fatores começaram a surgir hipóteses de responsabilidade objetiva²³¹. Inicialmente, foi o risco o grande fator a legitimar a transformação²³². Como bem ressalta Fernando Noronha:

No que interessa à responsabilidade civil, a revolução industrial trouxe enorme agravação dos riscos a que as pessoas antigamente estavam sujeitas, fazendo crescer as demandas no sentido de eficaz reparação deles. A exigência, feita no século XIX, de uma conduta culposa como pressuposto da responsabilidade, não se coaduna com necessidade social de assegurar a reparação desses danos.²³³

A esse influxo transformativo respondeu a doutrina com as teorias do risco²³⁴. Em suma, “*todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa*”²³⁵. A colocação do risco como fator legitimante da responsabilização sem culpa é obra, principalmente, da doutrina francesa²³⁶. Inicialmente sua aplicabilidade restringia-se aos acidentes de trabalho. Hoje, sua incidência repercute em inúmeros micro-sistemas do ordenamento. Seu fundamento geral é a necessidade de restauração de um equilíbrio que fora fraudado.

O risco pode atuar no âmbito das relações jurídicas de várias formas: o risco-proveito, como forma de atender ao princípio *ubi emolumentum, ibi onus*; o risco profissional, que tem ligação com a idéia de que o proveito pelo trabalho de outrem induz à responsabilização do empregador pelo risco tomado pelo empregado; o risco excepcional, quando deriva de uma atividade extraordinária; o risco criado, quando alguém arca com os danos eventualmente causados em razão de uma sua

²³¹ Para um interessante apanhado das idas e vindas da culpa como elemento da responsabilidade civil ver: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 8ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 472-484.

²³² MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 15, vol. 93. São Paulo: Vellenich, 1991, p. 45.

²³³ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. II. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 538.

²³⁴ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 8ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 551-591.

²³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, 128.

²³⁶ Como indica Judith Martins-Costa, a idéia nasce com Josserand e Saleilles e se estrutura posteriormente, em outros moldes, por Savatier. MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 15, vol. 93. São Paulo: Vellenich, 1991, p. 45.

atividade, independentemente de auferir alguma vantagem pela realização; e o risco integral, cuja responsabilização deriva pelo simples fato de ter dado causa a um dano²³⁷.

A doutrina brasileira tratou do tema de forma incidental, com raras exceções²³⁸. Nossa legislação pátria, porém, prevê uma série de hipóteses em que é o risco (e não a culpa) o fator de maior relevo na responsabilização²³⁹. Hoje, portanto, o direito brasileiro está repleto de exemplos de responsabilização objetiva, além das hipóteses clássicas de responsabilidade pelo fato de outrem (arts. 932 e 933, CC), pelo fato do produto (art. 931, CC) e pelo fato da coisa (art. 936 a 938, CC). Há uma tendência, inclusive, à socialização dos riscos, como nos casos de seguro obrigatório de veículos (DPVAT) e acidentes de trabalho²⁴⁰.

O quadro da responsabilidade civil objetiva, ou seja, sem necessidade de perquirição de culpa (ou dolo), é amplo. De um lado, as hipóteses de responsabilização objetiva derivadas da noção de risco, primeira manifestação da responsabilidade sem culpa no desenvolvimento do direito das obrigações, cuja materialização, no âmbito das relações privadas, está positivada no parágrafo único do art. 927, Código Civil. De outra banda, a concepção da ilicitude a partir do seu aspecto objetivo (ou, como preferem alguns, antijuridicidade), cuja aplicabilidade é reforçada pela previsão do art. 187 do Código Civil, dá novos contornos ao conceito de ato ilícito e sua (des)vinculação à culpa.

O exame do regime ideal de responsabilidade pela fruição da tutela jurisdicional do direito concedida mediante técnica antecipatória passa, necessariamente, por uma rediscussão do tema a partir dessa segunda ótica.

²³⁷ Todos os exemplos são tratados pormenorizadamente em CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 128 e ss.

²³⁸ Por todos: LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, 2ª Ed. atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998.

²³⁹ Podem ser citadas a Lei nº 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), a Responsabilidade Objetiva da Administração Pública (Art. 37, § 6º, CRFB), a Responsabilidade por acidentes nucleares (Art. 21, XXIII, "c", CRFB) e por danos ambientais (Art. 225, § 3º, CRFB) e, não menos importante, o regime excepcional de responsabilidade objetiva inserido no parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro, dentre outras normas esparsas.

²⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 138.

4.2 Necessidade de Releitura do Tema: o Papel da Boa-Fé Objetiva no Tráfego Jurídico

Quando se fala em exercício disfuncional do direito como ato ilícito, está-se buscando justamente permitir o exercício dos direitos, poderes, faculdades, liberdades e situações jurídicas, a partir de critérios que os conformem e balizem, evitando, assim, condutas abusivas²⁴¹. Para tanto, é necessário o exame do fato, segundo padrões dados por regras hermenêuticas comuns, de forma a verificar se essas balizas foram ou não desbordadas. O direito brasileiro utilizou três desses limites, positivamente: boa-fé, bons costumes e função econômico-social do direito²⁴².

A esse novo conceito de ilicitude, baseado no exercício disfuncional de direitos, confere-se aplicabilidade diversa daquela que é conferida a cada uma das balizas, em específico. A diferença é ressaltada por Bruno Miragem quando do tratamento do abuso de direito e da norma geral de ilicitude, no seu aspecto objetivo:

Não surge, assim, para substituir a boa-fé ou tomar-lhe espaço no estabelecimento de deveres jurídicos às relações privadas. Seu papel é distinto, mas nem por isso menos importante. Atua no sentido da limitação do exercício das prerrogativas jurídicas, estabelecendo restrições, não chegando a consolidar-se como fonte autônoma de deveres jurídicos.²⁴³

As balizas dão ao instituto a sua força normativa. Atuam como indutores de determinadas condutas. Dentre essas, certamente a baliza mais atuante e mais trabalhada em doutrina é a da boa-fé. Entretanto, seu desenvolvimento é relativamente recente no direito brasileiro: começou-se a sistematizar a boa-fé

²⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 76.

²⁴² Para uma análise das raízes históricas que levaram à adoção desses critérios norteadores do exercício das posições jurídicas ver: MARTINS-COSTA, Judith. “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95.

²⁴³ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 243.

objetiva somente na década de 80, principalmente por obra de trabalhos do Professor Clóvis do Couto e Silva²⁴⁴. A partir de então, a boa-fé (tratada aqui no seu aspecto objetivo) foi trabalhada pela doutrina brasileira de forma cada vez mais crescente²⁴⁵. Isso permitiu uma certa conceituação do instituto e sua estruturação, a partir das mais variadas funções que exerce.

Há quem condicione a importância da boa-fé a uma nova concepção de abuso de direito. Nesse sentido, defende-se que esse visa à promoção de elementos ético-jurídicos no exercício de direitos. Bruno Miragem assim aduz acerca de sua perspectiva:

Ao contrário do que se pode supor, a exigência de uma compreensão atualizada do abuso do direito, afastando-se o dolo e a culpa como requisitos para sua caracterização, não basta para a colocação da atualidade do abuso do direito como solução adequada para uma série de situações nas quais o exercício de poderes jurídicos e direitos subjetivos opõe-se a comportamentos socialmente desejáveis.²⁴⁶

O autor segue tecendo uma crítica à concepção que encara a ilicitude do art. 187, Código Civil, não como uma renovada estruturação do abuso de direito, mas como uma baliza para a proibição de exercícios disfuncionais do direito. Assim, tenta afastar a boa-fé como elemento único de solução para os casos em que o exercício do direito se dá de modo anti-social. Para ele, transcende à boa-fé objetiva a importância dessa regra geral de ilicitude, daí por que prefere uma abordagem diversa a partir da avaliação da desconformidade entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional:

A virtude manifesta da redescoberta do abuso do direito é sua utilidade como válvula de segurança em relação às consequências da estrita aplicação da lei. Tal como concebido, sob o conceito do abuso do direito se pode estabelecer um veículo para incorporação pelas normas de Direito

²⁴⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: COUTO E SILVA, Clóvis (org.). *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: RT, 1980.

²⁴⁵ Por todos, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

²⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 125.

Privado, no âmbito da disciplina da responsabilidade civil e nos demais âmbitos de proteção da pessoa.²⁴⁷

Segundo essa concepção, a boa-fé seria um critério para a identificação do abuso do direito. O âmbito daquela, portanto, mais restrito, já que podem surgir situações em que se deva falar em abuso, não mais apenas em violação da boa-fé. Os limites (fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes) constituem, assim, critérios para o exercício dos direitos subjetivos²⁴⁸.

Inegavelmente, entretanto, a boa-fé objetiva implica na limitação de direitos subjetivos. Seu campo funcional é amplo, podendo-se falar em uma verdadeira “inadmissibilidade da adoção de condutas contrárias à boa-fé”²⁴⁹. Esse papel dado à boa-fé não é reservado ao direito brasileiro. Como bem ressalta Vera Fradera, inclusive em países cuja tradição jurídica esteja relativamente desconhecida com a tradição romano-canônica, como o Japão, por exemplo, há influência da boa-fé como fator de controle do exercício abusivo dos direitos:

Relativamente à sanção ao exercício abusivo do Direito, com assimilação à violação ao princípio da boa-fé, percebe-se uma influência francesa muito grande no Direito japonês nesta matéria. Para outros autores, uma vez que a boa-fé delimita o exercício do direito, sendo este exercício contrário à boa-fé, será ele abusivo. (...) O fundamento para a sanção ao exercício abusivo seria a responsabilidade delitual, identificando-se o abuso de direito ao ato ilícito.²⁵⁰

Verifica-se, portanto, um papel típico da boa-fé como baliza de exercício de direitos, como parâmetro de conduta no tráfego jurídico²⁵¹.

²⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 129.

²⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 145.

²⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 454.

²⁵⁰ FRADERA, Vera. A boa-fé objetiva: uma noção comum no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. In: ÁVILA, Humberto (coord.). *Fundamentos do Estado de Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 373.

²⁵¹ “Não é possível, em termos abstractos, determinar áreas imunes à boa fé; ela é susceptível de colorir toda a zona de permissibilidade, actuando ou não consoante as circunstâncias. Impõe-se, assim, à reflexão, um nível instrumental da boa fé: ela reduz a margem de discricionariedade da actuação privada, em função de objectivos externos”. MENEZES CORDEIRO. António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 1984, p. 649.

Inicialmente, é importante destacar que o papel conferido à boa-fé foi, por muito tempo, o de coadjuvante. É o que ocorria nos ordenamentos jurídicos à época da “primeira codificação”²⁵². Nas palavras de Menezes Cordeiro:

Conclua-se pelo fracasso da boa fé no espaço juscultural francês. Prevista no Código Napoleão com a coloração jusracionalista que, na altura, se lhe impunha, ela foi incapaz de evoluir à medida que se lhe quebraram as amarras de origem. Imagem do bloqueio geral derivada de uma codificação fascinante e produto das limitações advenientes de um positivismo ingênuo e exegético, a boa fé napoleônica veio a limitar-se à sua tímida aplicação possessória e, para mais, em termos de não levantar ondas dogmáticas.²⁵³

Já na segunda codificação, cujo retrato principal é o do BGB alemão, a boa-fé recebe um tratamento menos atenuado. Emerge, assim, como produto das influências culturais dominantes na época de sua elaboração. A influência do jusracionalismo liberal (e a idéia de condução do contrato de acordo com a boa-fé) leva a uma separação entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. Assim demonstra Menezes Cordeiro:

O sentido inicial da boa fé no BGB orbita em torno destes dois centros: a boa fé subjectiva constitui um expediente técnico para exprimir, em situações complexas, elementos atinentes ao sujeito; a objectiva traduz o reforço material do contrato.²⁵⁴

A inserção da concepção objetiva da boa-fé no Código Alemão lhe confere uma positividade jurídica clara e útil, colocando-a em um patamar de autonomia. Uma vez alcançada sua positivação, permite-se que se inicie todo um “*desenvolvimento axiomático ou para-axiomático*” do instituto. Abrem-se as portas, portanto, “*à especulação justeorética, isto é, a um estudo, dito juscientífico*”, que se

²⁵² A expressão, consagrada na civilística, é utilizada, aqui, no sentido dado por MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 1984, p. 226-284.

²⁵³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 1984, p. 267.

²⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 1984, p. 330-331.

propõe, a partir da reflexão, a analisar criticamente a boa-fé, firmando campos de aplicação e proposições jurídicas para sua aplicabilidade²⁵⁵.

Mais adiante, já em meados do século XX, ocorre a recepção legislativa da boa-fé pelo direito português. O Código Civil Português de 1966, representativo da chamada terceira sistemática²⁵⁶, foi o grande propulsor do instituto, em solo brasileiro. É desse substrato histórico que derivam os estudos sobre a boa-fé objetiva e seu desenvolvimento, pela doutrina pátria. Ela estrutura-se como um “*modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico*” para o qual a conduta de cada um deve se ajustar, “*obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade*”²⁵⁷. A boa-fé qualifica-se, portanto, como uma “*norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso*”, uma “*norma proteifórmica, que convive com um sistema necessariamente aberto*”²⁵⁸.

A operatividade da boa-fé objetiva reside justamente na possibilidade de, a partir de uma cláusula geral, manifestarem-se diversas funções acometidas a essa verdadeira “subversão” ao direito obrigacional clássico²⁵⁹. Três são essas manifestações: boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo (como uma regra interpretativa, portanto), boa-fé como norma de criação de deveres “laterais” na obrigação (standard de conduta que serve funcionalmente como direcionador de condutas à lealdade e à correição) e boa-fé como crivo para afastar do tráfego jurídico as condutas disfuncionais²⁶⁰. Nesse último, a boa-fé tutela a legítima confiança no exercício das proteções jurídicas²⁶¹.

²⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 1984, p. 335.

²⁵⁶ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 57.

²⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 411.

²⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 412-413.

²⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 409.

²⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 428-472.

²⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 83.

No que tange à responsabilidade civil, afastar do tráfego jurídico condutas disfuncionais é papel usualmente dado ao abuso de direito²⁶². Sobre essa terceira função conferida à boa-fé objetiva é que repousa o interesse do presente estudo. Assim, opera como uma fonte de renovação do combalido instituto, o qual, independentemente de um juízo de reprovabilidade, permite ao juiz analisar a ilicitude, verificando se há ou não a frustração dos parâmetros ditados pela boa-fé.

A doutrina estrangeira pretendeu agregar uma tipologia ao exercício inadmissível de posições jurídicas. Em outras palavras, segue-se tendência no sentido de sistematizar os casos de aplicação da boa-fé objetiva, tornando-a princípio menos fluido, com claro domínio de aplicação²⁶³. A partir de lições de doutrina alemã, é de Menezes Cordeiro a grande contribuição para uma estruturação dos casos típicos de exercício disfuncional dos direitos²⁶⁴, limite ao exercício de direitos subjetivos. O autor trata de sete manifestações típicas, além do já tratado abuso de direito: a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, a inalegabilidade de nulidades formais, a *supressio*, a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício jurídico.

A *exceptio doli* é o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo²⁶⁵. O *venire contra factum proprium* é o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente, pressupondo dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo, o primeiro contrariado pelo segundo²⁶⁶. A inalegabilidade das nulidades formais “proíbe a alegação de vícios formais por quem a eles deu causa, intencionalmente ou não”²⁶⁷, impossibilitando que a parte

²⁶² Sobre as idas e vindas do abuso de direito ver: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 455, nota 174.

²⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 456.

²⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 719-860.

²⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 720.

²⁶⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 742-745.

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 115.

causadora do vício (ainda que sem culpa) aproveite-se indevidamente de sua conduta, pela desconstituição do ato.

A *supressio* é a “situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé”²⁶⁸. Já a *surrectio* é a constituição de um direito pela confiança depositada em razão da atuação de uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjetivo que vai surgir por longo período de tempo.

O *tu quoque*, por sua vez, é a regra “segundo a qual se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta”, cujo efeito primordial é impedir que a parte “valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal”²⁶⁹. Por fim, o desequilíbrio no exercício jurídico:

Revela, em seu conjunto, o despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados. Três são as manifestações do exercício desequilibrado do direito: o exercício inútil danoso, a idéia subjacente ao brocardo *dolo agit qui petit quod satim redditurus est* e a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem.²⁷⁰

A boa-fé, quando do tratamento da presença ou não de disfuncionalidade no exercício do direito, opera, como bem ressalta Menezes Cordeiro, mediante dois vetores: de um lado, determinadas posições jurídicas aparentemente lícitas não podem ser atuadas se atentarem contra a confiança que o Direito entende proteger, e, de outro, no exercício de determinadas posições, é necessário que se respeite a realidade material subjacente ao edifício jurídico em jogo²⁷¹.

²⁶⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 798.

²⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 460-461.

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 115.

²⁷¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 900.

Resta agora verificar se o papel protagonista que se confere à boa-fé objetiva no tráfego jurídico inclui efeitos próprios ao direito processual civil.

Inicialmente, é importante destacar que a perspectiva aqui utilizada não se confunde com aquela sobre a qual muito já se escreveu acerca da necessidade de respeito à boa-fé, em seu sentido subjetivo, no exercício do direito de ação (que, como direito compósito que é, envolve todo o plexo de posições jurídicas²⁷²). Como comportamento antinômico inadequado, pune-se a “litigância de má-fé”, o mau uso do processo, enfim, foca-se em um dever geral de probidade processual ligado à intencionalidade do sujeito processual (ou a presunções de má-fé)²⁷³.

Outros autores, utilizando-se do instituto do abuso de direito, destacam a existência de uma proibição genérica do abuso de direito no processo. Entretanto, assentados na premissa de que o instituto está atrelado ao elemento volitivo, também deixam de atentar para a possibilidade de existência de um princípio geral de boa-fé objetiva no processo civil²⁷⁴. Mais recentemente, mesmo que diferenciando a má-fé processual do abuso do direito, ainda atrelando-os ao elemento volitivo, defendeu-se que “a má-fé é a antítese da boa-fé ou da boa intenção”²⁷⁵. No âmbito do processo civil, é escassa a manifestação doutrinária no sentido de reconhecer a objetividade do abuso do direito (a prescindir de elementos volitivos)²⁷⁶.

A defesa da existência de uma cláusula geral de boa-fé objetiva no processo civil brasileiro é recente. Essa concepção parte de algumas premissas que precisam ser adequadamente tratadas. A primeira delas é a separação entre texto e norma²⁷⁷.

²⁷² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139-140.

²⁷³ Ainda que atentando para hipóteses de responsabilização objetiva no âmbito do processo, mas sem fazer menção a um dever de respeito à boa-fé objetiva: MILMAN, Fabio. *Improbidade Processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

²⁷⁴ AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1932; CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do Direito no Processo Civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960;

²⁷⁵ STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*. São Paulo: RT, 2002, p. 87.

²⁷⁶ Nesse sentido, ABDO, Helena Najjar. *O Abuso do Processo*. São Paulo: RT, 2007. Ressalte-se que a autora, entretanto, entende não haver ilicitude no abuso de direito, contrariando a posição aqui defendida de que há ilicitude objetiva.

²⁷⁷ Por todos, GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Além disso, parte-se da distinção entre técnica legislativa e tipo normativo, ou mais precisamente, entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados e regras, princípios e postulados²⁷⁸. Por fim, parte-se da constatação de que a boa-fé objetiva serve à proteção da confiança nas relações jurídicas como um todo, o que não exclui as posições jurídicas processuais.

Cláusula geral é o enunciado normativo que “*ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura*”²⁷⁹. É uma espécie de texto normativo “*cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado*”²⁸⁰. Assim sendo, tem a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, pois, em face da intencional imprecisão dos termos da *fattispecie*, suas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência, possibilitando a aplicação para uma ampla variedade de casos²⁸¹.

Não só no direito privado as cláusulas gerais, como técnica legislativa, são utilizadas pelo legislador. No âmbito do processo civil, já de há muito se conhece as previsões relativas ao poder geral de cautela²⁸² ou à garantia do “devido processo legal”²⁸³. São enunciados cuja indeterminação se encontra tanto no suporte quanto na conseqüência. Entretanto, a processualística contemporânea tem atentado à existência de um âmbito de aplicação maior a normas que até então eram interpretadas de forma mais restrita. É o caso do art. 14, II, CPC, que aparece como uma cláusula geral de boa-fé para o processo civil:

²⁷⁸ Sobre a definição de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, ver: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 324-327. Sobre a distinção entre regras, princípios e postulados, ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 286.

²⁸⁰ DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. In: *Revista de Processo*, v. 187, São Paulo: RT, 2010, p. 70.

²⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 299.

²⁸² CPC, 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.”

²⁸³ CRFB, art. 5º - LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Art. 14 - São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

II - proceder com lealdade e boa-fé;

A doutrina ressalta que a presença das cláusulas gerais no processo civil se dá de forma assistemática, sem a devida preocupação com a técnica. Rompe-se com o tradicional modelo de tipicidade estrita²⁸⁴, típico dos códigos influenciados pelo processualismo, e passa-se a um regime de maior flexibilidade. É nesse arcabouço, o qual mescla técnicas legislativas, que surge a cláusula geral de boa-fé objetiva no processo civil²⁸⁵, norma de conduta que colore e qualifica o contraditório²⁸⁶.

Da cláusula geral da boa-fé objetiva, disposta no art. 14, II, CPC, pode-se extrair o princípio da boa-fé objetiva no âmbito do processo²⁸⁷ ou um sobreprincípio, como prefere Darci Guimarães Ribeiro²⁸⁸. Isso significa que a boa-fé a ser observada no processo, durante todo o seu andamento, é a objetiva, que se ajunta à subjetiva para a realização de um processo leal²⁸⁹.

A utilização da técnica legislativa de cláusula geral para a normatização do princípio da boa-fé justifica-se pelo fato de que qualquer enumeração legal exaustiva de hipóteses de comportamento desleal seria pouco eficaz dada a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo²⁹⁰.

A idéia de que a conduta de todos aqueles que participam do processo deve ser leal advém do modelo de processo cooperativo, que pressupõe colaboração entre as partes e o juiz: “*em busca da justiça do caso concreto, tanto o órgão judicial*

²⁸⁴ DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. In: *Revista de Processo*, v. 187, São Paulo: RT, 2010, p. 81.

²⁸⁵ DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. In: *Revista de Processo*, v. 187, São Paulo: RT, 2010, p. 80.

²⁸⁶ DIDIER Jr., Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil. In: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, v. XII, 2008, p. 58.

²⁸⁷ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 12ª Ed. Salvador: JusPodium, 2010, p. 60-67.

²⁸⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. In: *Revista AJURIS*, nº 95. Porto Alegre: AJURIS, 2004, p. 71-87.

²⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 114.

²⁹⁰ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 12ª Ed. Salvador: JusPodium, 2010, p. 61.

*quanto as partes, assim como todos os demais participantes do processo, devem se conduzir de maneira cooperativa, com boa-fé e lealdade*²⁹¹.

No direito português, em que a idéia de colaboração recebeu tratamento legislativo, a aplicação da boa-fé objetiva no processo tem terreno bastante fecundo²⁹². Entretanto, no Brasil, são escassas as suas manifestações. É certo, ainda assim, que a preclusão lógica tem ligação umbilical com o *venire contra factum proprium*²⁹³, assim como parece relativamente tranqüila a possibilidade de utilização da teoria do adimplemento substancial para questões como a insuficiência de preparo do recurso ou o prosseguimento de execuções, por exemplo²⁹⁴. A doutrina ainda propõe a utilização da *supressio* para sustentar um dever do credor de mitigar o próprio prejuízo quando da imposição de multa coercitiva²⁹⁵.

A partir de uma ótica mais ampla, aparece como potencialmente fecundo o estudo da aplicação da boa-fé objetiva no processo pelo exercício disfuncional de posições processuais. Fredie Didier aponta o princípio da boa-fé como a própria fonte normativa da proibição de exercício inadmissível de posições jurídicas processuais²⁹⁶.

Não se trata simplesmente de coibir a litigância de má-fé, mas, ao contrário, de prezar pela conduta leal, proba e ética de todos os sujeitos que participam de alguma forma do processo. Funciona a boa-fé como verdadeiro *standard* de conduta processual. Como bem ressalta Humberto Theodoro Junior:

A delimitação dessas condutas ilícitas, em relação a todos os sujeitos vinculados ao processo (órgão judicial, auxiliares do juízo, partes e advogados, intervenientes eventuais, etc.), se encontra submetida ao

²⁹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

²⁹² Sobre isso: DIDIER Jr., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil português*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

²⁹³ DIDIER Jr., Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil. In: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, v. XII, 2008, p. 58.

²⁹⁴ DIDIER Jr., Fredie. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 176, São Paulo: RT, 2009, . 335-340.

²⁹⁵ DIDIER Jr., Fredie . Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. In: *Revista de Processo*, v. 171, São Paulo: RT, 2009, p. 35-48.

²⁹⁶ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 12ª Ed. Salvador: JusPodium, 2010, p. 65.

princípio sintetizador da boa-fé e lealdade, que pressupõe o respeito a um determinado *standard* de moralidade que se identifica com a dignidade da justiça.²⁹⁷

Ao encontro do que é defendido por Daniel Mitidiero²⁹⁸, Brunela de Vincenzi ressalta a importância do dever de colaboração no processo civil para a concretização da boa-fé:

Mais importante, todavia, para a análise dos deveres decorrentes da boa-fé e sua possível aplicação no processo civil, é a natureza dos deveres de lealdade, de cooperação e de colaboração que, no âmbito contratual, determinam uma diretiva para o comportamento das partes.²⁹⁹

O que se sustenta, aqui, é a necessidade de observância da boa-fé objetiva, assim como nos contratos, também no processo civil, ambiente propício para a colaboração, pois o processo caracteriza-se por ser um verdadeiro tráfego jurídico-processual. Assim sendo, não se trata de colocar o abuso do direito em um novo papel protagonista, mas ampliar a compreensão do escopo da boa-fé também para a conduta das partes (e do juiz) no processo judicial, ao exercitarem seu compósito direito de ação.

Se a teoria clássica do abuso do direito pressupunha a baliza de exercício de direitos subjetivos, a boa-fé funciona como critério de funcionalidade do exercício de todas as posições jurídicas, inclusive aquelas processuais. Assim é que se pode falar na boa-fé objetiva: “*não se poderia aceitar como justo um processo pautado em comportamentos desleais ou antiéticos*”³⁰⁰. Demonstra-se, assim, a possibilidade de aplicação efetiva do princípio da boa-fé (normatizado pela cláusula geral do art. 14, II, CPC) no âmbito do processo.

²⁹⁷ THEODORO Jr. Humberto. Boa-fé e Processo - Princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - Papel do Juiz. In: Revista Jurídica, nº 368. Porto Alegre: Nota Dez, 2008, p. 26.

²⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 105-106.

²⁹⁹ DE VINCENZI, Brunela Vieira. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003, p. 170.

³⁰⁰ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. V. I. 12ª Ed. Salvador: JusPodium, 2010, p. 67..

4.3 Pressupostos para Responsabilização Civil pela Fruição de Tutela Jurisdicional Antecipada. Condições de Aplicação.

Diante das premissas postas até então, podem ser delineadas algumas conclusões acerca das condições de aplicação da responsabilidade civil pela fruição de tutela jurisdicional do direito mediante técnica antecipatória posteriormente revogada. O nosso Código de Processo Civil condiciona, como antes referido, o regime de efetivação da tutela antecipatória à sistemática da execução provisória. A escolha legislativa insere-se no contexto cultural que tanto influiu no direito processual brasileiro, como bem ressalta Ovídio Baptista da Silva ao longo de sua obra.

Entretanto, uma série de fatores contribuiu para uma mudança de rumo: hoje já se fala em sumarização da cognição naturalmente. A técnica antecipatória é um recurso a mais do Estado-Juiz na consecução da isonomia no processo civil. Nisso surge uma ampliação de seu âmbito de incidência e, portanto, de sua aplicação. Por isso, uma série de disposições aplicadas para o regime das cautelares pode vir a ser repensada; em outras palavras, a transposição de institutos pode não ser adequada face ao novo escopo conferido aos provimentos satisfativos antecipados.

A responsabilização objetiva do requerente da medida antecipatória atende à necessidade de se tutelar o risco inerente à efetivação do direito de forma provisória. Essa é a justificativa do regime. Entretanto, como bem demonstrado, a conduta do autor é a de um tomador de risco quando requer a antecipação da tutela, assim como o é a do réu que obsta à realização do direito defendendo-se durante o *iter* do processo, mesmo que “ciente” da falta de justificação na sua defesa. Ora, se há risco em ambas as posições, é necessária a equalização dos regimes de responsabilidade. Em outras palavras, é necessário tratar de forma isonômica réu e autor que agem “por conta e risco”.

Ambas as atitudes são lícitas: requerer uma medida antecipatória e defender-se no processo. Aqui está outra premissa importante; tem-se uma conduta lícita, que envolve risco. É o próprio Ovídio Baptista quem ressalta:

É indispensável destacar que a responsabilidade objetiva, decorrente da mera sucumbência, tal como ela se acha inscrita nos arts. 588 e 811, CPC, de duvidosa constitucionalidade, aliás, onera com o dever de indenizar a quem tenha se valido de uma faculdade perfeitamente legítima, quando, no entanto, como disse Eduardo Grasso, ninguém deveria ser responsabilizado por uma 'inexistente obrigação de não propor a demanda ou, mais exatamente, de não perder a causa'.

Ora, havendo licitude, *a priori*, na atitude do autor, será mesmo o caso de responsabilizá-lo pelo simples fato da ocorrência do dano? Ou seja, será que basta dano para a responsabilização, independentemente de (a) culpa e (b) ato ilícito? Parte da doutrina pretende resolver o problema apontando para a necessidade de responsabilização subjetiva (propugnando a necessidade de perquirição de culpa)³⁰¹.

Porém, como já destacado, a dogmática da responsabilidade civil tem sofrido grandes evoluções, principalmente na compreensão da ilicitude em seu aspecto objetivo. Assim, com o advento do art. 187, CC, houve uma mudança no que tange ao regime de responsabilização objetiva. De um lado, mantêm-se incólume as hipóteses de responsabilização pela atividade perigosa (risco), assim como as demais impositões clássicas de responsabilidade pelo fato de outrem, do produto e da coisa e responsabilidade do Estado (além do já não tão novel diploma consumerista). Entretanto, de outro lado, surge um novo modo de responsabilização objetiva: o exercício disfuncional dos direitos.

Assim, desligando-se o ato ilícito da culpa, pela identificação de um elemento meramente objetivo para caracterização da ilicitude (ou antijuridicidade, como preferem alguns), surge um novo campo de análise para a responsabilidade do requerente da medida antecipatória posteriormente revogada. Nesse sentido é que aparece a boa-fé objetiva.

³⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC – Crítica e Propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 111.

Como já foi exposto, há uma verdadeira cláusula geral de boa-fé objetiva no processo civil, que consubstancia o princípio da boa-fé processual. Propõe-se, assim, independentemente da possibilidade de responsabilização subjetiva quando presente o elemento volitivo, uma interpretação isonômica dos dispositivos que prevêm responsabilização objetiva para aquele que frui da tutela jurisdicional do direito concedida mediante técnica antecipatória: além do dano, deve-se perquirir a presença de um ilícito (independentemente de culpa), que vai aparecer sob a forma de um exercício disfuncional de posições jurídicas processuais.

Essa posição parece estar de acordo com o que propugnou Luiz Guilherme Marinoni. Ele dá conta de uma possibilidade interessante, qual seja, aquela prevista no art. 450 do Código de Processo Civil português, na qual o encargo pelas custas recairá sobre ambas as partes, cada qual no período em que exerceu uma atividade injustificada. No caso de responsabilidade pela efetivação de medida urgente, poderia se cogitar de o requerente apenas responder pelas perdas e danos a partir do momento em que a medida perdeu a sua justificativa (deixou de ser provável o direito, mas mesmo assim esse continuou a fruir do bem da vida)³⁰².

Equiparam-se, com isso, as posições de autor e réu, já que há previsões expressas no sentido de coibir o abuso do direito de defesa, que deve ser entendido como o exercício disfuncional das posições jurídicas defensivas pelo réu. Nesse caso, tanto o autor quanto o réu responderiam pela disfuncionalidade no exercício de suas posições, tratando-se, assim, de forma isonômica, os dois pólos da relação processual.

Ovídio Baptista da Silva, ainda que partindo de uma concepção diferente acerca do abuso de direito, amparado por Manlio La Rocca, referenda essa posição:

Uma atividade lícita não pode dar lugar à responsabilidade pelos danos, segundo o conhecido princípio '*qui suo jure utitur naeminem laedit*'. Apenas

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. Medida Cautelar, Dano e Responsabilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Liminares*. São Paulo: RT, 1995, p. 70.

o abuso do direito (e, portanto, um comportamento diverso do exercício do direito) pode dar lugar à responsabilidade³⁰³.

Mostra-se condizente com a preocupação de respeito à paridade de armas a responsabilização daquele que exercita suas posições jurídicas de forma disfuncional, já que a opção é repetida quando do tratamento da posição antagônica do réu que “abusa” do seu direito de defesa. Com isso, propugna-se por uma responsabilidade objetiva dependente de comprovação do dano e do ilícito, afastando-se a concepção de que o simples dano, aliado ao risco, é suficiente para caracterizar a hipótese de responsabilização. Quer-se, pois, afastar do tráfego jurídico-processual condutas disfuncionais, mantendo incólume, entretanto, a posição daquele que age de forma lícita.

Se o processo é instrumento “perigoso” na mão de ambas as partes não pode haver responsabilidade pelo ato lícito, de um lado, e irresponsabilidade na presença dos mesmos pressupostos, de outro.

Diante das premissas postas essa é a solução que mais adequadamente responde, ao mesmo tempo, ao anseio de tratamento isonômico e à necessidade de minimizar a existência de danos não-indenizados, a qual aparece de forma mais acentuada em um eventual regime de responsabilidade subjetiva, com necessidade de verificação da culpa do requerente.

5 CONCLUSÕES

Diante do exposto, com base no desenvolvimento das premissas tratadas em cada um dos itens e capítulos da presente monografia, podem ser tecidas conclusões, de forma sintetizada, acerca da temática da responsabilidade civil pela

³⁰³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Processo e Ideologia. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 209.

fruição de tutela jurisdicional do direito mediante técnica antecipatória posteriormente revogada.

A técnica antecipatória recebe maior autonomia quando a ela se confere o papel de distribuir de forma isonômica o ônus do tempo do processo. Assim, o instituto destaca-se da tutela cautelar, aparecendo não apenas como um meio de tutela da urgência, mas como um efetivo critério de promoção da isonomia no processo civil.

O acentuado papel que é conferido à antecipação da tutela no processo civil acarreta maior incidência na sua utilização, com o rompimento dos dogmas ínsitos ao paradigma moderno, possibilitando, assim, a releitura de certos institutos assentados em contexto jurídico e cultural diverso.

Constatado que o risco, como fator legitimante do sistema de responsabilização objetiva, também aparece na atividade do réu que se defende, demonstra-se a existência de tratamento não-isonômico das antagônicas posições jurídicas processuais no âmbito da responsabilidade.

Na temática da responsabilização pela fruição de medida antecipatória revogada, as modificações operam também no âmbito do direito das obrigações e da responsabilidade civil. A reconstrução dos pressupostos da responsabilidade civil, com a separação do dano, da culpa e do ato ilícito, e o papel conferido à chamada ilicitude objetiva ou exercício disfuncional do direito fornecem importantes desenvolvimentos de forma a possibilitar uma releitura do tema.

As relações entre direito material e processo recebem, portanto, uma atenção especial, eis que na questão da responsabilização, normas de conteúdo processual e material estão presentes no seu trato.

Se os estudos da civilística confluem para conferir um ampliado papel à boa-fé objetiva no tráfego jurídico, questiona-se a aplicação do instituto aos problemas típicos do direito processual civil. Aparece, assim, a cláusula geral de boa-fé

processual do art. 14, II, CPC, como solução adequada para incentivar condutas éticas, probas e leais, em atenção ao modelo de processo civil cooperativo.

Especificamente no tema da responsabilização, busca-se na boa-fé objetiva e no seu desdobramento para a conformação dos elementos da responsabilidade civil uma resposta para o problema do tratamento não-isonômico das posições jurídicas de autor e réu. Propõe-se, pois, um regime de responsabilização objetiva que pressuponha a ocorrência de dano, mas não só: requer-se, ainda, a existência de exercício disfuncional das posições jurídicas processuais. Essa impositação permite a adequação da sistemática de responsabilidade do requerente de medidas antecipatórias posteriormente revogadas ao sistema de responsabilidade conferido ao demandado, tratando-os de forma isonômica.

Sem a pretensão de esgotar o tratamento do tema, a presente monografia espera ter contribuído para o debate e estruturação de um importante instituto do direito processual civil brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena Najjar. O (equivocadamente) denominado “ônus da sucumbência” no processo civil. In: *Revista de Processo*, n. 140, outubro 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37-53.

ABDO, Helena Najjar. *O Abuso do Processo*. São Paulo: RT, 2007.

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. V. I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. V. II. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Perfil Dogmático das Tutelas de Urgência. In: *Revista AJURIS*, n. 70, julho de 1997.

_____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010.

AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1932.

ARENHARDT, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Execução*. 2ª Ed. V. III. São Paulo: RT, 2008.

ARMELIN, Donaldo. Responsabilidade Objetiva no Código de Processo Civil. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77-123.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV: arts. 566 a 645. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AVILA, Humberto Bergmann. O que é "devido processo legal"?. In: *Revista de Processo*, v. 163. São Paulo: RT, 2008, p. 50-59.

_____. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Antecipação da tutela e responsabilidade objetiva. In: *Revista AJURIS*, nº 72, março de 1998, Porto Alegre: AJURIS, 1998, p. 58-78.

_____. *Do Processo Cautelar*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

_____. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. 2ª Ed. V. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921.

_____. *Theoria Geral do Direito Civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Versiani. Barueri: Manole, 2007

BÜLOW, Oskar. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosa Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

CALAMANDREI, Piero. *Introduziune allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* (1ª reimpressão). Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: safE, 2002

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. V. II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944.

CARPENA, Marcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Parte Geral. V. III. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do Direito no Processo Civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. I

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. II

_____. *La Condena en Costas*. Trad. Juan de La Puente y Quijano. Madrid: Grafica Universal, 1928.

CHIOVITTI, Alexandre Paulichi; GIANNICO, Maurício. Tutelas de Urgência e o regime de responsabilização objetiva do requerente. In: ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de Urgência e Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35-47.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. "Garanzie Costituzionali" e "giusto processo" (modelli a confronto) in: *Revista de Processo*, abril/junho 1998, nº 90, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998: 91-150

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5ª Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010

COUTO e SILVA, Clóvis do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*. São Paulo: RT, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997

DE VINCENZI, Brunela Vieira. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

DIDIER Jr., Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil. In: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, v. XII, 2008, p. 57-68.

_____. Cláusulas gerais processuais. In: *Revista de Processo*, v. 187, São Paulo: RT, 2010, p. 69-83.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 12ª Ed. Salvador: JusPodium, 2010, p. 61.

_____. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil português*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. In: *Revista de Processo*, v. 171, São Paulo: RT, 2009, p. 35-48.

_____. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, v. 176, São Paulo: RT, 2009, . 335-340.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II. 6 Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O regime jurídico das medidas urgentes. In: DINARMACO, Candido Rangel. *A Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça* (1ª reimpressão). Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: safe, 2002

GOMES, Fábio Luiz. *Responsabilidade Objetiva e Antecipação da Tutela: a superação do paradigma da modernidade*. São Paulo: RT, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Boeira e Nelson Boeira. 6ª Ed. São Paulo: Perspectiva. 2001.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VII, Tomo I. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962

_____. *Processo de Execução*, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1963

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, 2ª Ed. atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998.

LUISO, Francesco Paolo. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. 2ª Ed. Torino: Giappichelli, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. Medida Cautelar, Dano e Responsabilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Liminares*. São Paulo: RT, 1995, p. 68-80.

_____. *Novas linhas do Processo Civil*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000

_____. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2008

_____. *Teoria Geral do Processo*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Tutela cautelar, Tutela antecipatória e tutela de urgência. In: *Ajuris* Porto Alegre: Ajuris, v. 61, p. 63-74, 1994.

_____; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Execução*. 2ª Ed. V. III. São Paulo: RT, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC – Crítica e Propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95.

_____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

_____; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. In: *Revista CEJ*, nº 28, jan./mar. 2005, Brasília: CEJ, 2005, p. 15-32.

_____. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 15, vol. 93. São Paulo: Vellenich, 1991, p. 29-52.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984.

MITIDIERO, Daniel. “O processualismo e a formação do Código Buzaid”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n. 183

_____. “Tendências em Tema de Tutela Sumária: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197.

_____. “Tutela Antecipatória e Defesa Inconsistente”. In: ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de Urgência e Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.333-341.

_____. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011

_____; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *O Projeto do CPC – Crítica e Propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 2ª Parte. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2000

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. V. II. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAJARDI, Piero. *La responsabilità per le spese e i danni del processo*. Milano: Giuffrè, 1959

PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII (arts. 600-706). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983, Tomo II, § 164.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1983

RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 3ª Ed. Torino: Giappichelli, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004

THEODORO Jr. Humberto. Boa-fé e Processo - Princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - Papel do Juiz. In: *Revista Jurídica*, nº 368. Porto Alegre: Nota Dez, 2008, p. 11-28.

_____. "Processo Justo e Contraditório Dinâmico". In: ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto (coord.), *Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 261-271

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, V. I. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito e Economia*. 5ª Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010

USTÁRROZ, Daniel. *Temas atuais de direito contratual*. Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2010.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável. In: *Revista Direito GV*. nº 1. Maio de 2005. São Paulo: FGV, 2005, p. 135-148.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: CEBEPEJ, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Liminares*. São Paulo: RT, 1995, p. 81-104

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. VIII. São Paulo: RT, 2000