

TUTELA CAUTELAR E RESPONSABILIDADE

SILVIO PEREIRA DA SILVA

Mestre em Direito pela FADISP (SP).

Pós-graduado em Direito do Consumidor pela FMU (SP).

Pós-graduado em Direito Processual Civil pela FMU (SP).

Professor de Processo Civil na graduação em Direito da Unilago.

Membro do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo).

Advogado.

Resumo

O novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, teve a tramitação iniciada com o projeto de Lei 166/10 do Senado Federal, que resultou no projeto de lei 8.046/10 da Câmara dos Deputados. Foi sancionado em 16/03/2015, publicado em 17/03/2015 e ainda no período de um ano de *vacatio legis* foi alterado Lei 13.256/16, e, finalmente, entrou em vigor na data de 18/03/2015. Nesse cenário, de mudanças, de novidades e dúvidas, este artigo abordará a responsabilidade civil decorrente da revogação da tutela de urgência cautelar que fora efetivada.

Palavras-Chave: Processo civil. Tutela cautelar. Responsabilidade.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo o estudo da responsabilidade processual, à luz da doutrina, da jurisprudência e, em especial, de um novo Código de Processo Civil em vigor, lei 13.105/15, é possível estabelecer algumas diretrizes sobre a responsabilidade processual relacionada à tutela provisória, com enfoque na tutela de urgência cautelar, tratada pelo novo Código de Processo Civil, nos artigos 300 e seguintes.

Não obstante a opção do CPC/15 em extinguir a tutela cautelar enquanto uma relação jurídica processual autônoma, como subsistia no CPC/73, o fato é que o novel diploma processual admite a utilização da tutela cautelar, todavia dentro do bojo do processo em que se discute o bem da vida: processo de conhecimento ou de execução.

O critério para distinguir a tutela cautelar da tutela antecipada recai no mesmo critério adotado pela doutrina majoritária que comentou o CPC/73: considerando a aptidão da tutela de urgência poder satisfazer ou assegurar o direito material do requerente, ou seja, se for satisfativa, é antecipada; assecuratória é cautelar (SCARPINELLA BUENO, 2015, p. 219).

Conforme preleciona Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 307), nas tutelas de urgência a atividade jurisdicional se desenvolve num cenário de cognição sumária, em que se vislumbra a seguinte dicotomia: “fazer logo porém mal e fazer bem mas tardiamente”.

A tutela cautelar visa assegurar o futuro resultado útil do processo (de conhecimento ou de execução), nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade (CÂMARA, 2016, p. 156), não se concedendo o bem da vida, mas apenas assegurando o resultado prático a ser obtido no processo.

Para resolver tais situações, as técnicas de aceleração da entrega da prestação jurisdicional servem para coibir a tardia entrega do bem da vida, a permitir que a efetivação dos direitos.

Mas isso não significa a desconsideração ao contraditório, ao *due process of law*, devendo as tutelas de urgências configurar responsabilidade às partes, na exata medida em que afetam a esfera jurídica da parte contrária.

Em alguns casos, os riscos de danos justificam medidas provisórias que também tem potencialidade lesiva, e isto com o intuito de resolver a crise do tempo e da urgência, e assim evitar que o mal seja menor com a adoção de técnicas de aceleração da tutela.

Assim há que ressaltar que quem tem interesse, para sua conveniência (cômodo), em executar a cautela, deve suportar a inconveniência (incômodo) de indenizar o prejuízo causado, se decair da medida ou for vencido na ação (LACERDA, 2007, p. 312).

Responsabilidade processual na tutela cautelar.

Em regra as medidas cautelares que não invadem a esfera jurídica da parte contrária, e em regra, não produzem prejuízos, porque não impedem o uso e gozo de coisas e direitos.

A responsabilidade pela efetivação da medida cautelar, verificada uma das hipóteses contidas no artigo 302 do Código de Processo Civil, se mostra de natureza objetiva, sujeitando o beneficiário dessa medida a ressarcir, independentemente de culpa, as perdas e danos daquele contra quem a ordem foi requerida, expedida e, em regra, efetivada, conforme se pode verificar na transcrição do artigo:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Importante registrar que o referido artigo 302 se amolda aos dias atuais como espécie de responsabilidade derivada de técnica de aceleração da prestação jurisdicional.

É bem verdade que o citado artigo não dispõe, expressamente, que a responsabilidade se mostra objetiva, e considerando que os casos de responsabilidade objetiva, em nosso ordenamento jurídico se mostram expressos, no texto da lei, seria possível apontar o entendimento de que tal responsabilidade seria subjetiva, pois dependeria da prova da culpa do requerente.

Para Galeno Lacerda a culpa não serve para solucionar o problema do dano produzido pelo processo, quando movido dentro do lícito jurídico, não existindo assim nexos de causalidade culposa, mas sim nexos de causalidade objetiva (LACERDA, 2007, p. 315).

O parágrafo único do artigo 302 do Código de Processo Civil dispõe que a indenização dos danos será liquidada nos autos do procedimento cautelar, sempre que possível, demonstrando assim, numa primeira leitura, de que configurada uma das hipóteses do artigo 302, o dano já estaria presente, advindo do risco do requerimento da medida (responsabilidade objetiva), restando apenas a demonstração da existência dos danos materiais e/ou morais e o nexo de causalidade de que tais danos decorreram da efetivação da medida jurisdicional efetivada.

Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 199) assevera que a doutrina é uniforme no entendimento de que a responsabilidade decorrente do artigo 811 do CPC/73, prevista no artigo 302 do CPC/15 é objetiva e não subjetiva, motivo pelo qual o dever de o beneficiário da medida cautelar responsabilizar-se pelos danos causados pela efetivação da medida independe de culpa.

Antonio Cláudio da Costa Machado (2006, p. 1379) entende que responsabilidade instituída pelo art. 811, do CPC/73, regra esta aperfeiçoada no art. 302 do CPC/15, é de natureza objetiva, vale dizer, prescinde de qualquer elemento subjetivo.

Para Nelson Neri Junior (2007, p. 1130) a responsabilidade pela execução da medida cautelar é objetiva, sujeitando o beneficiário da ordem liminar a ressarcir, independentemente de culpa, as perdas e danos daqueles contra quem a ordem foi pedida e expedida. Relata que se trata de um título executivo que não se insere no rol do art. 475-N, do CPC/73. Vale ressaltar que citado título executivo também não consta inserido no rol do art. 515 do CPC/15.

Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 673) preleciona que a responsabilidade civil do requerente da medida cautelar efetivada, nas hipóteses previstas no art. 302, do CPC, é objetiva e não subjetiva, ressalta ainda que, tal obrigação de indenizar sequer depende de condenação judicial, pois decorre, *ipso jure*, da extinção da medida cautelar, bastando à parte promover a liquidação dos danos, nos próprios autos do procedimento cautelar.

Para o citado autor, o dispositivo legal que impõe a responsabilidade civil prescinde de uma condenação, vez que se está diante de uma obrigação de reparar que se funda diretamente na lei, bastando assim a configuração de uma das hipóteses arroladas no art. 811 do CPC/73, para que a parte lesada promova, nos próprios autos do procedimento cautelar, a liquidação do dano

(THEODORO JÚNIOR, 2002). Tal situação é perfeitamente possível à luz do CPC/15, na medida em que o instituto da responsabilidade e as respectivas hipóteses foram mantidos, com alguns ajustes na redação do texto.

Para Ovídio Baptista da Silva (2009, P. 231) a regra da absoluta responsabilidade sem culpa para quem executa a medida cautelar se mostra excessiva. Para ilustrar o pensamento, apresentou o exemplo de alguém que executa a medida cautelar, legitimamente obtida em sentença final na demanda preventiva, e depois veja declarada prescrita sua pretensão na ação principal. A questão faria ressurgir o problema (já superado) de que o que prescreve é a pretensão e não o direito.

Para o saudoso doutrinador gaúcho (SILVA, 2009, p. 232) não se justifica o tratamento excepcionalmente severo dispensado ao requerente da medida cautelar, não sendo assim, possível explicar porque o exeqüente, especialmente, aquele que promove a execução forçada com lastro em título extrajudicial, não deva igualmente ser responsabilizado por perdas e danos quando os embargos do executado sejam procedentes, declarando-se inexistente o direito ao crédito.

Outra indagação, suscitada por Ovídio Baptista (2009, p. 236), de difícil resposta, se o réu que se defende, valendo dos mais variados expedientes e recursos, consegue revogar a medida cautelar deferida e posteriormente se verifica, na ação principal, que o autor tinha razão, não deveria este também ser responsabilizado?

Para resolver a questão, Ovídio assevera que a estrutura da demanda de liquidação do art. 811, parágrafo único do CPC, assemelha-se à ação de liquidação de uma obrigação ilíquida cuja própria existência ainda se possa controverter, de tal modo que, no juízo da própria ação de liquidação, deve-se inserir a preliminar de declaração da obrigação, não se tratando de questão prejudicial, a exigir das partes a propositura de demanda autônoma, mas o componente declaratório integraria o pedido de liquidação (SILVA, 2009, p. 240).

Embora a citada posição de Ovídio Baptista se contraponha à maioria da doutrina, a nosso ver, enfrenta a questão sob a ótica de que a regra contida no artigo 811, do CPC/73, atual 302 do CPC/15, tal qual se apresenta, se mostra excessiva, e desprovida de justificativa jurídica razoável.

Ademais, no contexto atual, que se aborda o acesso à justiça, amplo e irrestrito, não há como admitir a mera possibilidade de que deferida a medida cautelar, e posteriormente ocorrendo uma das hipóteses de extinção da medida (art. 302) bastará a parte, ainda que não haja pronunciamento judicial a esse respeito, requerer a liquidação dos danos nos próprios autos do procedimento cautelar.

Acertada nos parece a posição de Ovídio no sentido de que haja uma preliminar a ser apreciada, relacionada a declaração da obrigação de reparar, pois somente assim, será instaurado o contraditório, o debate, e haverá pronunciamento judicial explícito.

A doutrina é unânime ao afirmar que somente será cabível a responsabilização pelos danos decorrentes na efetivação da medida, desde que requerida pela parte, não incidindo sobre as cautelares concedidas pelo magistrado, de ofício, em razão do poder geral de cautela, na medida em que a parte que se beneficiou com a medida deverá suportar eventual responsabilização.

Procedimento para pleitear a indenização e a liquidação do dano

O procedimento para pleitear a indenização será mediante liquidação, de acordo com os artigos 509 a 512 do CPC/15 nos próprios autos em que concedida a medida, sempre que possível, observando-se, no que couber a liquidação por artigos ou por arbitramento, conforme se pode verificar na transcrição dos dispositivos:

Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor:

I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação;

II - pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.

§ 1o Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

§ 2o Quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, o credor poderá promover, desde logo, o cumprimento da sentença.

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça desenvolverá e colocará à disposição dos interessados programa de atualização financeira.

§ 4º Na liquidação é vedado discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.

Art. 510. Na liquidação por arbitramento, o juiz intimará as partes para a apresentação de pareceres ou documentos elucidativos, no prazo que fixar, e, caso não possa decidir de plano, nomeará perito, observando-se, no que couber, o procedimento da prova pericial.

Art. 511. Na liquidação pelo procedimento comum, o juiz determinará a intimação do requerido, na pessoa de seu advogado ou da sociedade de advogados a que estiver vinculado, para, querendo, apresentar contestação no prazo de 15 (quinze) dias, observando-se, a seguir, no que couber, o disposto no Livro I da Parte Especial deste Código.

Art. 512. A liquidação poderá ser realizada na pendência de recurso, processando-se em autos apartados no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes.

Por uma questão de instrumentalidade alguns autores admitiam o manejo de ação própria para reparação de danos, na qual se pretenderia a liquidação de tais danos, não configurando assim impedimento à prestação jurisdicional (NEGRÃO, 2007, p. 943), mas com o CPC/15, que aperfeiçoou o parágrafo único do art. 811, sendo o atual parágrafo único do artigo 302, a questão ficou superada, podem ser em outros autos, mas não necessariamente um novo processo (SCARPINELLA BUENO, 2015, p. 222).

Importante ressaltar que no caso de aplicação da responsabilidade processual pela efetivação da medida cautelar

revogada, que haja pronunciamento judicial a respeito, para que seja instaurado o contraditório, aplicando-se a solução informada por Ovídio Baptista, havendo pronunciamento jurisdicional, preliminar, em de liquidação de danos, em perfeita consonância com a regra disposta nos artigos 9º e 10 do CPC/15, sem correspondência no CPC/73, conforme a seguir transcritos:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Conclusões

A visão moderna que se concebe do processo civil exige uma atuação responsável das partes, e no caso de extinção da medida de urgência (cautelar), por uma das hipóteses do artigo 302 do CPC, ao lesado restará resguardo, nos próprios autos, sempre que possível, pleitear a liquidação dos danos sofridos, sem a propositura de uma nova ação, oportunidade na qual, antes de decidir a liquidação propriamente dita, o julgador deverá se

pronunciar sobre a existência ou não da responsabilidade do requerente da medida cassada, analisando, inclusive, as excludentes da responsabilidade civil.

Sendo assim perfeitamente possível, em sede de preliminar à liquidação do dano, que seja instaurado o debate, havendo pronunciamento jurisdicional à responsabilidade do requerente da medida cassada, e principalmente, para que seja garantido o contraditório, no qual excludentes podem ser alegadas. Não há como tolher o contraditório a respeito dos motivos que levaram a parte a requerer determinada tutela de urgência, ato este lícito, previsto em lei processual, para que assim, instaurado o debate, haja decisão judicial a respeito, a se evitar injustiças, incertezas, permitindo o amplo acesso à justiça, com a entrega da prestação jurisdicional qualificada, hábil à pacificação do conflito, e não para potencializá-lo.

Referências bibliográficas

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Gen Atlas, 2016.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil Interpretado – artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 8ª ed. São Paulo: Manole, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume VIII tomo I – artigos 796 a 812*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil – Volume Único*. São Paulo, Saraiva, 2015.

_____. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – volume 4 – tutela antecipada. tutela cautelar. Procedimentos cautelares específicos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – volume I*. 56ª ed. São Paulo: GEN – Forense, 2015.

_____. Responsabilidade Civil Objetiva Derivada de Execução de Medida Cautelar ou Medida de Antecipação de Tutela. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2905>>. Acesso em: 21 maio 2011.