

DIREITO CIVIL - DIREITO PROCESSUAL CIVIL

NOTAS SOBRE TUTELA ANTECIPATÓRIA: INCOMPATIBILIDADE COM A CAUÇÃO E COM A RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

Alceu Schoeller de Moraes

Volvendo à figura da tutela antecipatória, de pronto desperta-se a visão de instituto jusprocessual festejado como inovador eis quando trazido a lume através da Lei nº 8.952/94, que redesenhou por completo o artigo 273 do Código de Processo Civil. Sem dúvida tratou-se de um passo adiante na aproximação do processo civil da realidade, todavia, os festejos não correspondem ao natalício da solução devida. Não veio novidade, mas uma “velha novidade” - reconheça-se -, porque “liminares” sempre grassaram no processo civil: a ação possessória tem-na como ingrediente peculiar das ações de posse nova; o mandado de segurança, desde 1951, dá azo a que o julgador suspenda liminarmente o ato da autoridade coatora; a própria ação cautelar pode conter pedido **in limine litis**.

Sucedem que as hipóteses de “liminares” previstas na legislação processual civil vieram a ser focalizadas como fenômeno específico, dotado de características e de efeitos próprios, no momento histórico em que experimentaram inescapável expansão, iniciada através da válvula de praxe das cautelares inominadas, e que passa, hoje, por estar no ordinário do processo de conhecimento.

No foco do contexto histórico, a mudança experimentada pelo artigo 273 não se pode dizer, convictamente, vinda para

abrir o sistema e aproximar o processo da potência transformadora, senão atitude reativa a um estado quase anárquico, que se vivenciava no profusivo e rico contexto das cautelares inominadas. Aqui, pois, detectável um ranço hereditário merecedor de maiores reflexões: os fragmentos de cautelaridade que insistem em tisanar, como sempre o fizeram com as “liminares” em geral, a tutela antecipatória.

Se há um nítido sentido evolutivo a seguir, haveria de estar voltado a desamarrar o instituto da tutela antecipatória dos ancoradouros inadequados, mesmo de seu porto originário (o da cautelaridade), a fim de que pudesse alcançar a mais plena utilidade sócio-jurídica.

Para alguns desses desates propor, os argumentos que se seguem.

A primeira consideração diz sobre ser possível exigir caução para o deferimento da antecipação de tutela, à luz da forma como o § 3º do artigo 273 do CPC está redigido:

“A **execução** da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do artigo 588.”

Volvendo aos incisos do artigo a que se remete vai-se encontrar a seguinte regulamentação:

Caput: “A *execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios: I- (excluído da remissão); II- não abrange 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 ao estado anterior.*”

Antes de mais nada, impende verificar que a correlação entre tutela antecipada e o instituto da execução provisória, mormente no que concerne à determinação de assimilar **princípios**, produz resultados amplamente nocivos.

Veja-se o empírico. Raro, raríssimo, o utilizar a execução provisória, porque se trata de instituto com parca efetividade e que, precipuamente, expõe o exequente a riscos no tocante à responsabilidade pessoal-processual. Somada a quase inutilidade prática ao conseqüente de colocar-se em assunção de responsabilidade objetiva, o resultado não é outro senão algo insofrito e arriscado.

Sem dúvida, acima das judiciosas considerações que possam pesar num embate dialético-doutrinário, a realidade informa que o aproximar da tutela antecipada à execução provisória significa regressão, amordaçamento, amortecimento, perda de eficácia, retrocesso. A opção do exegeta não se pode dar enclausurada no mundo jurídico, sob pena de construir o ideal - aqui como produto exegético - estéril.

Ao atrelar, mesmo cometendo grave ancoramento em porto alienígena, a antecipação de tutela aos “princípios” dos incisos II e III do artigo 588, antepuseram-se mais barreiras exegéticas à efetivação das medidas antecipatórias. Ergueram-se nada além do que bloqueios símiles em eficácia às outras cláusulas limitativas que o próprio artigo 273 contém: a desconfortável **prova inequívoca do caput** e o **perigo de irreversibilidade** do § 2º são exemplos.

A rigor, na pureza do instituto, mereceria contentar-se a tutela antecipatória com apenas dois elementos conformativos, a saber, a **verossimilitude** e a situação de perigo. A rigor dos rigores, dir-se-ia que o elemento **perigo** é resultante da herança de cautelarização das “liminares”. Aprofundando esta linha de óptica, emergirá visível algo que se põe lado a lado com as barreiras exegéticas antes indicadas. A incrustação do perigo mostra-se algo desconforme com a tutela do melhor e mais aparente direito.

Seja como for, o momento da lei e da doutrina não está para acatar - imagina-se - o desligamento da tutela antecipatória de suas barreiras, quanto mais de barreira que é reputada elementar

ou requisito do próprio instituto. Timidamente, o inciso II do artigo 273 adiantou passos rumo ao núcleo do problema, consistente na exclusiva tutela do melhor direito ou do direito mais aparente, eis contemplar algo como que uma situação de periclitção presumida (à luz do comportamento adversário).

Pois para a tutela antecipatória importa – ou deveria importar – precipualemente o elemento **verossimilitude**, a significar que tal tutela foi construída voltada a responder, pelo processo, adequadamente, aos reclamos de efetivação do melhor direito. Aqui está a real revolução processual, por permitir ao julgador atribuir eficácia instantânea ao direito que se destaca mais visível.

Não obstante a contenção das barreiras, uma revolução tamanha vem acontecendo insidiosa, tanto que o instituto da tutela antecipatória seguramente superou em importância – no pragmático da vida – até mesmo ao instituto cimo do processo, a sentença. Seguramente mais vale uma medida liminar viva, presente, efetiva, do que uma sentença irresoluta, suspensa, intransitada, provisoriamente executável. Imagine-se a sentença que, após flagrar o direito e dizê-lo, propõe-se a antecipar a tutela que, para o julgador, já não se faz mais à base da “aparência”, mas da certeza processual. O drama toma palco: o processo civil contorce-se em seu engessamento, expondo à frente um caos recursal e a inaptidão para o ser transformador instantâneo. Alguns estudiosos do processo até indagariam, como quem é fiel à estrutura construída pelo Código de 1973, o que seria do processo de execução? O que se faria dessa maravilhosa construção jurídico-processual, nascida para ser mui próxima da atividade administrativa, limpa de contradição e linearmente perfeita¹?

¹ Calharia oportuno outro indagar em resposta: porventura padeceu quem indaga das agruras do patrocínio de uma execução monetária? Se um honesto não for a contra-resposta, sinalizando haver logrado obter resultado prático e concreto satisfatório, que persistam nas suas posições. Se sim, vale, então, meditar melhor no caminho visível à frente.

Deveras, entre os institutos da tutela antecipatória e da execução provisória há de haver severo divisor de águas. A importação de regras até pode ser feita, dependendo da amplitude e do efeito da regra. Porém a importação de **princípios** cobrará muitíssimo esforço exegético, porque são fundantes, conseqüentemente suas importações e exportações podem abalar os pilares institucionais. A desfiguração quiçá fosse irremediável quando um princípio inadequado transpusesse a aduana.

O mesmo se deve destacar acerca da tutela cautelar. Em que pese o atrelamento histórico lançar, inexoravelmente, o processualista ao mundo da cautelaridade, em se tratando de tutela antecipatória não há lugar para paixões cautelarifomes. A festejada purificação que se almejou realizar através do artigo 273, mormente em face das cautelares inominadas e satisfativas, há de ser focada como ruptura real. Há de haver quebra paradigmática. Nesta esteira a meditação quanto ao elemento **perigo** e sua real relevância à internalidade da tutela antecipatória: cobra justamente um senso acurado de ruptura paradigmática.

O tema é rico, mas não se vai avançar além fronteiras da problemática limitada. Pela mola impulsora das digressões, retoma-se o problema da exigibilidade de caução como condicionante ao deferimento da tutela antecipatória, destacando a seguinte doutrina:

“Ao autor favorecido pela AT em princípio não será exigida caução, no procedimento destinado a efetivar a medida antecipada; todavia, lícito ao juiz determiná-la, quando entender conveniente a contracautela.” (CARNEIRO. Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.56)

“A liminar, através da qual o juiz concede a tutela antecipatória, todavia, é exequível. A lei determina, porque faz menção ao art. 588, II e III, que a execução seja provisória ou *incompleta* e que não se exija prestação de caução pelo

requerente.” (WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. *Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória.* - em *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 539)

“O executante da tutela antecipada, em princípio, está isento da caução, até porque esta não pode ser irreversível na medida que as coisas devem retornar ao estado anterior caso a decisão seja modificada. Por outro lado, revelando-se irreversível o provimento, a tutela não pode sequer ser concedida, pouco importando a ‘prova inequívoca’ exigida, que, como já vimos, dificilmente será alterada no curso do processo.” (FUX. Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência – fundamentos da tutela antecipada.* São Paulo: Saraiva, 1996. p.358)

“No fundo, o art. 273, §3º, autoriza, tão-só, o início da execução provisória sem prévia caução (art. 588, I); então, se cuida de vantagem modesta, já consagrada, genericamente, pelo STJ.” (ASSIS. Araken de. *Antecipação de tutela.* - em *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 32)

Por conclusão, tem-se que a interpretação da norma volta-se a não condicionar o deferimento da antecipação de tutela à prestação de caução prévia. Aliás, justamente a prevalência dos requisitos da **verossimilitude**, a sinalizar para a necessidade de opção pelo melhor e mais visível direito, e da **prova inequívoca**, com todos os absurdos lógicos deste conceito indeterminado, haverá de ser consagrada, pois na tutela antecipatória isto é o mais relevante. Portanto, se o autor apresenta ao juiz o direito com feições verossímeis, se exhibe o melhor direito, já se faz presente o que é mais importante, quiçá fundamental, à obtenção da tutela antecipatória. Ou se tem o melhor direito, o direito aparente, o mais visível, o verossímil, ou se não-no tem, sendo, em qualquer dos casos, algo incongruente exigir-se a prestação de caução.

A caução, sendo contra-cautela, está informada precipuamente pela necessidade de tutela frente ao perigo de fluxo reverso, ou seja, pela contra-proteção. É fundamentalmente cautelar. Cabe porque no mundo da cautelaridade o elemento **perigo** é o que deve ter maior peso, justamente o que deve orientar a vontade decisória do julgador.

Desconforta ver o melhor direito, o direito aparente, o direito verossímil, condicionado a efetivar-se se e quando prestada contra-cautela.

Não obstante esta situação conceitual e legal, a própria doutrina já antecipa aquilo que será inexorável na jurisprudência: o julgador, certamente por restar mais seguro e respaldado, não repelirá as possibilidades de condicionar à caução ou de aceitar oferta de caução ao decidir por deferir a medida. O condicionamento de uma caução mostra-se algo tranquilizador e reconfortante a quem decide.

Mas em assim condicionando, lamentavelmente, mais uma barreira é erguida. Roga-se apenas atenção à sensatez, pois se está desconstruindo a ruptura, retornando ao passado de um processo civil que se fechava cada vez mais acima da realidade. Abandona-se – ou mitiga-se - a **efetivação** pelo recobrar da tradicional **execução**.

Sucedem que este processo de anulação da ruptura abre portas preocupantes quando se adentra no campo da segunda das considerações alvo de estudo. Ao se indagar: o autor, beneficiário da antecipação de tutela, responde objetivamente pelos danos causados, aplicando-se o disposto no artigo 811 do CPC (?), o avanço desconstrutivo apresenta-se sem quaisquer sutilezas, como um aríete barbárico batendo contra os portões da cidadela.

Não apenas distanciar o processo civil da realidade, mas impor a quem manejá-lo gravíssima coima - a de responder objetivamente por eventuais prejuízos que das mutações das

decisões judiciais houver – simplesmente arromba portões, invade e reduz a pó.

Se da responsabilidade pelo gozo condicionado da tutela antecipatória vai-se cogitar propor algumas meditações, então cabe verificar alguma doutrina. Athos (obra citada, p. 57), aponta para Dinamarco e para Carreira Alvim, reconhecendo a existência de responsabilização objetiva. Teresa Wambier refere à aplicabilidade do artigo 811 “por extensão” (obra citada, p. 539). Já Araken (obra citada, p.32), reconhece a existência de responsabilidade objetiva, porém acrescenta que isto está disposto no artigo 574 do CPC.

Que a doutrina vai maciçamente inclinada pelo reconhecimento da responsabilidade objetiva, é perceptível.

A responsabilização objetiva vige não apenas no que concerne ao microsistema processual regulatório da tutela cautelar (pelo artigo 811), como, também, ao microsistema da execução provisória (pelo artigo 574). No mundo da cautelaridade, onde há de preponderar o elemento **perigo**, sem dúvida os contrapesos caucionais e a imposição de responsabilidade mais aguda encontram alguma congruência. Aliás, contracautela e responsabilidade objetiva vêm imbricadas. A oferta de garantia oposta, inclusive sob penhor da própria responsabilidade, decorre de quem se encoraja a agir fundado numa situação de perigo concreto e, quiçá, se arrisque num embate instantâneo (preparatório ou incidental, a teor do artigo 796 do Código) mesmo quando exiba, consciente ou inconscientemente, nada mais do que um direito **com probabilidade**. O “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (art. 798) é o núcleo de pedir e de decidir, ou seja, o elemento preponderante do instituto cautelar. O “direito da outra” merece ser visto com uma virtualidade muito mais expressiva, podendo caracterizar-se mui tênue, uma leve fumaça.

Evidentemente não é o que acontece com a tutela antecipatória, onde a nitidez do direito há de ser o elemento preponderante. Há ou não há direito visível, havendo e não, respectivamente, direito à tutela antecipada. Não há de haver cauções para confortar o julgador; não há de haver responsabilidade objetiva a atemorizar o beneficiário da medida.

Se fosse possível atribuir graus ou níveis de profundidade cognitiva, dir-se-ia que a tutela antecipatória necessita de um direito materialmente mais visível do que o de uma tutela cautelar. Dir-se-ia que, no processo de sumarização material em verticalidade, a tutela cautelar está mais para a superfície do que a tutela antecipatória.

Sendo assim, pensa-se que a indagação acerca da responsabilidade objetiva na tutela antecipatória não se supera tão facilmente com uma afirmativa instantânea.

Aliás, crê-se que não deva haver responsabilidade objetiva.

A iniciar, primeiro, pela antecipação de tutela traçada no inciso II do 273. Seria um total contra-senso imputar responsabilidade objetiva ao autor quando obtém uma medida baseada no comportamento censurável do réu. Nesse caso, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório parecem-me circunstâncias tão firmes e tão veementes, inclusive marcas explícitas de uma litigância de má-fé (artigo 17 do CPC), que tornam absolutamente incongruente cogitar de uma “contra-responsabilidade” com a grave nota de ser “objetiva” imputável ao autor. Note-se que esta é uma hipótese de antecipação de tutela genuína, desprendida das amarras do perigo (da cautelaridade).

Na realidade, a regra-mor do sistema processual (que se excepciona explicitamente para cada microsistema) está no artigo 16 do CPC, que define a responsabilidade subjetiva: *“responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.”*

De outra banda, responsabilidade objetiva é excepcional, não se presume, tampouco pode ser produto de construíto analógico. Há de haver regra expressa contemplando-a. O padrão é a responsabilidade subjetiva, conforme sinala o artigo 159 do Código Civil, verdadeira regra transistêmica.

Quanto ao inciso I do artigo 273, orienta o julgamento em prol do melhor direito, que poderá estar presente nas mãos do autor (conseqüentemente, ele o credor da tutela antecipatória) ou, ao revés, ser vislumbrável sob custódia do réu (hipótese de ser indeferida a medida pleiteada pelo adversário). Então, há inexorável crédito de tutela antecipatória sempre: ao requerente, pelo deferimento da medida instantânea, ao adversário, pelo indeferimento.

Aliás, a quem preconiza um liame de responsabilidade objetiva diante das especiais e peculiares características do microssistema regulatório da tutela antecipatória, caberia responder como restaria a responsabilidade do réu no caso de indeferida a liminar e, ulteriormente, a sentença vier a ser de procedência. Haveria alguma responsabilidade objetiva a pesar sobre seus ombros? Ou não será o processo um palco de equilíbrio **inter partes**?

Ademais, da mesma forma como a regra do §3 do artigo 273 recusou remeter ao inciso I do artigo 588, justamente para fixar a incongruência do condicionamento da medida à prévia caução, também não remeteu ao artigo 574, este justamente o leito próprio da execução provisória.

Vale observar que a correlação pode ser estabelecida entre a antecipação de tutela e o regime da execução provisória, como atrela a própria norma do Código no que concerne aos incisos II e III do artigo 588. Se se quisesse cogitar de responsabilidade objetiva, ao norte haveria de ser o artigo 574, que é o aplicável à execução provisória. Salvo melhor juízo, ir buscar âncora no artigo 811 representa um equívoco exegético justificável ante

a herança histórico-processual, porque se construiria um correlacionamento ao microsistema da tutela cautelar, cuja pauta de características é diversa e incompatível.

A remessa ao artigo 574 não aconteceu, portanto não se pode dar livre engendra ao vínculo de responsabilidade objetiva.

Vigora a regra geral disposta no artigo 16 do Código, concernente à responsabilidade processual subjetiva.

Enfim, à guisa de conclusão, propõe-se (1) não deva ser a tutela antecipatória condicionável à caução e (2) não seja pautável pela responsabilidade objetiva.