

TUTELA ANTECIPATÓRIA

ANTONIO CARLOS MENDONÇA DE ALENCAR

Especialista em Direito Processual Civil - UNIFOR
Pós-graduado em Processo Civil pela
Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará.
Especialista em Direito Empresarial pela
Universidade de Mogi das Cruzes.

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de exortar os operadores do Direito para outras interpretações no contexto da antecipação de tutela, principalmente quanto à responsabilidade relativa aos efeitos da medida e sua abrangência.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Código de Processo Civil Brasileiro. Inovações.

ABSTRACT

This paper has the object of exhorting the Law users for other interpretations in the anticipation of the guardianship context, mainly as the relative responsibility to the effects of the measure and to its scope.

Keywords: Guardianship. Law users. Brazilian Civil Process Code. Innovations.

INTRODUÇÃO

Quando se fala em “tutela antecipatória”, há de se dizer preambularmente que é expressão simplificada que significa “tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito” ou, simplesmente, antecipação da tutela jurisdicional, em determinado processo de conhecimento de rito comum (ordinário ou sumário) ou de rito especial, desde que verificados os pressupostos para a aplicação da medida, tendo em vista pedido da parte autora.

A tutela antecipatória marca sua influência minorando o ônus da demora da prestação jurisdicional que a parte autora, detentora de determinado direito, e que não pode agir por suas próprias mãos e por suas próprias razões, dada a existência da função jurisdicional do Estado, infelizmente tinha que suportar.

Pelo instituto da tutela antecipatória, o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela jurisdicional pretendida pelo autor no pedido exordial, caso se convença da verossimilhança da alegação a partir da existência nos autos de prova inequívoca da argumentação dos fatos articulados; isto em dois conjuntos de casos, desde que o demandante faça o necessário requerimento.

1 DOS CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE

Simplificadamente, pode-se dizer que na análise dos conjuntos de casos, há de se observar que a expressão “prova inequívoca” não significa prova irrefutável mas sim meio lícito, idôneo, não equívoco, não dúbio, por meio da qual o demandante possa demonstrar a veracidade ou a autenticidade do que está contido na sua argumentação (afirmações ou alegações) e que o termo “verossimilhança” significa qualidade ou caráter do que é semelhante à verdade; do que aparenta ser verdadeiro; do que é mais que possível; do que é provável. Assim, para que o autor tenha sucesso em seu pleito, relativo à tutela antecipatória, o juiz, depois de uma rápida análise da petição que a requer e dos documentos que lhe estão anexos, deve convencer-se e formar sua opinião, de que o direito contido na argumentação constante de tal peça não é apenas juridicamente possível mas também provável. A doutrina é que trata de classificar as várias faixas de probabilidade dando denominações diferentes aos graus mínimo, médio e máximo.

No contexto da tutela antecipatória, a noção do termo “verossimilhança” destaca-se como polêmica. Isto é aceitável dada a subjetividade do seu conceito, tendo em vista matrizes psicológicas que originam o grau de percepção de cada pessoa. Assim, o que é verossimilhante para um juiz pode não ser para outro e vice-versa. Isto ocorre porque, nesse momento processual, segundo Alvim (1995, p. 103), reproduzindo idéias de Carnelluti, “o objeto da prova não são os fatos, mas as afirmações que deles fazem as partes”. Por nossa conta, vamos um pouco mais além, entendemos que, ao contrário da cognição exaustiva, que tem fulcro na análise dos fatos trazidos aos autos e que gera a sentença, para a formação de opinião, e conseqüente decisão a respeito da tutela antecipatória, o juiz tem como objeto de cognição as afirmações (ou as alegações) que as partes – principalmente a parte autora – fazem a respeito desses fatos, bem como os documentos juntados aos autos que vão constituir a prova inequívoca e a sua orientação doutrinária e jurisprudencial.

2 DA COGNIÇÃO

Quando da apreciação de um pedido de tutela antecipatória, o juiz facilmente externará sua opinião, transformando-se esta em decisão, em situações extremas, tais como: a) se a peça em que está o requerimento não contiver qualquer prova relativa às alegações dos fatos, não contendo, portanto, a prova inequívoca, caso de indeferimento; b) se a peça na qual se requer a tutela antecipatória contém situação relativa apenas à matéria de direito e a mesma já está sumulada pelos tribunais superiores, caso de deferimento. Destaca-se também o caso de concessão da tutela antecipatória quando, na ação em que o autor formular pedidos cumulados, um deles, ou parcela de um deles, tornar-se incontroverso no curso do processo, segundo Vechiato (2000, p. 93).

Nos demais casos, o juiz muitas vezes, diante de um pedido de tutela antecipatória, experimenta uma situação de dúvida – o dilema do sim e do não. Para a superação dessa situação de equilíbrio, necessário a percepção de um *plus*, isto é, da existência de algum motivo convergente para o sim ou convergente para o não. Esse motivo a mais é que fará a mudança tirando o magistrado do estado de dúvida e dando início à formação da opinião.

Reproduzindo idéias de Malatesta, Alvim (1995, p. 107) nos diz que: “...diante do fato, o espírito humano pode encontrar-se em estado de ignorância, dúvida ou certeza, sem referir-se expressamente à opinião”. Antes, na pág. 106, havia comentado sobre o termo

“opinião” dizendo que “na opinião, o assentimento pende para uma das alternativas consideradas, em que pese alguma ‘inquietude’ que possa restar nessa tomada de posição”. (p. 106)

Recomenda-se equilíbrio na verificação da verossimilhança e na formação da opinião para a concessão ou negação da tutela antecipatória, sob pena de reflexão das próprias idéias muitas vezes contaminadas pelo preconceito e pela discriminação, uma vez que esse processo cognitivo está sustentado no grau de percepção individual do julgador.

3 DAS SITUAÇÕES DE CABIMENTO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

No primeiro dos conjuntos de casos em que cabe a concessão da medida, deve haver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Nos casos específicos correspondentes, cujos pedidos normalmente estão contidos na petição inicial, as provas do *periculum in mora* devem evidenciar que, em uma análise perfunctória, em sendo provavelmente verdadeiras as afirmações (ou alegações) do autor – como aparentam ser – existe mais que uma possibilidade, existe mesmo uma probabilidade de que o autor possa ter razão em seu pleito. Concedida a tutela antecipatória, por meio de decisão interlocutória, o juiz de primeiro grau se reserva o direito de analisar *a posteriori*, de forma exaustiva e completa, as questões meritorias relativas aos fatos; o que fará, em posicionamento definitivo, por meio da sentença de mérito.

No segundo conjunto de casos que podem ocorrer após a contestação, o autor da demanda deve mostrar que está caracterizado o abuso do direito de defesa ou mesmo manifesto propósito protelatório do réu. Nos casos específicos correspondentes, não haverá necessidade da demonstração da ocorrência do *periculum in mora*.

Entendemos que existe abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório quando o réu, por exemplo: a) em peça sem consistência, contesta genericamente; b) esconde-se para não ser intimado; c) intimado várias vezes, não cumpre o que lhe compete; d) demora injustificadamente para cumprir o que lhe compete; e) por intermédio de seu advogado, retém imotivadamente os autos do processo por tempo exagerado; f) protocola requerimento impertinente, tumultuando o processo; g) faz juntar aos autos documento impertinente que venha tumultuar o processo.

4 DA TUTELA ANTECIPATÓRIA COMO UM DIREITO

A rigor, mesmo levando-se em consideração a subjetividade do termo “verossimilhança”, a tutela antecipatória não é uma graça do Estado mas sim um direito da parte autora. O termo “poderá” não pode justificar qualquer omissão ou descaso do magistrado no trato da matéria. Isto se pode afirmar porque, na nova sistemática advinda com a Lei 9.139, de 30/11/1995, satisfeitos todos os requisitos, a parte autora poderá resistir à negativa do juízo *a quo* e requerer o seu deferimento por meio de agravo de instrumento ao juízo *ad quem*.

Segundo Nery (1999, p. 1034), “quando a decisão agravada tiver conteúdo negativo, como por exemplo no caso de o juiz de primeiro grau indeferir pedido liminar, pode o relator conceder a medida pleiteada no primeiro grau, por aplicação extensiva do CPC 527 II, combinado com o CPC 558”.

No mesmo sentido, Vechiato (2000, p. 373) nos diz que “... a decisão denegatória de liminar desafia o agravo de instrumento, com aplicação do efeito ativo, viabilizando a concessão da tutela negada por meio de decisão unipessoal do relator”.

Na decisão interlocutória que antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida e requerida pelo autor, o juiz haverá de fundamentar a concessão de modo claro e preciso. A tutela antecipatória poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão também fundamentada. Isto se aplica mesmo à tutela antecipatória concedida em agravo de instrumento pelo desembargador relator porque, afinal, é o juiz que preside o processo.

De regra, não se concederá a antecipação da tutela jurisdicional quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado. A decisão que concede a antecipação da tutela jurisdicional depende de execução para se tornar efetiva, e, nesta, não de ser observados, no que couber, os requisitos da execução provisória da sentença com exceção, apenas, da prestação de caução, segundo o § 3º do art. 273 combinado com o inciso I do art. 588, ambos do CPC.

O provimento jurisdicional que trata da tutela antecipatória, sendo provisório e revogável, nunca será irreversível; ao contrário do que se pode entender a partir de uma interpretação apenas literal da norma. Na realidade, irreversíveis poderão ser os efeitos da medida, isto é, as conseqüências fáticas advindas de sua execução; isto porque a própria concessão da tutela antecipatória nada tem de definitividade, já que poderá ser revogada a qualquer tempo.

Após cognição superficial, concedida ou não a antecipação da tutela jurisdicional, decisão que não pode ser interpretada como prejudgamento, o processo prosseguirá normalmente até o final, isto é, até decisão do mérito da questão. Assim, o fato de o juiz ter concedido ou negado a tutela antecipatória em nada influi – ou melhor, não deve influir – na decisão meritória.

Quando for requerida tutela antecipatória, o magistrado poderá, ao invés de antecipar totalmente o pedido constante da petição inicial, antecipar parcialmente os seus efeitos sem que isto implique em julgamento *ultra petita* ou *extra petita*, tendo em vista que o juiz poderá acolher ou rejeitar no todo ou em parte o pedido formulado pelo autor, segundo o disposto no art. 459 do CPC.

Mesmo sendo medida cabível na demanda que trate tanto de direitos disponíveis como de direitos indisponíveis, é vedado ao juiz, em qualquer das situações, conceder *ex officio* a tutela antecipatória que, aliás, deverá ser requerida na própria petição inicial ou em peça apartada, autônoma, quando não requerida na exordial, acompanhada da prova inequívoca da situação fática respectiva que está a necessitar da medida e para a qual a mesma seja cabível, nos termos dos requisitos legais.

5 DE QUEM SE PODE REQUERER A TUTELA ANTECIPATÓRIA

Nada obsta que a tutela antecipatória, requerida pelo autor da demanda, possa ser concedida *inaudita altera pars in limine litis*; ou em qualquer fase do processo, depois da citação do réu; ou quando da própria prolação da sentença; ou, finalmente, até mesmo depois da sentença, durante a tramitação do recurso de apelação.

Além do autor, podem também requerer a tutela antecipatória o assistente litisconsorcial que esteja no pólo ativo, o assistente simples do demandante e o órgão do Ministério Público. No primeiro caso, independentemente da vontade do assistido; no

segundo, desde que não haja oposição deste; e no terceiro, quando o Promotor de Justiça atue como parte.

Desviado de sua posição, o réu, quando age contra-atacando, em reconvenção, ação declaratória incidental e mesmo na contestação das ações dúplices, que admitem pedido contraposto, pode formular pedido em face da parte adversa; assim, em tais casos, poderá requerer a tutela antecipatória, uma vez que, praticamente, transforma-se em autor.

6 DO MOMENTO DO REQUERIMENTO DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

Entende-se que deve ser documental a prova para o deferimento da medida, principalmente quando se tem em vista o *fumus boni juris* da situação fática apresentada pelo autor e a falta de respaldo legal para audiência de justificação prévia. Logo, entendemos que, de regra, a concessão *in limine litis*, deve ser *inaudita altera pars*; diferentemente do que pode ocorrer no caso específico da obrigação de fazer ou de não fazer.

Depois da citação do réu, a medida pode ser requerida em peça apartada e concedida em qualquer fase ordinária do processo, desde que tal requerimento trate de situação que se submeta aos efeitos, total ou parcial, da tutela jurisdicional pretendida pelo autor no pleito constante da petição inicial, sem que isto venha implicar modificação do pedido. Observe-se que, quando denegado o requerimento a partir de uma situação fática determinada, nada obsta que o mesmo possa ser renovado alegando-se outra situação ou a mesma, em outro momento. Além disso, mesmo havendo deferimento do requerimento de tutela antecipatória parcial anterior, nada impede que seja feito novo requerimento de tutela antecipatória parcial com outra motivação, desde que os requerimentos estejam contidos no todo que forma o conjunto dos efeitos da tutela do pedido exordial.

Em palavras de Dinamarco (1995, p. 139), “na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e sua concessão equivale, *mutatis mutandis*, à procedência da demanda inicial – com a diferença fundamental representada pela provisoriedade”.

Concedida e executada antes da sentença que deferiu o pedido do autor, mesmo que haja recurso de apelação recebido nos dois efeitos, a tutela antecipatória continuará em vigor.

Da mesma forma, concedida e executada antes da sentença que denegou o pedido do autor, a tutela antecipatória persistirá em vigor, caso não seja explicitado na sentença que a mesma perdeu seus efeitos, ou melhor, a sentença denegatória do pedido do autor, por si só, não é suficiente para cassar a tutela antecipatória quando nesse sentido o órgão julgador não se posicionar, o que nos parece ser uma falha do instituto, já que uma decisão fundada apenas numa análise superficial, que antecipou a tutela jurisdicional, não poderia prevalecer sobre uma outra que tem cognição exaustiva.

Quando da sentença, a concessão da medida tem o efeito de proteger o demandante da suspensividade da decisão, que se dá quando do recebimento do recurso de apelação em ambos os efeitos. Se o juiz conceder a tutela antecipatória na sentença a parte beneficiária da mesma poderá executá-la, ainda que pendente recurso de apelação com efeito suspensivo.

No caso de já ter sido interposto recurso, mesmo que recebido também no efeito suspensivo, a competência para a concessão da tutela antecipatória será agora do juízo *ad*

quem, uma vez que ao conhecimento do tribunal são devolvidas tanto as matérias impugnadas quanto as questões anteriores à sentença que ainda não foram apreciadas.

7 DA NEGATIVA DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

Quando a tutela antecipatória é negada *in limine litis* ou durante o trâmite do processo de conhecimento, caberá recurso de agravo que, tendo em vista a praticidade, haverá de ser na forma instrumental.

No caso de ser a denegação de tutela antecipatória resultado de apreciação *inaudita altera pars*, posicionamo-nos ao lado que Vechiato (2000, p. 373), entendendo que esta situação é excepcional à do art. 527 do CPC e que “a parte adversa (réu) não precisa ser intimada para contra-arrazoá-lo, sem que este procedimento lhe cause prejuízo ou preclusão, a uma porque ainda não ingressou na relação jurídica processual (não houve citação), a duas porque poderá rediscutir tais matérias perante o juízo recorrido, quando for citado”.

Conforme Vechiato (2000, p. 372), “o novo sistema recursal do agravo de instrumento tem o objetivo de agilizar, desburocratizar e simplificar o processo, bem como fixar harmonia com os princípios da efetividade e instrumentalidade do processo”.

8 DA TUTELA ANTECIPATÓRIA E DA AÇÃO CAUTELAR

Quando da incorporação da tutela antecipatória ao cenário jurídico nacional, as primeiras dúvidas que advieram relacionavam-se com a medida liminar da Ação Cautelar ou mesmo com a própria medida cautelar.

A tutela antecipatória e a medida liminar da cautelar têm em comum a cognição sumária, a provisoriedade, a revogabilidade, o fato de serem levadas a efeito por meio de decisão interlocutória e o fato de poderem ser impugnadas através de agravo; têm, entretanto, diferenças básicas.

Não pode o autor utilizar-se, indistintamente, de uma ou de outra, uma vez que têm naturezas diferentes. A tutela antecipatória diferencia-se da tutela cautelar por ser esta instrumental, já que se presta para assegurar o resultado prático do processo no sentido de viabilizar a realização, no mundo fático, do direito afirmado pelo autor, não podendo ser satisfativa no que toca à questão de mérito; ao passo que a tutela antecipatória tem por objetivo antecipar total ou parcialmente ao demandante os efeitos da decisão meritória sendo, portanto, de índole eminentemente satisfativa, visto que entrega antecipadamente ao requerente, na forma total ou parcial, o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento que ajuizou e que ainda está em trâmite.

A medida cautelar concedida *in limine litis*, durante o trâmite da preparatória ou da incidental, ou mesmo ao final do trâmite, dada que é instrumental e tem por objetivo proteger o processo tido como principal para que, ao final, o mesmo possa ter utilidade no mundo fático para o autor, permanece válida mesmo depois da sentença, seja esta concessiva ou denegatória do pedido exordial, quando o órgão julgador não vier a cassá-la.

A questão do cabimento da tutela antecipatória na própria ação cautelar, há de ser respondida negativamente, por falta absoluta de interesse processual uma vez que a medida liminar da cautelar é antecipatória de seu próprio mérito.

9 DA TUTELAR ANTECIPATÓRIA E DA AÇÃO DECLARATÓRIA

A questão do cabimento de tutela antecipatória na Ação Declaratória há de ser analisada com algum detalhamento. Para tanto, tomemos como exemplo a Ação Declaratória de Nulidade, que está contida no seu contexto.

Na Ação Declaratória de Nulidade é cabível, em tese, o pedido e o deferimento da tutela antecipatória.

Analisando a situação à luz do sistema do Código Civil, vemos que o ato nulo não se convalida, diferentemente do ato anulável. Analisando-a no contexto processual, há de se observar que o ato nulo deve ser decretado de ofício, diferentemente do ato anulável que depende de manifestação da parte para se tornar sem efeito.

Entretanto, tendo em vista que qualquer convenção para tornar válido o ato nulo está esvaziada de valor jurídico e que a declaração de ser o mesmo nulo e sem qualquer efeito no mundo do Direito o alcança a partir de quando foi levado a efeito, haveremos de dizer que não existe sentido em se deferir a tutela antecipatória em processo correspondente à Ação Declaratória de Nulidade. Isto se pode afirmar porque, declarado nulo determinado ato jurídico com a tutela antecipatória, o ato ficará sem efeito a partir de sua efetivação e, em consequência, sem efeito ficarão também todos os atos que lhe forem subseqüentes. Isto pode gerar uma série interminável de situações que demandarão novas intervenções judiciais relativas às subseqüentes ao ato, o que é um verdadeiro absurdo para a segurança jurídica, já que tal decisão, que é provisória e revogável, jamais poderia atingir terceiros imediatamente em um número incontável de situações.

Tome-se como exemplo a Tutela Antecipatória na Ação Declaratória de Nulidade em que o objeto da mesma é o pedido de declaração de inexistência de uma determinada relação jurídica, tendo como *causa petendi* o pagamento de uma dívida que supostamente já havia sido efetuado. Admita-se que, pretendendo a sustação liminar do protesto da cambial já supostamente paga, o autor requeira a tutela antecipatória. Observe-se que nas relações comerciais um título executivo extrajudicial passa de mão em mão fácil e rapidamente. Assim, há de se ponderar que até a chegada no estágio da demanda declaratória, a cambial já deve ter se relacionado com um número bastante expressivo de pessoas formando uma verdadeira corrente em torno da mesma. Se e quando a tutela antecipatória for deferida, todas as pessoas dessa corrente serão afetadas imediatamente, mesmo sendo tal medida provisória e revogável, o que é um verdadeiro absurdo.

Na realidade, no caso de deferimento da tutela antecipatória na ação Declaratória de Nulidade, nem as partes, nem o Estado têm certeza absoluta se o caso é mesmo ou não de nulidade, já que a decisão estará baseada em análise superficial de alegação dos fatos, levada a efeito pelo magistrado. Assim, como deferir a tutela antecipatória, declarando ser um ato jurídico nulo e, em consequência, sem qualquer efeito no mundo do Direito, a partir de uma análise apenas superficial, sem certeza absoluta, quando tal decisão poderá causar mais problemas do que soluções? E como retroceder tal decisão provisória se e quando a decisão definitiva for contrária ao pedido do beneficiário da tutela antecipatória, já que o sistema do código civil não permite a convalidação do ato jurídico nulo?

Na medida do razoável, a interpretação de um dispositivo legal não pode conduzir a situações absurdas, visto que o direito e o bom senso não podem andar em direções diferentes.

Assim, entendemos que é pelo menos questionável o cabimento da tutela antecipatória na Ação Declaratória de Nulidade e, em consequência, na Ação Declaratória de um modo geral, já que aquela está contida no contexto desta.

10 DA RESPONSABILIDADE PELOS DANOS ORIGINÁRIOS DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

Pois bem, pareceu, à primeira vista, quando da edição da Lei 8.952, de 13/12/1994, que, alterando o Código de Processo Civil, tratou da criação da tutela antecipatória genérica do art. 273 do CPC e também da tutela antecipatória específica da obrigação de fazer ou não fazer do art. 461 desse diploma adjetivo civil pátrio, que o Estado estava dando um grande passo no sentido de dar a cada um o que é seu.

Em nossa análise preliminar, percebendo a exclusão explícita da obrigatoriedade da caução na execução da medida, a partir da leitura do § 3º do art. 273 do Código de Processo Civil combinado e do inciso I do art. 588 do CPC, pareceu-nos que algo excepcional afinal havia realmente sido feito.

Esse entendimento durou pouco.

Primeiro, porque veio, de logo, a interpretação dos exegetas, semeada pelos próprios participantes da elaboração da lei – ainda persistente – de que o beneficiário da tutela jurisdicional tem responsabilidade objetiva em uma eventual ação indenizatória relativa a danos causados pelos efeitos da medida. Esses intérpretes da lei sequer mencionam, mesmo que *an passant*, qualquer responsabilidade do Estado.

Ora, tal interpretação só interessa ao Estado!

Segundo, porque, no que se refere à Fazenda Pública, o governo tentou por diversas oportunidades esvaziar o instituto, por meio de medidas provisórias e de leis que estão em vigor. Cite-se, por exemplo, a Medida Provisória nº 1.570-4/97, de 22/07/1997, que foi convertida na Lei nº 9.494, de 10/09/1997 que, por sua vez, trata de aplicar à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública dispositivos da Lei nº 8.437, de 30/06/1992, da Lei nº 5.021, de 09/06/1966 e da Lei nº 4.348, de 26/06/1964. É aquela velha estória: isso deve valer para os outros, pra mim não!

Seria mesmo de admirar que o Estado, sem resistência, antecipasse a tutela jurisdicional contra ele próprio; seria a maior prova de um novo tempo.

Hoje tem-se o entendimento de que, respeitados os limites constitucionais dos precatórios (art. 100 da Constituição Federal e seus parágrafos) e os limites legais das execuções contra a Fazenda Pública (arts. 730 e 731 do CPC), contra esta pode ser sim concedida a tutela antecipatória. Além disso, como a antecipação da tutela jurisdicional não tem natureza de sentença mas sim constitui-se decisão interlocutória (§ 2º do art. 162 do CPC), e como tal medida é provisória e revogável, é cediço que a mesma não está sujeita à obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição através de remessa *ex officio* de que trata o inciso II do art. 475 do CPC.

Como normalmente a execução provisória corre por conta e responsabilidade do credor, que está obrigado a reparar os danos causados ao devedor, e como o Estado para garantir o cumprimento de tal obrigação condiciona tal execução à prestação de uma caução, justamente para que o executado não venha a ter prejuízos quando do trânsito em julgado de sentença desfavorável ao exequente da decisão provisória e como nos casos de execução de tutela antecipatória o Estado explicitamente retirou a obrigatoriedade dessa caução, há de se entender que este assumiu, sem qualquer dúvida, com todas as letras, a responsabilidade que deveria ser do beneficiário da medida. Isto se pode afirmar porque

não se há de perder de vista a dúplice função da caução: a) de conscientizar o beneficiário da medida de que deverá ressarcir a outra parte se, ao final, houver trânsito em julgado da decisão denegatória de seu pedido exordial; e b) de garantir, de logo, tal ressarcimento.

Quando o Estado editou a lei que deu origem ao artigo do Código de Processo Civil que trata da tutela antecipatória genérica e em seu parágrafo terceiro explicitou a dispensa da caução para a execução da respectiva prestação jurisdicional antecipada, assumiu os riscos que adviriam de possíveis ações judiciais de indenização deflagradas por jurisdicionados prejudicados com o deferimento de tal medida, ou com a sua execução, no caso do trânsito em julgado de sentença denegatória do pedido exordial, tendo em vista a dignidade da pessoa (inciso III do art. 1º da CF), a garantia constitucional da propriedade (inciso XXII do art. 5º da CF) e a própria ordem jurídica do país que dá sustentação ao Estado Democrático de Direito. Tal responsabilidade, portanto, é sim objetiva do Estado.

O Estado tem responsabilidade objetiva até mesmo pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, como disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Assim, haveremos de entender que mais ainda tal responsabilidade se evidencia quando um juiz no desempenho de sua função jurisdicional causar prejuízo a terceiro, uma vez que o magistrado é, na realidade, mais que um agente é mesmo um órgão do Estado, segundo o inciso VII do art. 92 da Magna Carta. Em outras palavras, quando o juiz se manifesta no desempenho regular da jurisdição quem está se manifestando, na verdade, é o próprio Estado que, em consequência, não pode fugir à sua responsabilidade.

Assim, nesse contexto, ao contrário do que afirmam alguns autores, entendemos que o Estado tem sim responsabilidade objetiva mas não exclusiva, quanto aos prejuízos que a parte adversa ao beneficiário da tutela antecipatória venha a sofrer. O direito de indenização se perfará quando do trânsito em julgado da decisão que negou o pedido exordial da parte injustamente beneficiada. Logo, a parte vencedora e que foi prejudicada pela tutela antecipatória deve demandar contra o Estado, e em face dele, visto que este veio prejudicá-la por ter antecipado injusta e erroneamente a tutela jurisdicional a quem não tinha direito para tanto.

Quanto ao beneficiário da tutela antecipatória não se há de negar a responsabilidade na medida de sua culpa, ou melhor, não existe responsabilidade objetiva mas sim subjetiva quando da concessão ou da execução da medida por parte do beneficiário da mesma.

Logo, não está o então autor, beneficiário da tutela antecipatória, de princípio, no nosso modo de ver, obrigado a indenizar o então réu, prejudicado com a medida, pelo simples fato da concessão da mesma, quando agiu de boa-fé. Também não estará obrigado a indenizar quando executar a medida de forma regular, isto é, sem praticar qualquer ato ilícito.

Entende-se que faltará respaldo legal ao jurisdicionado prejudicado que venha a demandar em face da antiga parte adversa derrotada, que se havia beneficiado com a tutela antecipatória quando esta agiu de boa-fé tanto no pedido da tutela antecipada quanto na sua execução. Não há de se aplicar por extensão qualquer artigo do contexto da medida cautelar, nem mesmo o art. 811 do CPC, no sentido de penalizar o antigo beneficiário com a tutela jurisdicional antecipada, porque a extensão interpretativa por analogia para aplicação de dispositivo de natureza punitiva é, no mínimo, questionável.

Em qualquer dos dois casos, entende-se que a responsabilidade é objetiva do Estado, e será exclusiva, quando não existir ato ilícito cometido pelo beneficiário da tutela antecipatória que poderia vir a gerar alguma responsabilidade de indenizar para o autor da demanda derrotado na peleja judicial. Isto porque, nesses casos, em havendo demanda

indenizatória do prejudicado em face do beneficiário da medida, ocorrerá o fenômeno da carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam* em consequência da ausência de uma justa causa, já que não existiu fato ilícito, e, assim, não existe um nexo causal do qual possa exsurgir qualquer responsabilidade de indenizar do beneficiário da tutela antecipatória.

Cite-se, por exemplo, a ação de investigação de paternidade, em que se pede alimentos.

Deferidos os alimentos – direito mais forte a ser protegido que o da irreversibilidade da medida – a uma pessoa necessitada, cujos efeitos como é óbvio são irreversíveis, e ao final transitada em julgado decisão que efetivamente nega a paternidade, o prejudicado com a medida certamente não obterá sucesso demandando em face do beneficiário da tutela antecipatória nem em face da fonte pagadora, simplesmente porque não existe ilícito e, em consequência, não existe a justa causa para demandar. Assim, só restará ao prejudicado demandar contra e em face do Estado que, por meio de seu órgão jurisdicional, concedeu a tutela antecipatória a quem não poderia ter sido beneficiado com a mesma e que, com a concessão, deu legitimidade ao beneficiário da medida para sua execução.

Mesmo raciocínio pode-se utilizar para os demais casos de tutela antecipatória, posto que, diante de ordem judicial, não existe ilícito, já que esta deverá ser obrigatoriamente cumprida.

Somente poderia, assim, haver deferimento de pedido de indenização do jurisdicionado prejudicado contra o beneficiário pela tutela antecipatória, não se excluindo a responsabilidade objetiva do Estado pelo deferimento da medida a quem não poderia ter sido beneficiário da mesma: a) no caso de comprovada má-fé, na proporção da culpa; b) no caso da prática de ato ilícito quando da execução da medida.

CONCLUSÃO

Assim, entende-se que o demandante vencido na ação judicial que deflagrou e em que foi beneficiário da tutela antecipatória não tem, de princípio, qualquer obrigação de indenizar a parte contrária pelos danos ou prejuízos que a mesma sofreu com a concessão ou com a execução da tutela antecipatória. Isto porque, tendo a parte vencida e que antes havia sido beneficiada com a tutela antecipatória, de princípio, praticado seus atos respaldada em decisão judicial, o fez de forma lícita; não podendo, em consequência, ser-lhe atribuída qualquer responsabilidade de indenizar à parte adversa.

Estas são algumas idéias lançadas para reflexão. A discussão em si mesma parece-nos mais importante que qualquer conclusão. Se com o presente artigo abrirmos espaço para discussão, já teremos conseguido alcançar nosso objetivo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Código de processo civil reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas : Bookseller, 1998,. v.. I, II e III.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **A reforma do Código de Processo Civil..** São Paulo : Malheiros, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. **O novo Processo Civil Brasileiro**. 20. ed. Forense, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 30. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson;. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VECHIATO JÚNIOR, Walter. **Tratado dos recursos cíveis**. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2000.