

RESPONSABILIDADE DO REQUERENTE DE MEDIDA CAUTELAR

EX. ART. 808, N.º II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (*)

José Carlos Barbosa Moreira

1. Nos termos do art. 811, n.º III, do Código de Processo Civil, o requerente de providência cautelar responde perante o requerido, pelo prejuízo que a este causar a respectiva execução, “se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808”, a saber: (a) “se a parte não intentar a ação” (principal) “no prazo estabelecido no art. 806”, isto é, nos trinta dias subseqüentes à efetivação da providência (art. 808, n.º I); (b) se a própria medida “não for executada dentro de trinta (30) dias” (art. 808, n.º II); (c) “se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito” (art. 808, n.º III). As hipóteses (a) e (c) nenhum problema suscitam do ponto de vista da viabilidade de sua configuração. Já a hipótese (b) pode gerar — e vem de fato gerando — certa perplexidade.

É que a responsabilidade do requerente tem como pressuposto a *efetivação* da providência cautelar: trata-se, com efeito, de ressarcir ao requerido o dano causado por essa efetivação, conforme deixa claro o art. 811, *caput*, *fine*. No entendimento de prestigioso comentador do Código “tal responsabilidade não pode existir na hipótese do n.º II do art. 808, que pressupõe, exatamente, a *não execução* da cautela” (1). Pelo mesmo diapasão afina-se outro valioso comentário: “O inciso II do art. 808, também, não pode autorizar a pretensão de ressarcimento do dano, que, *in casu*, tem por fundamento a execução da providência cautelar (...). Isto porque o presente caso de cessação de eficácia decorre justamente da *falta de execução* da medida preventiva dentro em 30 dias. Falta, assim, o que indenizar” (2). Idêntica opinião vem expressa na mais completa exposição sistemática do ordenamento processual pátrio: “A cessação de eficácia da medida cautelar, em razão do fato apontado no art. 808, n.º II, não acarreta a obrigação de indenizar, malgrado o que preceitua o art. 811, n.º III, porque não executada a medida cautelar” (3).

(*) Trabalho destinado ao volume de estudos em homenagem a Alfredo Buzaid.

(1) Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. I, Rio de Janeiro, 1980, pág. 437. Logo adiante, insiste o autor: “O ressarcimento exige prejuízo real oriundo de *execução* da medida, situação excluída pelo referido n.º II” (os grifos são do original). Cf. ainda pág. 408: “Se não executada a providência dentro de trinta dias (n.º II), não cabe condenação do autor pelos prejuízos referidos no art. 811, já que a medida não se concretizou”.

(2) Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro, 1978, pág. 163 (grifado no original).

(3) José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. IV, 4ª ed., S. Paulo, 1961, pág. 397.

Haveria, destarte, no particular, equívoco do legislador. Na medida em que remete ao art. 808, n.º II, a regra do art. 811, n.º III, não teria possibilidade de aplicação prática. Será procedente a crítica nesses termos dirigida ao Código?

2. Em matéria de responsabilidade do requerente de medida cautelar, o legislador parece haver-se inspirado, ao menos em parte, num antigo projeto, formulado em apêndice à substanciosa obra doutrinária (4). No interessante trabalho, porém, não se continha norma correspondente à que hoje resulta da conjugação do art. 811, n.º III, com o art. 808, n.º II. As hipóteses de responsabilidade do requerente estavam previstas nos quatro itens do art. 19. Ora, se quisermos confrontá-las com as do art. 811 do diploma em vigor, verificaremos que, dentre as contempladas no inciso III desse dispositivo (isto é: nos três incisos do art. 808), coincidência exata apenas ocorre quanto à da omissão do requerente em propor a ação principal no prazo de trinta dias, a contar da execução da medida cautelar (Projeto, art. 19, 4.º; Código, art. 808, n.º I). O caso do atual art. 808, n.º III (extinção do processo principal), é, de um lado, mais amplo, e de outro, mais restrito que o do art. 19, 3.º, do projeto, que se referia também à extinção do próprio processo cautelar, mas — tal como em relação ao principal — só por abandono do autor, com a consequência de ser o réu “absolvido da instância”. A hipótese do art. 808, n.º II, que justamente nos interessa aqui, não figurava entre as de responsabilidade do requerente, embora o projeto já estatuísse, no art. 18, 1.º, que a medida cautelar ficaria sem efeito se não fosse executada dentro de trinta dias.

Alguém talvez enxergue nisso confirmação da tese acima exposta. O projetista haveria percebido o que escapou mais tarde ao legislador, isto é: que não se afigura viável responsabilizar o requerente no caso de que nos estamos ocupando.

Semelhante impressão, no entanto, vê-se contrastada quando se lê, no mesmo livro, o capítulo específico sobre o assunto. Aí se criticava o estatuto de 1939 exatamente por não ter cuidado daquela hipótese e, depois de invocar-se o direito alemão, acrescentava-se: “Não é justo, de fato, nem lógico, que, obtida a decisão, um de cujos fundamentos foi a urgência, fique o autor toda a vida com a sentença suspensa sobre a cabeça do réu, dando, assim, a melhor das provas de que a providência era desnecessária”. Concluía-se com as seguintes palavras: “A lei devia também marcar prazo à execução, *sob as mesmas penas que impõe à demora na propositura da ação principal*” (5).

(4) Lopes da Costa, *Medidas preventivas*, 2ª ed., Belo Horizonte, 1958, pág. 181 e segs. Vide em particular os arts. 19 e 20 (págs. 185/6).

(5) Lopes da Costa, *ob. cit.*, pág. 58 (sem grifo no original). Significativo o plural: “as mesmas penas”. Vê-se que o autor não aludia só à perda da eficácia da providência; mas, além dessa, que outra poderia ele ter em mente, senão a responsabilidade pelos danos?

Visto que uma dessas “penas” — no Código anterior (art. 677, *fine*), no vigente (art. 811, n.º III, combinado com o art. 808, n.º I) e no projeto (art. 19, 4.º) — consistia e consiste na obrigação do requerente de ressarcir o prejuízo do requerido, pode-se conjecturar que terá sido fruto de mero “cochilo” do projetista a omissão da hipótese no art. 19. Esqueceu-se ele — parece —, ao redigir o projeto, de suprir a falha que censurara ao Código então em vigor; nada mais.

3. Ao disciplinar o arresto, dispõe a ZPO da República Federal da Alemanha (6), no § 926, que se levantará a medida se, após a concessão em caráter antecedente, o arrestante não propuser a ação principal dentro do prazo fixado pelo juiz a requerimento da outra parte. A regra equivale em substância à do nosso art. 808, n.º I. Com ela se relaciona expressamente a do § 945, a responsabilizar o arrestante, no caso de levantamento do arresto com base no § 926, pelo dano que a execução da providência cause ao adversário (“*der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Massregel . . . entsteht*”).

Por outro lado, estabelece o § 929, 2.ª alínea, para a execução do arresto decretado, o prazo de um mês, findo o qual a efetivação da medida se torna incabível. Logo se vê que a disposição encontra correspondente em nosso art. 808, n.º II. Pois bem: muito embora não aluda o § 945 a essa outra hipótese, na doutrina alemã tem-se sustentado que a ela se aplica, por analogia, a norma relativa à responsabilidade do arrestante (7). A questão, vale ressaltar, é controvertida (8). Mas pouco importa que nem todos aceitem a aplicação analógica do § 945; não vem sequer ao caso indagar qual a solução correta. O ponto relevante está no reconhecimento de que nada tem de *absurda* a pergunta: deve o requerente ser aí responsabilizado? Esse reconhecimento é pacífico. Na verdade, ninguém deixa de admitir a *possibilidade de que suceda* o fato visto como fonte da obrigação de ressarcir; existe, sim, quem rejeite a idéia de fazer incidir sobre esse fato a regra do § 945.

Ora, aqui precisamente se toca o nervo do problema. Com efeito, a responsabilidade do requerente, na hipótese em foco, tem sido entre nós repelida não porque carecedora de fundamento jurídico, mas porque (supostamente) insuscetível de concretização prática. A

(6) Em vigor igualmente na República Democrática Alemã até 31.12.1975; no dia seguinte começou a vigor naquele país a nova ZPO (*Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Zivil — Familien — und Arbeitsrechtssachen*) de 19.6.1975.

(7) Stein — Jonas, *Die ZPO für das Deutsche Reich*, vol. II, 12ª/13ª ed., Tübingen, 1926, pág. 955; Rosenberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. esp., Buenos Aires, 1955, t. III, pág. 277; Wieczorek, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Berlim, 1958, vol. IV, 2ª tomo, pág. 1161.

(8) Vide, em sentido contrário, Schoenke — Baur, *Zwangs — vollstreckungs — Konkurs — und Vergleichsrecht*, 1978, pág. 248.

situação de fato — argumenta-se, em síntese — é incompatível com qualquer pretensão do requerido ao ressarcimento de danos. Não parece, todavia, que tal argumentação resista à análise.

4. É fora de dúvida que não há cogitar de responsabilidade com base no art. 811 sem execução da medida acautelatória. Se sem ela se pode configurar responsabilidade por *outro* fundamento já constitui questão distinta, que não examinaremos neste ensejo. Daí não nos podemos contentar com a observação, em si exata, de que a simples concessão da providência, “a despeito de não se ter cumprido o mandado, pode ter causado prejuízo” (9).

Ninguém negará, em princípio, semelhante eventualidade. O puro e simples deferimento de uma liminar, sob determinadas circunstâncias, é capaz de “provocar abalo de crédito e perda de negócio lucrativo” (10). Isso não basta, contudo, para explicar os dizeres do art. 811, n.º III, na referência genérica aos “casos previstos no art. 808”. Com facilidade se percebe que a hipótese imaginada e outras análogas permaneceriam estranhas ao âmbito do art. 811, cuja incidência pressupõe *sempre* a *efetivação* da medida cautelar.

Seria necessário encontrar base diversa para responsabilizar o requerente pelos danos acaso decorrentes da só concessão da providência, mesmo não efetivada. O problema, entretanto, é alheio — repita-se — às nossas cogitações do momento; nada tem que ver com aquela particular razão pela qual, no ponto sob exame, se vem reputando impraticável a conjugação do art. 811, n.º III, com o art. 808, n.º II. Por outro motivo é que se nos afigura equivocada tal suposição.

5. Origina-se o equívoco, ao nosso ver, de não se atentar na eventual diferença entre o que é *de iure* e o que é *de facto*; entre o modo como se *devem* passar as coisas, no caso de não se executar nos trinta dias a providência acautelatória, e o modo como se *podem* elas realmente passar. *De iure*, é evidente que, cessada a eficácia da medida (*rectius*: da decisão que a decretou), preexcluída fica a respectiva execução. Se se expedira mandado para o cumprimento, impende recolhê-lo; não há necessidade de expedir-se outro, a fim de que “tudo retorne ao *status quo ante*” (11), porque subsiste íntegro, *ex hypothesi*, o estado anterior: conquanto deferida, a providência ainda não foi executada.

(9) Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t. XII, Rio de Janeiro, 1976, pág. 103.

(10) Conforme reconhece *expressis verbis* Galeno Lacerda, *ob.*, vol. e t. cit., pág. 438.

(11) Como diz José Frederico Marques, *ob.* e vol. cit., pág. 390, naturalmente com referência aos casos do art. 808 em que se *haja efetivado a cautela*.

De ser assim que as coisas se devem passar *de iure* não se infere, todavia, que assim sempre se passem *de facto*. Facilmente se concebe que, apesar de vencido o prazo de trinta dias, a medida acautelatória — legalmente tornada ineficaz e, portanto, insuscetível de efetivação — *na realidade se venha a executar*. Se daí resulta dano para o requerido, harmoniza-se com os princípios e ajusta-se ao texto legal a responsabilização do requerente que tenha dado causa ao prejuízo, ainda que sem culpa.

6. O art. 808, n.º II, tira eficácia à medida cautelar não efetivada no prazo que fixa; mas não tem poder suficiente, é claro, para impedir, no mundo concreto, a ocorrência de toda e qualquer infração ao preceito. Pode muito bem acontecer que o requerente, *contra legem*, faça executar providência decretada há mais de trinta dias. A essa luz, mostra-se falsa a premissa de que se costuma partir, qual seja a de que o dispositivo em foco pressupõe a não-execução da cautela. Ele pressupõe, sim, a não-execução *tempestiva*, isto é, a não-execução dentro de trinta dias. Com ele se casa, pois, sem qualquer dificuldade, a norma do art. 811, n.º III, desde que o intérprete leve em conta o inteiro teor do art. 808, n.º II, em vez de destacar *nel mezzo del cammin*.

A quem leia: "O requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida se esta não for executada" terá realmente de parecer absurda a conjugação. Mas a falha, aqui, não é do Código: é do leitor. A estranheza perderá qualquer razão de ser se a leitura for completa: "O requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida se esta não for executada *dentro de trinta dias*" — vale dizer: se o for *depois*.

A maneira, afinal de contas bastante simples, de compatibilizar as duas regras, já a apontara, brevemente, obra publicada logo após a entrada em vigor do Código de 1973, onde se aludia à responsabilidade do requerente quando "promove a execução de sentença cautelar *cuja eficácia cessou* (arts. 811, III, e 808, II)" (12). Se o ponto não houvesse passado despercebido, como tudo faz crer, à doutrina posterior, ter-se-ia talvez poupado ao Código uma censura que ele, positivamente, nada fez por merecer.

(12) José Maria Rosa Tesheiner, *Medidas cautelares*, S. Paulo, 1974, pág. 42. Na mesma perspectiva, a menção de Stein-Jonas, *ob. e lug. cits.*, ao caso em que a execução do arresto é ou se torna inválida por inobservância do prazo do § 929, 2ª alínea; e a sintética mas certa referência de Rosenberg, *ob. e lug. cits.*, à hipótese de arresto "realizado com retardo".