



ariús

Revista de Ciências Humanas e Artes

ISSN 0103-9253

v. 16, n. 1/2, jan./dez. 2010

Constitucionalidade da Responsabilidade Objetiva prevista no inciso I, do artigo 811, do Código de Processo Civil

DIOGO LIMA TRUGILHO
FERNANDO HORTA TAVARES
JULIANA MARIA MATOS FERREIRA
RITA RACHID ARAÚJO SOUZA MENDES
TALITA VIZA DIAS

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

RESUMO

O presente artigo procura fazer um paralelo entre a norma prevista no inciso I, do artigo 811, do Código de Processo Civil, no que se refere ao instituto da responsabilidade civil pelo requerente do procedimento cautelar e o modelo constitucional de processo, objetivando demonstrar a inaplicabilidade da referida responsabilização face ao direito incondicionado de acesso à jurisdição.

Palavras-chave: Procedimento Cautelar. Responsabilidade Civil. Ampla Defesa. Isonomia. Direito de Ação.

Diogo Lima Trugilho

Especialista em Direito Processual.

Email: diogotrugilho@hotmail.com

Fernando Horta Tavares

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa, Portugal. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Email: fernandhorta@pucminas.br.

Juliana Maria Matos Ferreira

Doutoranda em Direito Processual do na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Email: julianamatos@uai.com.br.

Rita Rachid Araújo Souza Mendes

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Email: rita_rachid@hotmail.com.

Talita Viza Dias

Mestranda em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Email: talitaviza@hotmail.com.

Constitutional Analysis of the Objective Responsibility stated In the incise I, article 811 of the Code of Civil Procedure

ABSTRACT

The present article attempts to make a parallel between the rule stated in the incise I, article 811 of the Code of Civil Procedure in what concerns the civil responsibility of the petitioner in the provisional procedure and the constitutional process model, in order to demonstrate the inapplicability of the mentioned responsibility confronted with the unconditional right to the access to justice.

Key words: Preventive Procedure. Liability. Wide Defense. Isonomy. Right of Action.

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, através deste trabalho, realizar um breve estudo sobre o instituto dos procedimentos cautelares, apresentando questionamentos referentes ao instituto da responsabilidade civil, levando-se em consideração a disposição do inciso I, do artigo 811, do Código de Processo Civil de 1973, diante dos fundamentos teóricos que justificam o entendimento da responsabilização do requerente no ressarcimento por perdas e danos causados pelo ajuizamento do procedimento cautelar.

A responsabilização do autor no procedimento cautelar será analisada sob o prisma do modelo constitucional de processo e do direito incondicionado à jurisdição.

Importante mencionar que a realização do presente não seria possível sem o incentivo dado pelo professor Fernando Horta Tavares, que através da criação e coordenação do Grupo de Estudos Professor José Alfredo de Oliveira Baracho, apoiou a pesquisa científica realizada por graduandos e mestrandos em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

A opção pelo exame do inciso I do referido artigo deveu-se ao incentivo dado pelo professor Márcio Aristeu durante as aulas ministradas na Disciplina Direito Processual Civil III, diante da escassez de obras referentes aos institutos – cautelar/responsabilidade civil - de forma sistematizada e aplicada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, o presente trabalho desenvolveu-se fundamentalmente em pesquisa teórico-bibliográfica quanto aos conceitos de Ações Cautelares, Responsabilidade – objetiva e subjetiva, Processo, Constituição e Estado Democrático de Direito.

O conceito de processo cautelar, segundo ensinamento do professor Tavares (2005): “evoluiu para a previsão constitucional de proteção a direitos simplesmente ameaçados (bastante a afirmativa de ameaça) e não mais de tutela a processo principal, pois que procura-se urgência de tutela como previsto na lei”. O objetivo da cautelar como procedimento que visa prevenir, conservar, defender ou assegurar a eficácia de um direito não afasta a necessidade de observação e aplicabilidade dos princípios constitucionais.

Nesse sentido, encontra-se expressa na Constituição de 1988 a garantia do acesso ao judiciário (ou da

inafastabilidade da tutela jurisdicional - art. 5º, LIII, CF/88), que deve ser entendida no sentido de que toda lesão ou ameaça a direito será apreciada pelo judiciário dentro da sistemática democrática do processo, com a participação das partes, em contraditório, para a construção do provimento final.

2 A RESPONSABILIDADE NO DIREITO COMPARADO

O Sistema Jurídico Brasileiro adota a necessidade de responsabilização do demandante pela propositura de Ação Cautelar, no intuito de reparar os danos sofridos indevidamente pelo demandado, conforme disposição do artigo 811, I, do CPC, que adota o princípio da responsabilidade objetiva no ressarcimento das perdas e danos causados pela execução do procedimento cautelar.

Todavia, no âmbito do Direito Comparado, grande parte dos sistemas jurídicos adotam o regime da responsabilidade subjetiva. Alguns destes são: o Argentino, o Colombiano, o Espanhol, o Italiano e o Português. Fato interessante é a adoção da responsabilidade subjetiva pelo Direito Italiano e Português, cujos sistemas jurídicos, no que se refere aos procedimentos cautelares, são os mais próximos do brasileiro.

Segundo Silva (2001), no Direito Italiano, nos casos de responsabilidade civil de uma das partes no “processo de conhecimento”, a condenação a indenizar, pressupõe do agente a culpa grave ou a má-fé. Em contrapartida, se tal responsabilidade tenha causa na prática de alguma medida cautelar ou em algum ato de execução forçada, basta a culpa aquiliana (omissão da prudência normal).

Estabelece o Código de Processo Civil Português nos artigos 381 e 390, que se a providência for julgada injustificada ou caducar, o requerente é responsável pelos danos causados ao requerido, quando não tenha agido com a prudência normal, e não pode requerer outra providência como dependência da mesma causa, e ainda, no artigo 402, que o requerente dos alimentos provisórios só responde pelos danos causados havendo má-fé.

Ressalta-se que os estatutos medievais também adotaram o princípio da responsabilidade fundada na culpa. Silva (2001) menciona que, naquela época, o devedor injustamente submetido a um arresto, podia promover contra o credor arrestante uma *actio*

injuriarum, uma ação a fim de obter a indenização dos danos eventualmente sofridos com a execução da Medida Cautelar. Porém a *actio injuriarum* exigia que seu autor demonstrasse o dolo ou a má-fé do demandado; e como tal prova era quase sempre difícil de produzir, os juristas passaram a recomendar o uso de uma *actio in-factum* por meio da qual se obtinha, com maior segurança, a condenação daquele que houvesse executado o arresto injustamente. Admitia-se a responsabilidade do arrestante se a sentença de mérito (processo principal) fosse favorável ao arrestado, presumindo-se neste caso, que o arresto fora injusto, ou seja, com dolo ou má-fé. Não obstante a sucumbência, era permitido ao arrestante provar que não agiu motivado por tais elementos.

Em contrapartida, com base na leitura de Silva (2001), o Direito Alemão, assim como o Brasileiro, prevê a Responsabilidade Objetiva daquele que obtém uma medida cautelar, entretanto somente em duas hipóteses; a primeira quando esta for revogada por não haver o requerente promovido, no prazo estabelecido pela lei, a demanda principal, e a segunda, quando esta for injustificada segundo a situação de fato ao tempo da decretação. Todavia, para obter o ressarcimento, a parte executada na medida cautelar terá que exercitar sua pretensão de indenização, sobre a qual o julgador terá de pronunciar-se.

Saliente-se ainda, e isto talvez tenha sido fundamental na opção pela atribuição da responsabilidade objetiva para o ressarcimento das perdas e danos causados pela execução do procedimento cautelar, o entendimento de dois grandes doutrinadores italianos: Chiovenda e Carnelutti. Segundo Tesheiner :

Os principais argumentos em favor dessa regra advêm da doutrina italiana, citando-se, a título de exemplo, as lições de Carnelutti, para quem a causa da obrigação é resultado tão-somente da atividade da parte no processo, e de Chiovenda, no sentido de que a utilização do processo não pode reverter em dano a quem tem razão, motivo por que a execução de medida urgente se dá por conta e risco de quem a requer (TESHEINER, 2007, p. 1).

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Prevê o Código de Processo Civil:

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 (BRASIL, 1939).

Para se elaborar um estudo sobre o tema, torna-se necessário entender as implicações contidas na citação supra, referentes à responsabilidade civil atribuída ao autor sucumbente.

De Plácido e Silva define Responsabilidade Civil como: “obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem, e ainda, como resultado da ofensa ou da violação de direito, que redunde em dano ou prejuízo a outrem” (DE PLÁCIDO E SILVA, 2006, p. 1222).

Por sua vez, Savatier traz a seguinte definição:

A responsabilidade civil é a obrigação imposta a qualquer pessoa de reparar o dano causado a outrem em decorrência de seus atos, ou pela atividade de pessoas ou coisas dela dependentes (SAVATIER, 1951, tradução nossa).

Pereira complementa tal conceito ao afirmar que:

A Concepção tradicional indica que essa obrigação de reparar o dano é imposta às pessoas que adotam um comportamento contrário ao direito, exteriorizando conduta antijurídica, idéia informadora da responsabilidade civil (PEREIRA apud BRETAS, 2003, p. 1-2).

Para diferenciação entre responsabilidade subjetiva e objetiva, mister se torna a conceituação do elemento culpa, da qual trataremos para, ao final, descrevermos à respeito da responsabilidade prevista no art. 811, I, do CPC e seu fundamento.

A culpa, em sentido estrito ou lato, é elemento que fundamenta a obrigação de indenizar. A conduta culposa viola a ordem jurídica e a responsabilidade consiste na obrigação de reparar os prejuízos e danos gerados por esta ação. Segundo a teoria da responsabilidade subjetiva, não é imputável aquele que age com a cautela necessária e não previu, nem teve intenção de praticar o ato danoso, somente aquele que praticou o fato culposos

¹ La responsabilité civile est l'obligation qui peut incomber à une personne de réparer le dommage causé à autrui par son fait, ou par le fait de personnes ou des choses dépendant d'elle (SAVATIER, 1951).

que poderia ter sido evitado. Não basta portanto, o nexos causal entre o fato e o dano. É necessária a configuração da culpa, em sentido amplo, da qual nasce o ato ilícito. Assim, o dever de indenizar é imputável ao agente que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem (RIZZARDO, 2007).

O entendimento que defende o dever de indenizar pela mera verificação de um dano, sem qualquer menção à existência ou não de culpa é o da teoria da responsabilidade objetiva, baseada no risco da atividade do agente (RIZZARDO, 2007).

Nos dizeres de Venosa (2006), a tendência dos ordenamentos jurídicos é de cada vez mais alargar o dever de indenizar para que restem cada vez menos danos irressarcidos.

Sobre a responsabilidade processual civil, Castro Filho (1955) explica que, quando vigente o Código de Processo Civil de 1939, os procedimentos cautelares eram tratados como instrumento para eficácia da função jurisdicional, carregando a possibilidade de serem considerados abusivos, quando no provimento jurisdicional definitivo restasse declarado que aquele que dela se serviu não tinha razão.

Precisamente porque concedidas em virtude da sua própria natureza, sem cognição, “*inauditor altera pars*”, em certos casos (CPC Art. 683), ou com cognição sumária (Art. 685), em outros, as medidas cautelares constituem fonte acessível do abuso do direito (CASTRO FILHO, 1955, p. 163).

O legislador de 1939 estabelecia que a responsabilidade processual civil do demandante estava vinculada à configuração do abuso do direito, como se pode verificar através da leitura do parágrafo único do art. 688 do referido Código de Processo Civil:

Art. 688 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 pelos prejuízos que causar (BRASIL, 1939, p. 79-80).

O vigente Código, por sua vez, retirou a necessidade de verificação de culpa, em sentido amplo, para responsabilizar o demandante, bastando a existência do prejuízo e do nexos causal.

A responsabilidade civil fundada na culpa é regra geral nos ordenamentos jurídicos. Nela a obrigação de indenizar fica vinculada à existência de três elementos, a saber: o dano, o ato ilícito culposo e o respectivo nexos causal. Entretanto, a lei pode excluir a necessidade do elemento culpa para imputar ao agente a responsabilidade de forma objetiva. Esse dever objetivo de indenizar funda-se na teoria do risco, ou seja, o agente deverá suportar os prejuízos que causar a terceiros em virtude de sua livre escolha (THEODORO JUNIOR, 2002b, p. 600).

Nesse sentido o entendimento de Lacerda:

Quem tem interesse, para sua conveniência (cômodo), em executar a cautela ou 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 da livre avaliação do risco. Daí a contracautela do art. 804, como consequência lógica dessa responsabilidade. Ao réu, sem culpa, é que seria sumamente injusto arcar com o dano causado pelo autor (LACERDA, 1998, p. 313).

Theodoro Júnior (2002a) justifica a fixação da responsabilidade objetiva na excepcionalidade e sumariedade com a qual é concedida. Segundo o jurista, o requerido da cautelar não deve ser obrigado a suportar o dano que lhe sobreveio diante da declaração.

No mesmo entendimento Câmara (2006) afirma que a medida cautelar é deferida com base em juízo de probabilidade, podendo por isso ocasionar danos indevidos ao demandado quando se verificar que a concessão da medida cautelar foi indevida. Assim, para o referido autor, é devida a aplicação da responsabilidade objetiva pelo atual Código de Processo Civil.

A função cautelar tem como objetivo servir à defesa de direito ameaçado, outorgando situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes. Numa visão constitucional, e portanto atual, o processo cautelar procura proteger a possibilidade de realização futura de um direito (TAVARES, 2005).

Por conseguinte, o art. 811, I, do CPC, prevê a responsabilidade de reparação pelo requerente sucumbente. É uma hipótese em que o exercício de um direito, apesar de regular, não retira do seu titular eventual imputação do dever de ressarcimento.

Importante transcrever o entendimento de Aguiar Dias citado por Arnaldo Rizzardo, que parece fundamentar a

incidência da responsabilidade ante o exercício regular de um direito:

No exercício regular de direito reconhecido será preciso indagar se não está ele, por uma das muitas razões que justificam a aplicação da doutrina objetiva, submetido a critério mais largo que o da culpa, para constituição da obrigação de reparar (DIAS apud RIZZARDO, 2007, p. 85).

Gonçalves (1955), busca justificar a responsabilidade do titular de um direito pela sua livre escolha em exercê-lo:

O exercício do direito não é obrigatório; o seu titular ou sujeito pode realizá-lo, ou não, ou exercê-lo só em parte ou do modo que lhe aprouver. Excetua-se os direitos que são também deveres, como o poder familiar, a tutela, etc (GONÇALVES, 1955, p. 475).

Verifica-se que, para os citados autores, o exercício do direito de ação, direito incondicionado à jurisdição, não subtrai o dever de reparação pelo dano gerado. O entendimento de que a teoria do risco sustenta a aplicação da responsabilidade objetiva nestes casos não é aceita por Rabah (2004).

Para Rabah (2004), o fundamento da obrigação de indenizar prevista no art. 811, inciso I, do CPC, não é a responsabilidade objetiva, pois a responsabilidade pressupõe o descumprimento de um dever jurídico ou a prática de um ato ilícito, inexistentes no caso em questão.

O autor defende, desta forma, que não há responsabilidade civil, e sim obrigação de indenizar por ato lícito, fundada, a princípio, na noção de equidade, numa justiça comutativa que pretende atribuir a alguém, de forma aparentemente justa, o dever de indenizar, baseando-se, portanto, no valor segurança jurídica (RABAH, 2004).

Jomah Hussein transcreve em seu estudo os dizeres de Alcidez Munhoz da Cunha quando ele reporta a Calmon de Passos sobre a opção do legislador de 1973 pela responsabilidade objetiva:

denota um comprometimento ideológico do legislador com o valor segurança jurídica que imprime aos atos emanados do Poder, principalmente quando envolve interesses de natureza patrimonial, vindo daí que imputa àquele que se beneficiou economicamente, de modo provisório, em detrimento de outrem, o dever de indenizar, tendo em vista uma regulação definitiva dos interesses pelo Estado, cuja justiça ou injustiça da regulação está comprometida com a própria noção de definitividade (CUNHA

apud RABAH, 2004, p. 247).

Entretanto, segundo o autor, a concepção de segurança jurídica que se extrai do artigo estudado é formada a partir da noção de verdade única que pretende determinar de maneira absoluta qual a vontade da norma, incompatível com Estado Democrático de Direito que repudia este tipo de pensamento, na medida em que garante a participação das partes para a formação de um processo legítimo de construção do direito. Conclui ainda pela inconstitucionalidade do instituto, visto que representa um obstáculo ao direito consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV:

Art. 5º (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) (BRASIL, 1988).

Para Silva (2001), se o autor da cautelar consegue convencer o magistrado da veracidade dos dois pressupostos necessários à sua concessão, quais sejam, o risco de dano iminente e razoável aparência do bom direito, não há que se falar em responsabilização pela concessão de providência cautelar injustificada.

Entende o citado jurista que:

excessivamente severa é a regra da absoluta responsabilidade sem culpa para quem executa a medida cautelar, legitimamente obtida em sentença final na demanda preventiva, e depois veja declarada, por exemplo, prescrita sua pretensão na ação principal (SILVA, 2001, p. 224).

De fato, ao ajuizar Ação Cautelar buscando a proteção e a integridade de direitos, o requerente há de ter sua boa-fé reconhecida, visando afastar o risco de se inibir o acesso à jurisdição.

Em outras palavras, atribui-se uma carga demasiadamente pesada ao autor, que busca, de boa-fé, a proteção dos seus direitos, tratamento este que não é dado ao réu. Assim, critica o referido autor a falta de amplitude do legislador ao criar a norma em debate, gerando situações indevidas, impróprias e, muitas vezes, contrárias aos princípios e fundamentos do direito, tais como a Isonomia (SILVA, 2001).

Ademais, a opção do legislador pela responsabilização do requerente face ao ajuizamento do procedimento

cautelar não deve partir da presunção de má-fé, como previsto no CPC, pois tal entendimento é incompatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito e com o Devido Processo Legal previsto constitucionalmente.

4 CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO LEGAL

A aplicação das disposições legais referentes aos procedimentos cautelares deve observar os princípios institutivos (Contraditório, Isonomia e Ampla Defesa) e informativos (Oralidade, Publicidade, Disponibilidade/Indisponibilidade, Economia Processual, Instrumentalidade das Formas, etc.) do processo.

Nesse sentido, descreve Tavares:

A via escolhida para atendimento ao binômio obediência a princípios constitucionais do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa) com as exigências de urgência de tutela – ou “tutelas provisórias”, de cognição sumária vertical, precária e de eficácia limitada no tempo, como é o caso das antecipações de tutela e cautelares – é mediada pelo instituto do Devido Processo Constitucional (HORTA, 2006, p. 221).

Insta ressaltar que a análise processual do tema parte da conceituação utilizada por Leal em sua obra Teoria Geral do Processo.

Sobre o princípio do contraditório, afirma:

é referente lógico-jurídico do Processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos pela dialeticidade necessária entre interlocutores que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem. Daí, o direito ao contraditório ter seus fundamentos na liberdade jurídica de contradizer, que, limitada pelo tempo finito (prazo) da lei, converter-se em ônus processual se não exercida. Conclui-se que o Processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológico e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes (LEAL, 2005, p. 110).

Dessa forma, verifica-se no art. 802 do Código de Processo Civil, a possibilidade do requerido contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir, no

prazo de 5 (cinco) dias. Este dispositivo garante a dialeticidade entre os interlocutores, existindo a liberdade jurídica de contradizer, limitada por um tempo finito.

Pode, entretanto, surgir a pergunta: e nas medidas liminares *inaudita altera parte*, há o contraditório?

De acordo com art. 804 do Código de Processo Civil, o juiz pode conceder a medida cautelar liminarmente ou após justificação prévia, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Pode-se constatar que a concessão de medidas cautelares *inaudita altera parte* não obedece aos princípios constitucionais, pois excluem as partes da construção participada, sem a qual não há processo.

Examinando tal dispositivo às palavras do Prof. Rosemiro Pereira Leal, conclui-se pela inconstitucionalidade por não obedecer aos princípios da Ampla Defesa, Contraditório e da Isonomia.

Sobre o princípio da Ampla Defesa, o professor Rosemiro Pereira Leal afirma:

é coextenso ao do contraditório e da isonomia, porque a amplitude da defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinidade de produção da defesa a qualquer tempo, porém que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais e sua produção eficiente. É por isso que a pretexto da celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da ampla defesa que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações do direito e produção de prova (LEAL, 2001, p. 111).

De fato, verifica-se nos procedimentos cautelares o caráter emergencial e célere, pois a demora no processo cautelar não pode causar lesão ao direito ou bem disputado. Entretanto, tal sumarização não prejudica a ampla defesa, já que, ambas as partes têm oportunidade e tempo de expor os seus direitos, bem como produzir provas necessárias.

Quanto ao princípio da Isonomia:

É Direito-garantia hoje constitucionalizado em vários países de feições democráticas. É referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (Processo), uma vez que a liberdade de contradizer no Processo equivale à igualdade temporal, de dizer e contradizer para a construção, entre partes da estrutura procedimental (LEAL, 2001, p. 111).

Pretende-se evidenciar, após tais demonstrações de constitucionalidade dos Procedimentos Cautelares que, as disposições legais a eles concernentes não são compatíveis com a Responsabilidade Objetiva do autor pelos danos causados na execução dessa. Todos os princípios supracitados nos remetem a idéia de equilíbrio processual, ao passo que, segundo Souza (2005), o vigente Código de Processo Civil consagra uma brutal desigualdade de tratamento processual, na medida em que atribui ao autor da demanda um ônus que não atribui ao réu, não obstante a identidade de situações que freqüentemente se possa verificar entre ambos. Para Souza (2005) a eventual responsabilidade do autor, em decorrência de sua conduta processual, somente surgirá em situações específicas, onde fique demonstrado que agiu de forma improba.

Ademais, a hipótese de aplicação da responsabilidade objetiva ao requerente do procedimento cautelar conduz uma reflexão sobre o prazo imposto pelo legislador para o proferimento da sentença. Ora, o descumprimento do prazo legal fixado pelo Código Processual Civil pode causar lesões ao requerido da medida cautelar. Dessa forma, um eventual prejuízo ocorrido num lapso temporal que ultrapasse o previsto legalmente, não tem implicações diretas com o requerente, todavia sim, com a demora Estatal. Assim, poderia ser atribuída ao Estado, que deu causa ao prejuízo sofrido, a responsabilidade solidária pelos danos causados ao executado nesses casos.

Analisando o Direito de Ação, Rosemiro Pereira Leal o conceitua como “instituto do direito material constitucionalizado que enseja o exercício do direito de movimentar a jurisdição” (LEAL, 2005, p. 129). E, além disso, “é direito constitucionalizado e incondicionado de movimentar a jurisdição” (LEAL, 2005, p. 82).

Através desse entendimento, equivocada se torna a atribuição de um risco àquele que está no exercício regular de seu direito, como forma de impor condição ao direito de movimentar a jurisdição, em detrimento do que foi garantido constitucionalmente. Se a Constituição Federal garante a apreciação do judiciário sobre uma lesão ou ameaça a direito, não pode o Código de

Processo Civil, por outro lado, limitar ou restringir esta garantia, como o faz em seu art. 811, I.

Ora, atribuir ao demandante do procedimento cautelar a responsabilidade objetiva, ou seja, responsabilizá-lo pelo risco da demanda, com a consequente responsabilização pela reparação dos danos eventualmente sofridos pelo executado é lesiva ao Direito de Ação, e, por consequência, inconstitucional.

Deve-se observar, ainda, que, conforme explicita Gonçalves (2001) acerca do estudo realizado e comprovado por Fazzalari, não existe em nosso ordenamento o pressuposto da comprovação do direito subjetivo para instalação do processo.

Pode-se entender pelas idéias de Gonçalves (2001), que na concepção antiga sobre a situação de direito subjetivo era justificável a aplicação da responsabilização ao autor pela sucumbência de sua pretensão, pois a comprovação do ilícito era entendida como imprescindível para a instalação do processo e, dessa forma, a não comprovação tornava-se descumprimento legal, gerando, assim, a responsabilização pela reparação do dano eventualmente causado ao executado.

Ocorre que, conforme explicita Fazallari (1989), a situação de direito subjetivo não é mais pressuposto para instalação do processo, e sim do provimento, e, dessa forma, a não comprovação do direito material pleiteado não gera mais o descumprimento legal, mas a improcedência do pedido.

Assim sendo, flagrantemente contraditória torna-se a imputação da responsabilidade objetiva pelo art. 811, I, do CPC, uma vez que o direito de ação não admite a imposição da condição de se provar o direito material e, uma vez inexistente tal obrigação, não deve existir, consequentemente, a responsabilização objetiva do autor.

5 CONCLUSÃO

Deve-se analisar que, como já foi dito, a imputação da responsabilidade objetiva ao demandante ocorreu por meio do entendimento processual formulado por Cernelutti e Chiovenda, que se adaptava ao paradigma estatal vivido à época.

Nesse sentido, utilizando-se das afirmações de Maciel Júnior (2004, p. 57) verifica-se que: “o processo é estreitamente vinculado à estrutura do Estado no qual

existe”, desta forma, “em um Estado autoritário o processo tende a cumprir uma missão meramente pacificadora de litígios. O que importa é decidir para sepultar o litígio”.

É preciso considerar que, com a evolução processual hodierna, o processo passou a ser concebido em bases constitucional-democráticas, sendo o processo entendido como procedimento realizado em contraditório como forma de construção participada do provimento final.

E, conforme explicita Maciel Júnior (2004, p. 57), “partindo de uma perspectiva democrática de Estado, o processo deve ser um canalizador de participações das partes envolvidas em um litígio, de modo que elas tenham efetivamente a possibilidade de discutir e solucionar as questões que lhes são submetidas”.

Por fim, através de pesquisa jurisprudencial atual, verifica-se que a orientação majoritária está formada no sentido de restringir o arbitramento da responsabilidade objetiva, pois exige do requerido a produção de prova do prejuízo sofrido. Além disso, vê-se que são raros os casos em que o artigo referido é aplicado, motivo pelo qual pode ser constatada a ineficácia da norma elencada no art. 811, I, do CPC.

Dessa forma, deve-se fazer uma releitura da norma sob análise e até mesmo do sistema vigente para que se adequem a nova concepção processual do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. 168 p.
- BRASIL. *Código de processo civil*. Brasília: Senado Federal, 1939. 124 p.
- _____. _____. Brasília: Senado Federal, 1973. 177 p.
- CÂMARA, A. F. *Lições de direito processual civil*. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 3.
- DIAS, R. B de C. A responsabilidade civil do estado no direito moderno. *Virtuajus*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, dez. 2003. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Responsabilidade%20civil.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2007.
- _____. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 229 p.
- CASTRO FILHO, J. O. de. *Abuso do direito no processo civil*. 1955. 212 f. Monografia (Concurso)- Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1955.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1501 p.
- GONÇALVES, A. P. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001. 219 p.
- GONÇALVES, L. da C. *Tratado de direito civil: um comentário ao código civil português*. São Paulo: Max Limonad, 1955. v. 1, t. 1.
- MACIEL JÚNIOR, V. de P. Teoria do direito coletivo: direito ou interesse (difuso, coletivo e individual homogêneo?). *Virtuajus*, Belo Horizonte, ano 3, n. 1, jul. 2004. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/TEORIA%20DO%20DIREITO%20COLETIVO%20DIREITO%20OU%20INTERRESSE%20DIFUSO%20COLETIVO%20E%20INDIVIDUAL%20HOMOGENEO.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2007.
- LACERDA, G. *Comentarios ao código de processo civil: lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 349 p. v. 8, t. 1.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. Porto Alegre: Síntese, 2000. 188 p. v. 1.
- _____. *Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito*

processual: processo, ação e jurisdição em Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzala. Porto Alegre: Síntese, 2004. 348 p. v. 5.

_____. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2005. 339 p.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de artigos de periódicos científicos*. Belo Horizonte, 2007. Disponível em <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 30 de julho de 2007.

RABAH, J. H. A. M. Inconstitucionalidade da responsabilidade civil objetiva decorrente da concessão de medida cautelar na hipótese de proferimento de sentença desfavorável no processo principal. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar*, Toledo, v. 7, n. 2, jul./dez. 2004. p. 243-253.

RIZZARDO, A. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SAVATIER, R. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural: les sources de la responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. 590 p. v. 1.

SILVA, O. A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 583p.

TAVARES, F. H. Tempo e Processo, In: GALUPPO, M. C. (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. p. 215-225.

TESHEINER, J. M. *Tutela de urgência e responsabilidade objetiva: estudo de um texto de Valternei Melo de Souza*. 2005. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2005/tuteladeurgenciaeresponsabilidade.html>> Acesso em: 12 ago. 2007.

THEODORO JÚNIOR, H. *Processo cautelar*. 20. ed. Sao Paulo: LEUD, 2002a. 540p.

_____. *Curso de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002b. 676 p. v. 1.

VENOSA, S. de S. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 327 p.

Recebido em maio de 2010.

Revisado e aprovado em agosto de 2010.
