

Valmir Ricardo Fassbinder*

TUTELAS DE URGÊNCIA

Resumo: Inicialmente a presente investigação discorre sobre o surgimento e a evolução histórica das tutelas de urgência no ordenamento jurídico, em seguida apresenta um estudo comparativo entre as espécies de tutelas de urgência segundo a doutrina majoritária, apontando as principais semelhanças e diferenças entre ambas, previsão legal, fungibilidade entre as espécies, pressupostos e aplicação subsidiária das normas da teoria geral das cautelares à antecipação da tutela e finalmente, a responsabilidade objetiva do beneficiado pela tutela requerida em caso de reversão ou revogação da tutela concedida, com base na teoria do risco-proveito.

Palavras chave: tutela antecipada; tutela cautelar; pressupostos de concessão.

Abstract: This paper presents a comparative study between the institutes of advance relief and injunctive relief force in parental procedural system, using the traditional doctrine and jurisprudence available on the subject under discussion. Briefly discusses the emergence and evolution of these institutions in the legal system, and then presents a comparative study between the institutes pointing out the main similarities and differences and ultimate conclusions of the author.

Keywords: injunctive relief, cautelar relief; assumptions concession.

1 Introdução

O presente artigo apresenta um estudo comparativo entre os institutos da antecipação da tutela e a tutela cautelar vigentes no sistema processual pátrio, valendo-se para tanto da jurisprudência e doutrina tradicional, através do método analítico dedutivo destacando autores como Daniel Amorim Assumpção Neves, Elpídio Donizetti e Luiz Guilherme Marinoni, entre outros. O presente trabalho tem por objetivo auxiliar operadores do Direito na condução dos processos em que envolva os institutos investigados quanto à adequada escolha dentre estes, bem quanto às particularidades individualmente consideradas.

2 Desenvolvimento

As tutelas de urgência previstas na legislação processual, tal como hodiernamente se apresentam, são fruto de uma evolução legislativa criada a partir das necessidades exigidas em decorrência da evolução de todo o sistema, incluindo o ordenamento jurídico. A doutrina majoritária divide a tutela de urgência em duas espécies: tutela cautelar e a tutela antecipada. Cabe salientar que a medida liminar não se trata especificamente de tutela mas sim, um instituto de característica meramente topológica do momento de prolação da tutela de urgência

* O autor é Bacharel em Direito pela UCS e Especialista em Direito Ambiental e Relações de Trabalho pela mesma instituição, também é autor de diversos artigos publicados em periódicos do segmento, advogado atuante em Direito do

e não pela sua natureza ou conteúdo, não podendo no entanto, ser ignorado que em momento anterior ao da adoção da tutela antecipada pelo CPC as medidas liminares eram consideradas uma espécie de tutela de urgência satisfativa específica. Segundo Neves¹, são defensores desta corrente Dinamarco e Guerra entre outros. Para o presente estudo, nos limitamos às duas espécies de tutela de urgência genéricas, ou seja; a tutela antecipada e a tutela cautelar.

A origem da antecipação da tutela, ou tutela antecipada remonta ao direito romano clássico, quando medidas de tal natureza eram concedidas provisoriamente com base no pressuposto de serem verdadeiras as alegações de quem as requeria aos fundamentos no real perigo de demora. Tal como previsto hoje no art. 273 do CPC, como resultado das alterações introduzidas no Código Processual vigente através da Lei nº 8.952/94, de uma forma genérica, regulamentando a antecipação da tutela definitiva de mérito, podendo resguardar a satisfação parcial ou integral da tutela pretendida, embora já fosse à esta época, prevista na Lei do Inquilinato, no Código de Proteção ao Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Com estas alterações o instituto ganhou mais flexibilidade a ponto de que não há sequer um momento exato para a postulação e o deferimento dessa tutela, que poderá ocorrer em sede de liminar ou no curso do processo de conhecimento.

Dadas as limitações previstas no caput do art. 273 do CPC é vedado ao juiz concedê-la de ofício, ainda que se trata de direito indisponível. Portanto, é necessário que o direito seja requerido pela parte, pois assim dispõe o referido artigo: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela...” O requerimento da antecipação da tutela não precisa ser necessariamente apresentado pelo autor da ação, podendo ser requerida pelo assistente simples e litisconsorcial, o oponente, o denunciante, o réu por ocasião da reconvenção ou nas ações dúplices, entre outros. Entretanto, há uma corrente minoritária que entende ser possível a concessão de ofício. Marinoni e Mitidiero encampam este entendimento: “Excepcionalmente, em casos graves e de evidente disparidade de armas entre as partes, contudo à luz da razoabilidade, é possível antecipar a tutela de ofício no processo civil brasileiro”(MARINONI, 2008, p. 270).

Trabalho, com endereço profissional na Avenida 15 de Novembro, 1661, Sl. 26, em Nova Petrópolis, RS, e-mail valmirfassbinder@gmail.com.

¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**, 2ª ed., São Paulo: Método, 2010, p. 1065 ss., em sua obra cita diversas outras e autores adeptos desta corrente como Candido Rangel Dinamarco e Marcelo Lima Guerra entres outros. Cumpre mencionar que também nos filiamos a esta corrente de pensamento.

Com a devida *venia*, não participamos deste entendimento. Primeiramente pela disposição expressa da lei², diferente o que ocorre com o instituto da tutela cautelar, que será abordado oportunamente, em segundo, nada impede o procurador da parte de efetuar o requerimento ao juízo. Uma vez concedida, tratando-se de espécie de tutela que beneficia diretamente a parte, ela poderá desde logo aproveitar-se do bem da vida como se tivesse ganho a demanda justificando-se aí a necessidade de um dever adicional de cautela do juiz ao concedê-la.

Já a tutela cautelar está inserta no Livro III do CPC, mais especificamente prevista no art. 804 do Código Processual Civil, tendo sido determinada a redação deste artigo através da Lei 5.925/73, ou seja; ainda no decorrer do mesmo ano em que foi sancionado o Código. O referido artigo faculta ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, ainda que sem ouvir o réu, quando verificar que a citação do mesmo poderá tornar ineficaz a tutela pretendida. Neste caso, poderá o juiz determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória que garanta o ressarcimento dos danos que o requerido possa vir a sofrer.

De modo diverso ao do instituto da antecipação da tutela, o disposto no art. 797 do CPC, consagrando o poder geral de cautela do juiz, ainda que em caráter excepcional, autoriza a concessão da tutela cautelar de ofício.

Em comentário a ao aludido artigo Marinoni³ ensina:

Tutela Cautelar de Ofício nos Casos Excepcionais. Frise-se que, havendo situação de perigo capaz de colocar em risco o direito material litigioso, o juiz deverá mandar que as partes se pronunciem, permitindo-lhes chegar a uma solução de consenso ou, até mesmo, abrindo à parte que pode ser prejudicada oportunidade para o requerimento de tutela cautelar. Apenas quando não houver tempo para ouvir os litigantes é que o juiz poderá conceder tutela cautelar de ofício. Neste caso é necessário que a situação de urgência não seja do conhecimento da parte prejudicada e, assim, não tenha sido caracterizada expressamente no processo ou anunciada por qualquer dos litigantes.

Neves⁴, ensina que é natural na doutrina a distinção da tutela cautelar e da tutela antecipada, com fundamento na explicação de que a primeira assegura o resultado útil ao processo e a segunda satisfaz faticamente o direito da parte, mas adverte que a distinção entre a garantia e a satisfação não é tão simples assim. Tanto a garantia quanto a satisfação estão

² O art. 273 do CPC, dispõe expressamente que o pedido de antecipação da tutela poderá ser concedido pelo juiz, a requerimento da parte.

³ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *op.cit.*, p. 743.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**, 2ª ed., São Paulo: Método, 2010, p. 1065 ss.

presentes em ambas as espécies de tutela. Enquanto a antecipação da tutela satisfaz para garantir, a tutela cautelar garante para satisfazer.

Verifica-se que enquanto que a tutela cautelar busca garantir o resultado final do processo na forma de procedimento preparatório, a tutela antecipada satisfaz faticamente o direito, garantindo que o resultado do processo seja útil à parte vencedora.

No tocante à fungibilidade entre ambos os institutos, Donizetti⁵, ensina que a confusão oriunda do requerimento equivocado de uma das tutelas no lugar da outra, às vezes acaba postergando a concessão da tutela pleiteada em virtude do formalismo que opera na condução dos processos por desconhecer o julgador que lhe cabe dar a adequada qualificação jurídica aos fatos narrados pelas partes. Em mais; referindo-se ao disposto no §7º, do art. 273 do CPC:

Pela dicção do dispositivo, desnecessária a instauração de processo autônomo para deferimento de providência de natureza cautelar, quando formulado a título de antecipação de tutela no bojo da petição inicial ou no curso do procedimento, porquanto, presentes os pressupostos de concessão, poderá, ou melhor, deverá o juiz conceder a medida cautelar em caráter incidental.

E logo a seguir adverte que a fungibilidade prevista no parágrafo 7º do citado artigo é via de mão dupla, devendo, ainda que requerida de forma equivocada no lugar de outra, ser deferida a antecipação da tutela no lugar da tutela cautelar ou inversamente, se for o caso.

Marins⁶ aponta como elementos diferenciais entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, os seguintes elementos:

[...] a antecipação dos efeitos da tutela tem o escopo de implementar desde logo os efeitos práticos da sentença de procedência. Já, a tutela cautelar tem por função assegurar a idoneidade do processo, complexivamente considerado.

[...] Esta é, conceitualmente, não satisfativa. Aquela, orientada ou preordenada a satisfação do direito ou da pretensão, muito embora ainda não satisfativa, porquanto não se sabe se o direito alegado existe.

O legislador percebendo a frequente confusão entre ambos os institutos fez inserir expressamente, por força da Lei 10.444/02, no dispositivo do art. 273 do CPC o § 7º, prevendo a fungibilidade entre ambos.

Ainda, segundo os ensinamentos de Neves⁷,

⁵ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**, 14 ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 396.

⁶ MARINS, Victor A. Bonfim. **Tutela Cautelar, Teoria Geral e Poder Geral de Cautela**, Editora Juruá: Curitiba, 1996, p. 567/570.

[...] para se verificar qual a medida adequada para o caso concreto deve ser levado em conta a determinação do objeto e a consequência da tutela de urgência, e como consequência da sua natureza cautelar ou antecipada, é analisar se os efeitos práticos que a tutela gera se confundem com os efeitos que serão criados com o resultado final do processo. Havendo tal coincidência, a tutela de urgência será antecipada, e, no caso contrário será cautelar.

Quanto aos requisitos para a concessão embora, ambas sejam concedidas mediante cognição sumária e se situarem no plano da probabilidade do direito, ambas as tutelas apresentam peculiaridades específicas. Enquanto que para a concessão da antecipação da tutela, por força do disposto no art. 273 do CPC é necessária a verossimilhança da alegação, a medida cautelar exige o requisito da fumaça do bom direito, ou seja, que o juiz pelo menos se convença da existência de um direito aparente do autor. É o que se depreende do teor da ementa do acórdão da 2ª T. do Colendo STJ, no AgRg na MC 12.968/PR, rel. Min. Castro Meira, julgado em 25/09/2007:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. SOJA TRANSGÊNICA. HERBICIDA. GLIFOSATO NA PÓS-EMERGÊNCIA. UTILIZAÇÃO. PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS. AUSÊNCIA. TUTELA ANTECIPADA RECURSAL. JUÍZO DE EVIDÊNCIA.

1. *Periculum in mora*. A alegação de urgência à consideração de que o plantio de soja transgênica deve ser realizado até o mês de outubro não ampara a pretensão cautelar, pois o cultivo não está proibido no Estado do Paraná, mas tão-somente a utilização do herbicida Glifosato na pós-emergência. 2. *Fumus boni iuris*. A União, os Estados e o Distrito Federal, nos termos do art. 10 da Lei 7.802/89, detêm competência concorrente para legislar sobre agrotóxicos e proteção ao meio ambiente, cabendo à União fixar normas gerais e aos Estados suplementar a legislação federal no que couber. Aparentemente, não há óbice constitucional ou legal a que os Estados Membros exijam o registro prévio de agrotóxicos no órgão ambiental ou de agricultura estadual, ainda que haja registro prévio no Ministério da Agricultura. 3. Antecipação de tutela recursal. A Federação agravante pretende não apenas emprestar efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto, mas verdadeira tutela recursal antecipada que garanta a seus associados o plantio da soja geneticamente modificada com a utilização do herbicida Glifosato na pós-emergência. **Diferentemente do provimento de natureza tipicamente cautelar, que se satisfaz com o juízo de aparência (*fumus boni iuris*), a antecipação de tutela exige que o autor demonstre a verossimilhança de suas alegações por meio de prova inequívoca, o que traduz juízo de evidência bem mais complexo do que o exigido para a tutela cautelar (grifei).** 4. Agravo regimental não provido.

O entendimento firmado no venerando acórdão também é acompanhado pela doutrina majoritária. Novamente, com o subsídio dos ensinamentos de Donizetti⁸, em comento ao art. 273 do Código Processual, este reafirma que a tutela antecipada não pode ser

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção., *op. cit.* p. 1066.

⁸ DONIZETTI, Elpídio, *op cit.*, p. 397.

concedida de ofício pelo juiz, entendimento este, ao qual nos filiamos, aos fundamentos da disposição legal expressa da necessidade de requerimento pela parte interessada mediante os pressupostos de prova inequívoca, de forma a convencer o juiz da verossimilhança da alegação ou abuso de direito de defesa ou ainda, manifesto propósito protelatório do réu, conjugados com fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caso os efeitos da tutela somente sejam concedidos ao final, na sentença.

Importante mencionar, que para que o juízo possa deferir a concessão não há necessidade, e tampouco seria razoável exigir-se certeza absoluta do direito da parte. Por prova inequívoca deve-se entender aquela prova que seja suficiente para levar o juiz a acreditar com convicção de que a parte postulante seja titular do direito material disputado, posto que trata-se de juízo provisório. Ainda que o juiz ao final, ou mesmo no decorrer da demanda se convença de modo diverso podendo revogar a tutela previamente concedida. Importante que para a concessão esteja presente a verossimilhança isto é, aparência de verdade.

Ainda, segundo o mesmo autor⁹:

A verossimilhança guarda relação com a plausibilidade do direito invocado, com o *fumus boni iuris*. Entretanto, na antecipação da tutela, exatamente porque se antecipam os efeitos da decisão de mérito, exige-se mais do que a fumaça: exige-se a verossimilhança, a aparência do direito.

Neste aspecto, importa mencionar que em se tratando de tutelas de urgência, tanto na cautelar, quanto na tutela antecipada caberá à parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, a proteção futura será ineficaz em razão do perecimento do direito.

Quanto à responsabilidade objetiva, há de se observar que as tutelas de urgência sendo na sua essência de caráter provisório e fundamentadas na teoria do risco-proveito. Ao final da demanda, havendo reversão da tutela anteriormente concedida caberá objetivamente ao beneficiado reparar à outra parte, com base no art. 811 do mesmo Código Processual.

3 Considerações finais

Comparando-se a tutela cautelar e a antecipação da tutela conclui-se desde logo tratar-se de tutelas próximas, ou seja, similares e que guardam o mesmo gênero. As principais

⁹ Idem.

consequências desta proximidade são a fungibilidade entre ambas além da aplicação subsidiária das normas da teoria geral das cautelares à antecipação da tutela. Enquanto a antecipação da tutela está integralmente regulamentada em um único artigo do CPC, a tutela cautelar é explorada de forma bem mais ampla, inclusive de forma individualizada através das cautelares nominadas. A condensação da antecipação da tutela em um único artigo limita por vezes a aplicação com plenitude deste instituto sendo indispensável no caso concreto a aplicação subsidiária da regulamentação inerente à tutela cautelar.

Referencias:

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 14 ed., Thomson Reuters (Org.) São Paulo: RT, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**, 14 ed., São Paulo: Atlas, 2010.

GUERRA. Marcelo Lima. **As Liminares na Reforma do CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MARINONI, Luis Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Código de processo Civil**. Comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINS. Victor A. Bonfim. **Tutela Cautelar, Teoria Geral e Poder Geral de Cautela**, Editora Juruá : Curitiba, 1996.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**, 2^a ed., São Paulo: Método, 2010.