

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

DIOGO AUGUSTO DA SILVA MOURA

**TUTELA ANTECIPATÓRIA E OS RISCOS DA IRREVERSIBILIDADE
DO PROVIMENTO FINAL ANTECIPADO**

**NATAL/RN
2014**

DIOGO AUGUSTO DA SILVA MOURA

**TUTELA ANTECIPATÓRIA E OS RISCOS DA
IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO FINAL ANTECIPADO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do
Rio Grande do Norte, como requisito para
obtenção do título de Pós-Graduado em
Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Mestre Marcus
Vinícius Pereira Júnior.

NATAL/RN
2014

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Moura, Diego Augusto da Silva.

Tutela antecipatória e os riscos da irreversibilidade do provimento final antecipado. / Diego Augusto da Silva. – Natal, 2014.

52 f.

Orientador: Profº (Me.) Marcus Vinícius Pereira Júnior.

Monografia (Especialização em Direito Processual Civil) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito Processual Civil – Monografia. 2. Tutela Antecipada – Monografia. 3. Processo Civil – Monografia. I. Pereira Júnior, Marcus Vinícius. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 347.919.6

DIOGO AUGUSTO DA SILVA MOURA

**TUTELA ANTECIPATÓRIA E OS RISCOS DA
IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO FINAL ANTECIPADO**

Trabalho de conclusão apresentado ao curso de Pós Graduação em Direito Processual Civil do Centro Universitário do RN – UNI-RN, como requisito final para obtenção do título de Pós-Graduado em Direito Processual Civil.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professor Marcus Vinícius Pereira Junior
Orientador

Professor
Membro

Professor
Membro

RESUMO

Fundamentado no que dispõe o art. 273 e parágrafo 2º do código de processo civil, o presente trabalho de monografia tem como objetivo analisar o instituto da tutela antecipatória, enfocando, principalmente, sobre a (ir)reversibilidade do provimento final antecipado da tutela jurisdicional. Nesse aspecto, o estudo demonstra-se o que é passível de irreversibilidade, no que se refere ao provimento antecipado ou os efeitos decorrentes de tal provimento, à luz do entendimento jurisprudencial e dos doutrinadores. Primeiramente, estudar o conceito do referido instituto, conforme a visão dos estudiosos do direito, em seguida a analisar suas características bem como os requisitos específicos e imprescindíveis para sua concessão. Posteriormente, analisa-se, de forma mais ampla, o requisito negativo disposto no parágrafo 2º do artigo 273, comparando a opinião de diversos doutrinadores sobre a possibilidade de concessão dos efeitos da tutela mesmo quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, pois, nesse caso, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, surge a necessidade de proteger um direito urgente e fundado em alegações verossímeis de uma parte diante de um caso excepcional, desde que respeitado o devido processo legal. Nesse passo, analisa-se a natureza jurídica que antecipa o ato de concessão ou não da tutela antecipatória, sua motivação e o recurso cabível. Por fim, aliado a todo esse contexto, o trabalho demonstra as possibilidades em que a irreversibilidade não pode ser tida como barreira intransponível para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela.

Palavras-chave: Direito. Tutela Antecipada. Processo Civil.

ABSTRACT

Reasoned to article 273 and paragraph 2 of the Code of Civil Procedure, this thesis work has as objective to analyze the institution of anticipatory care, focusing mainly on the (ir) reversibility of the anticipated final disposition of judicial protection. In this respect, the study will demonstrate that it is capable of irreversibility if advance provision or the effects of such a provision in the light of legal understanding and legal scholars. First, was transferred to study it the concept of the cited institute, as the vision of the scholars of the right, passing after that to analyze its characteristics as well as the specific and essential requirements for its concession. Later, the negative requirement made use in the paragraph was analyzed of ampler form 2º of article 273, comparing the opinion of diverse doctrine on the possibility of concession of the effect of the guardianship exactly when provisions will have irreversible danger it, therefore, in this in case that, on the basis of the principle of the proportionality and reasonable, appear the necessity to ahead protect a urgent and apparently more evident right and founded on credible allegations a part of a bonanza case, since that respected due process of law. In this step, it was analyzed legal nature that anticipates the concession act or not, its motivation and the appropriate resource. Finally, combined with all this context, the work will demonstrate the possibilities in which the irreversibility can not be taken so as insurmountable for the granting of advance the effects of protection barrier.

Word-key: Right. Tutors Premature. Civil process.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	CONCEITO.....	9
3	CARACTERÍSTICAS	11
3.1	URGÊNCIA	11
3.2	SUMARIEDADE FORMAL E MATERIAL	12
3.3	REVOGABILIDADE E MODIFICABILIDADE	13
3.4	SATISFATIVIDADE FÁTICA	15
3.5	PROVISORIEDADE	17
3.6	PREVENTIVIDADE	18
4	REQUISITOS PARA ANTECIPAÇÃO	20
4.1	REQUERIMENTO DA PARTE	20
4.2	VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO.....	25
4.3	FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO	28
4.4	ABUSO DO DIREITO DE DEFESA OU MANIFESTO PROPÓSITO PROTETATÓRIO DO RÉU	30
5	POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA FACE À IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO FINAL ANTECIPADO	34
6	NATUREZA JURÍDICA DO ATO JUDICIAL QUE ANTECIPA OS EFEITOS DA TUTELA, SUA MOTIVAÇÃO E RECURSO CABÍVEL	46
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

O Estado, representado na pessoa do Juiz natural, desde que chamou para si o direito de solucionar os conflitos, tem o dever de prestar a jurisdição eficaz. A preocupação com a segurança das decisões fez com que o processo demandasse certo tempo para chegar ao momento da prolação da sentença.

Entretanto, por muitas vezes, a parte não pode esperar esse tempo necessário para o convencimento judicial, no caso da sua pretensão não ser satisfeita urgentemente, de nada adiantará esperar o resultado do processo, pois mesmo que seu direito seja reconhecido, ele não mais poderá ser exercido. Ou então, quando o réu sabendo que o autor terá o seu direito reconhecido, resiste ao processo só para protelar a decisão judicial, prejudicando ainda mais o autor.

Neste contexto, deve-se salientar que o procedimento ordinário e a morosidade do processo que o mesmo acarreta, tornar-se-ão inadequados à realidade e às necessidades atuais, o que leva à adoção de medidas sumárias, mais especificamente, tutelas urgentes.

Assim, o legislador, com a reforma de 1994 do CPC, deu nova redação ao artigo 273 do código de Processo Civil, introduzida pela lei 8.952, criando um Instituto que permite, desde que presentes os seus requisitos, a antecipação de efeitos concretos da sentença, a tutela antecipada.¹

Para Teori Albino Zavascki (1996), renomado doutrinador, a antecipação dos efeitos da tutela constituiu-se na purificação do processo cautelar, que readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo.²

Antes mesmo da reforma, a carta magna já expressava sua preocupação, através de seu princípio constitucional que permitia a proteção ao direito ameaçado, regulado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.³

Por outro lado, muitos têm medo da rapidez na prestação da jurisdição, pois ao mesmo tempo em que contribui para a efetividade da tutela, compromete a

¹ Código de Processo Civil, art. 273: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável de difícil reparação; II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa manifesto propósito protelatório do réu.

² ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função social semelhante, **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, n. 82, p. 56, 1996.

³ Constituição Federal de 1988, A lei não excluirá do judiciário, lesão ou ameaça de direito.

segurança quanto à justiça da decisão, uma vez que limita o contraditório, bem como, funda-se em cognição sumária.

Portanto, a fim de dar maior celeridade e efetividade à tutela dos direitos e com a finalidade de evitar o uso descontrolado e desmedido da tutela cautelar, desvirtuando-se a sua finalidade assecuratória, criou-se a tutela cautelar antecipatória, consubstanciada no art. 273 do CPC.

2 CONCEITO

O elemento marcante dessa espécie de tutela é a antecipatoriedade dos efeitos pretendidos na tutela final, razão porque, para que se obtenha o seu conceito, torna-se absolutamente necessário a compressão do referido vocábulo.

Para Rigolin (1990), a antecipatoriedade se traduz em uma das técnicas utilizadas pelo legislador para solucionar o problema da demora na entrega da prestação jurisdicional⁴.

Na lição ministrada pelo tradicional doutrinador Sérgio Bermudes (1995), a antecipação dos efeitos da tutela possui a seguinte finalidade:

(...) cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificado os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio, (...) o juiz, por razões, de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos⁵.

Para Dinamarco (1996), antecipar os efeitos da tutela seria antecipar os efeitos do provimento ou da sentença que se espera do futuro⁶. Para Nelson Nery Junior (1995), a tutela antecipatória consistiria na entrega ao autor, total ou parcialmente, da própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos⁷. Como bem salientou Montenegro Filho (2010), trata-se de um pedido formulado pelo autor, com a pretensão de que o promovente conviva com os efeitos da sentença antes de esta ser proferida pela autoridade judicial, com índole satisfativa.⁸

Por fim, nos ensinamentos de Marinone (2010), a tutela antecipatória pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo⁹.

⁴ RIGOLIN, Antônio. **Das medidas cautelares**, *Revista de Processo*, São Paulo, ano 15, n. 57, p. 61, 1990.

⁵ BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 35, 1995.

⁶ DINAMARCO. Cândido Rangel. **A reforma do Código do Processo Civil**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, p.142, 1996.

⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil de dezembro de 1994, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 51, 1995.

⁸ MONETENEGRO FILHO, Misael. **Processo civil**, 7ª edição, p. 308, 2010.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**, **Revista e atualizada**, 9. ed., Editora Revista dos tribunais, p. 198, 2010.

Tem-se, portanto, que a tutela antecipatória é aquela fundada em cognição sumária, que tem por finalidade realizar provisoriamente, o direito material invocado, antecipando total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.

3 CARACTERÍSTICAS

A tutela antecipatória possui algumas características que não lhes são exclusivas, tais como urgência, sumariedade material e formal, revogabilidade, modificabilidade, satisfatividade fática, provisoriedade e preventividade. A partir de agora, se passa a analisar cada uma dessas características:

3.1 URGÊNCIA

A tutela antecipatória consiste em uma das espécies de tutela de urgência. Conforme já mencionado¹⁰, a urgência é característica daquilo que deve ser realizado imediatamente, por imperiosa necessidade, e para que se evitem males, ou perdas, consequentes de maiores delongas, ou protelações¹¹.

A tutela antecipatória urgente decorre da situação em haja fundado receio de dono irreparável ou de difícil reparação, conforme disposição contida no art. 273, I, do Código de Processo Civil. Neste caso, deve ser demonstrada a existência de situação de risco que justifique a adoção de uma ação de tutela de urgência.

Há de se mencionar, porém, que existem casos em que a lei dispensa o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, facultando ao juiz a concessão da tutela antecipatória em caráter não urgente, como nos casos em que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, consoante disposição do art. 273, II do CPC. Neste caso, há uma presunção de que a morosidade do processo¹², decorrentes de atos protelatórios do réu, resulte em injustiça espera para a realização de direito, o que justifica a antecipação dos efeitos da tutela¹³.

¹⁰ Acerca da urgência da tutela jurisdicional, confira-se a classificação constante do item 2.2.4.5 – Quanto à sua urgência.

¹¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 3. ed. IV, Rio de Janeiro: Forense, p. 440, 1991.

¹² Neste sentido, confira-se a lição de Andréa Proto Pisani exposta no item 2.2.4.3 do presente estudo, em relação à necessidade de adoção de tutelas diferenciadas para combater a morosidade do processo.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme, **A antecipação da tutela**, 4. ed. São Paulo: Malheiros, p.138, 1998.

3.2 SUMARIEDADE FORMAL E MATERIAL

A sumariedade está intimamente ligada à urgência do provimento jurisdicional reclamado. A tutela jurisdicional sumária deve ser utilizada naquelas ocasiões em que, com a finalidade de preservar a sua integridade, o Estado deva tutelar com urgência o direito material invocado, pois a morosidade processual pode caracterizar como dano irreversível¹⁴. Essa sumariedade pode ser classificada em: formal e material.

A sumariedade formal é aquela pertinente ao procedimento adotado para a antecipação dos efeitos da tutela. Tendo em vista que a tutela antecipatória tem a finalidade de combater a morosidade e a falta de efetividade decorrente do procedimento ordinário, há de ser abreviado o procedimento para o deferimento da providência jurisdicional reclamada, para que se atenda ao requerente com a urgência necessária.

Por outro lado, a sumariedade material não pode ser confundida com a sumariedade em sentido formal, já que esta versa sobre o procedimento, ao passo que aquela versa sobre a cognição. Conforme já tratado¹⁵, na cognição sumária as questões suscitadas são apreciadas superficialmente, buscando apenas um juízo de probabilidade e verossimilhança¹⁶. Não se busca exaustivamente na análise das questões suscitadas, nem robustez nas provas produzidas, reservando-se isso para o procedimento que visa o juízo de certeza¹⁷.

A cognição plena e exauriente terão lugar no processo em que foi deferida ou indeferida a tutela antecipatória, pois, concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até o final do julgamento, conforme disposição contida no art. 273, §5º, do CPC. É importante mencionar que se o provimento antecipatório for deferido, posteriormente poderá ser objeto de revogação ou modificação.

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutelar antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), São Paulo: Malheiros, p.126, 1998.

¹⁵ Acerca do conceito de cognição e suas classificações consultem-se o item 2.2.4.6 – Quanto à técnica de cognição.

¹⁶ Quando da análise dos requisitos necessária à concessão da tutela antecipatória, serão abordados os juízos de aparência, probabilidade e verossimilhança, no item 3.4 – Requisitos para a antecipação.

¹⁷ Para João Batista Lopes, em análogas representadas pelas medidas cautelares, a sumariedade está a indicar que juiz não deve aprofundar-se no exame das questões de fato e de direito suscitadas pelas partes, mas deve satisfazer-se com a plausibilidade do direito alegado, com a “summaria cognitio”, com a cognição superficial ou sumária.

Desse modo, considera-se a sumariedade formal e material como característica da tutela antecipatória, em virtude da urgência com que se busca o provimento jurisdicional antecipado.

3.3 REVOGABILIDADE E MODIFICABILIDADE

A revogação e a modificação do provimento jurisdicional são características da antecipação dos efeitos da tutela, inclusive com expressa previsão no art. 273, §4º, do Código de Processo Civil¹⁸. Para tanto, a lei dispõe que isso pode ocorrer a qualquer tempo e por decisão fundamentada¹⁹.

A locução a qualquer tempo inserida na lei indica que o próprio órgão jurisdicional que concedeu a antecipação da tutela pode revogá-la ou modificá-la, enquanto possui ofício jurisdicional²⁰, sendo-lhe vedado proceder de tal forma depois de encerrado o referido ofício nos termos do art.463 do CPC²¹.

Para Sahione Fadel (1996), revogação da tutela antecipatória exprime o significado de volta à situação anterior com a cessação dos efeitos ou dos atos que provocam alteração na situação de fato, devendo ela retornar ao estado em que se encontrava antes da decisão antecipatória. No que diz respeito à modificação, o mesmo autor entende que essa significa o ato do juiz que substitui a tutela antes deferida por outra mais adequada a satisfazer o pedido do autor ou a não prejudicar demasiadamente o réu²².

Contudo, para que seja possível a revogação ou modificação da tutela antecipatória é necessário que haja um em motivo ensejador. Nesse sentido, Marinoni (1998) ensina que:

As razões que permitem a revogação ou modificação da tutela, quando não interposto o agravo, são as novas circunstâncias, vale são “outras razões”. Não é somente a alteração da situação de fato do objeto da lide que permite a modificação ou revogação da tutela, mas também o surgimento, derivado

¹⁸ Código de Processo Civil, art.273: (...). §4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

¹⁹ No que tange à decisão fundamentada, será tratado posteriormente, no item3. 6, acerca da natureza jurídica do ato judicial que antecipa os efeitos da tutela, sua motivação e recurso cabível.

²⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. São Paulo: Oliveira Mendes, p.578, 1998.

²¹ Código de Processo Civil, art. 463: Publicada a sentença de mérito, o juiz só podendo alterá-la: I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração.

²² FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. cit. p. 58-60 ano.

do desenvolvimento do contraditório, de uma outra evidência sobre uma situação de fato. É o caso sobre a produção de prova que pode alterar a convicção do julgador que pode acerca da situação de fato²³.

Numa acepção geral, é possível admitir duas hipóteses que podem acarretar a revogação ou modificação da tutela antecipatória. A primeira diz respeito ao desaparecimento ou, até mesmo, à verificação da inexistência do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, provados por meios de documentos ou testemunhas, a segunda diz respeito ao conhecimento do juiz acerca dos fatos narrados, propiciados pelo contraditório, em que há oportunidade de conhecer das razões do réu, o que poderá gerar uma revisão da decisão (fundada em juízo de probabilidade e verossimilhança), acarretando a revogação ou modificação da tutela antecipatória²⁴.

Antes de finalizar a abordagem da matéria, ainda surge outra questão: pode o juiz revogar ou modificar o pedido *ex officio*? A essa indagação impõem-se resposta negativa, pois se um dos requisitos para a concessão da tutela antecipatória é o requerimento da parte, também para a sua revogação ou modificação a parte interessada deverá formular o requerimento²⁵. A doutrina é assente em admitir que para que haja revogação ou modificação a parte interessada deve requerê-la²⁶.

Nesse sentido, Calmon De Passos (1996) ensina que assim como a antecipação é requerida, sendo inviável sua decretação de ofício, também sua revogação ou modificação, reclama provocação, sendo inviáveis de ofício²⁷.

Diante disso, nota-se que a revogação ou modificação do provimento que antecipa os efeitos da tutela, além de depender do requerimento da parte interessada, depende de novas circunstâncias, ou a quem a alteração da situação fática modifique o convencimento do juiz acerca daquela ensejadora do deferimento da tutela antecipatória.

²³ Luiz Guilherme Marinoni, Na antecipação da tutela, cit., o.580-1.

²⁴ Antônio Cláudio da Costa Machado, Tutela antecipada, cit., o.5890-1.

²⁵ ALVIM, J. E. Carreira. **A antecipação de tutela na reforma processual**, in **Reforma do Código do Processo Civil**, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, p.75, 1996.

²⁶ Nesse sentido, confirmam-se: ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, p. 113-4, 1997; FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**, 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p.72-4, 1997.

²⁷ PASSOS, J. J. Calmon de. **Da antecipação da tutela**, in **Reforma do código de processo civil**, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, p.211, 1996.

3.4 SATISFATIVIDADE FÁTICA

Questão polêmica em torno da antecipação dos efeitos da tutela pertine à característica da satisfatividade quanto à possibilidade de satisfazer ou não o direito pleiteado em juízo. Para que seja possível esclarecer a essa discussão torna-se extremamente necessário que antes se façam algumas considerações referentes ao tema.

Sem uma análise mais aprofundada acerca do tema, poder-se-ia perfeitamente afirmar que a tutela antecipatória constitui modalidade de tutela jurisdicional satisfativa. Nesse sentido, assevera Dinamarco que a tutela antecipada tem nítido e deliberado caráter satisfativo (...) ²⁸.

Contudo, após um exame detido da matéria atinente à satisfatividade, em princípio, seria um contrassenso afirmar que a tutela antecipatória possui tal característica, pois não se trata de uma modalidade de tutela jurisdicional satisfativa. Todavia, é preciso tecer alguns comentários a respeito da satisfatividade.

Quando se procede a análise de várias doutrinas que visam explicar o fenômeno da satisfatividade da tutela jurisdicional no direito processual civil, conclui-se que a doutrina entende pela existência de duas modalidades de satisfação do direito: no plano dos fatos, ou seja, a satisfação do direito coincidiu com sua realização no plano social, e no plano jurídico, consubstanciada pela satisfação do direito no mundo jurídico, obtida por meio de processo com sentença declarando a existência do direito invocado ²⁹.

Na ocasião que foi estudada a tutela jurisdicional satisfativa, teve-se a oportunidade de verificar que pouquíssimos são os autores que procedem à análise detalhada acerca do tema, pelo que a maior parte da doutrina não faz a devida distinção entre a satisfatividade no plano fático e no plano jurídico, o que jamais poderia ser admitido.

Conforme manifestação anterior ³⁰, para o presente estudo adotou-se a posição segundo a qual a satisfatividade ocorre no plano jurídico, pois somente se alcança a satisfação de um direito quando o juiz o declara existente, com contornos

²⁸ Candido Rangel Dinamarco. A reforma do código de processo civil.

²⁹ Acerca da satisfatividade da tutela jurisdicional, confira-se item 2.2.4.1 – Quanto à sua satisfatividade.

³⁰ Neste sentido, confira-se a classificação da tutela jurisdicional quanto à sua satisfatividade, exposta no item 2.2.4.1.

de definitividade. Nesse momento, ocorre a satisfação, tendo em vista que o provimento jurisdicional torna-se bastante, não havendo necessidade de qualquer outro provimento para complementá-lo. Eis aí a tutela jurisdicional satisfativa.

Não se pode negar, entretanto, que, para aqueles que entendem pela existência de uma satisfatividade no plano fático ou para aqueles que não fazem distinção entre satisfação fática e jurídica, a tutela antecipatória constitui modalidade de tutela jurisdicional de cunho satisfativo. Em homenagem aos ensinamentos de Freitas Câmara (2013), a tutela antecipatória se fundamenta em juízo de probabilidade, como um fenômeno próprio do processo de conhecimento.³¹

Nesse sentido, entendendo pela perfeita distinção entre satisfação fática e jurídica, Teresa Arruda Alvim Wambier (1997) afirma que, no plano fático, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional é tutela satisfativa. A notável jurista comenta da seguinte forma a tutela antecipatória:

Trata-se de tutela satisfativa no sentido de que o que se concede ao autor liminarmente coincidiu, em termos práticos e no plano dos fatos (embora reversível e provisoriamente), com o que está sendo pleiteado “*principaliter*”. É importante que se observe que a expressão “satisfatividade” comporta vários sentidos. Um deles é o que foi mencionado acima. Outro diz respeito à irreversibilidade da medida concedida, no plano empírico. Outro ainda, está ligado à prescindibilidade da ação principal (ou de outra decisão, posterior, que confirme, ou infirme a medida concedida). Só no primeiro sentido é que se pode considerar satisfativa a tutela antecipatória³².

Porém, conforme já salientado, a satisfatividade só ocorrerá no plano jurídico, visto que somente este interessa para a ciência do direito. A satisfação no plano dos fatos ou a realização do direito no âmbito social não é satisfação, senão uma sensação provisória de vantagem que se logrou em decisão não definitiva proferida³³.

A solução provisória da controvérsia obtida por meio da tutela antecipatória não possui o condão de satisfazer o direito invocado, mas, tão somente, antecipar os efeitos da tutela jurisdicional satisfativa, em benefício daquele direito que se lhe

³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed, São Paulo: Atlas S.A., 2013.

³² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, in: Aspectos polêmicos da antecipação da tutela, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 536, 1997.

³³ Neste sentido Vitor A.A. Bomfim Marins afirma que a expressão “satisfação provisória” encerra uma contradição nos seus próprios termos, porquanto ou há satisfação no sentido jurídico ou não há (Tutela cautelar: Teoria geral e poder geral de cautela, Curitiba: Ed. Juruá, 1996, p.77).

pareça mais provável, mesmo assim, provisoriamente. Da lição de Bedaque (1998) é perfeitamente possível extrair que a tutela antecipatória não constitui uma das modalidades de tutela jurisdicional satisfativa. Nesse sentido, o jurista ensina que:

Na tutela satisfativa final pretende-se a solução definitiva da controvérsia, bem como, que se tornem definitivos os efeitos antecipados provisoriamente, antecipação, essa, destinada apenas a dotar de utilidade o resultado do processo. Por isso, antecipada e/ou “precipita no tempo” o possível resultado final e definitivo do processo, que deverá prosseguir até que esse seja alcançado. Inadmissível, pois, a satisfação definitiva do direito com a tutela antecipada. Tem por objetivo assegurar o resultado, antecipando-o provisoriamente³⁴.

Portanto, para aqueles que compreendem que a satisfação se dá no plano fático, à tutela antecipatória será modalidade de tutela jurisdicional satisfativa. Todavia, em face das razões expostas, é perfeitamente possível afirmar que a tutela antecipatória não constitui modalidade de tutela jurisdicional satisfativa, não possuindo o condão de satisfazer o direito invocado em juízo, tendo em vista que se trata de medida concedida em caráter provisório, fundada em cognição sumária e passível de revogação ou modificação.

3.5 PROVISORIEDADE

Pode-se afirmar que outra característica da tutela antecipatória é a provisoriedade do provimento. Algumas vezes, entretanto, ocorre confusão entre os termos temporário e provisório - o que não pode acontecer. A decisão que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional pleiteada é judicialmente provisória, não judicialmente temporária.

Existe, contudo, uma distinção entre temporariedade e provisoriedade, claramente compreendida na lição de Calamandrei:

Temporal é, simplesmente, o que não dura para sempre; o que independentemente de sobrevir outro evento, tem por si a mesma duração limitada; provisória é, ao contrário, o que está destinado a durar até que sobrevenha um

³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e Tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), cit., p.287-8 (1998).

evento sucessivo, em razão do qual o estado de provisoriedade subsiste durante o tempo intermediário³⁵.

Note-se que o traço distintivo entre a temporariedade e a provisoriedade reside em que o provimento temporário terá vigor por determinado tempo, não dependendo da superveniência de outro; já o provimento provisório depende de uma medida que virá com caráter definitivo.

A tutela antecipatória possui um caráter provisório, pois, conforme enuncia o art.273, §5º, do Código Processo Civil, independente de ser ou não concedida a antecipação da tutela, o processo prosseguirá até o seu julgamento final. O julgamento é provimento que fará cessar a provisoriedade, já que esse veridicamente possui contornos de definitividade. Nem mesmo fundando-se na possibilidade de modificação ou revogação da decisão, seria possível concluir pelo caráter temporário da tutela antecipatória. Conforme já observado³⁶, para que ocorra a revogação ou modificação seria necessária uma outra decisão, o que, por si só, não se coaduna com a característica da temporariedade, ou seja, a extinção após determinado lapso temporal, independentemente de outra decisão.

Por conseguinte, após ter sido estabelecida a distinção entre o provimento temporário e o provisório, pode-se concluir que a decisão que antecipa os efeitos da tutela trata-se de uma decisão provisória, pois não tem o condão de regular a relação controvertida com contornos de definitividade.

3.6 PREVENTIVIDADE

Como já visto³⁷, a tutela antecipatória consiste em uma das espécies de tutela de urgência decorrente de situação em que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, conforme disposição contida no art. 273, I, do CPC.

A preventividade da tutela antecipatória encontra-se, intimamente, ligada à sua urgência, pois caso não seja adotada uma providência preventiva, em decorrência de determinadas situações fáticas e pela morosidade do processo, o direito material poderá sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação. A

³⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Buenos Aires: EJE, p.36, 1945.

³⁶ Neste sentido, confira-se o item 3.3.3 – Revogabilidade e modificabilidade da tutela antecipatória.

³⁷ No que tange a urgência da tutela antecipatória, confira-se o item 3.3.1 – Urgência.

preventividade dar-se-á por meio da antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela jurisdicional final.

Há casos, no entanto, em que poderia ser argumentado que a tutela antecipatória não possui a finalidade de prevenir dano irreparável ou de difícil reparação, como por exemplo, no art. 273, II, do CPC. Porém, nos casos em que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, é facultado ao juiz o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela. Nessas situações, existe uma presunção de que a morosidade do processo, decorrente de atos protelatórios do réu, resulte em injustiça espera para realização do direito do autor, o que justifica o deferimento da tutela antecipatória³⁸.

Inferre-se, deste modo, que a preventividade é uma das características da tutela antecipatória que, por meio da antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela jurisdicional final, previne um dano irreparável ou de difícil reparação, decorrente da morosidade processual, ou de atos manifestamente protelatórios do réu.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. cit., p.138. Também, neste sentido, confira-se PISANI, Andréa Proto. **La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano**, Revista de Processo, ano 23, n.90, p. 25,1998.

4 REQUISITOS PARA A ANTECIPAÇÃO

A antecipação dos efeitos da tutela não pode ser concebida como regra; a sua concessão sempre deverá estar adstrita aos requisitos estabelecidos em lei, a fim de evitar abusos no seu deferimento (ou indeferimento). Por essa razão é que o art. 273 do CPC estabelece os requisitos positivos e negativos para a sua concessão³⁹.

Dentre os requisitos positivos mencionam-se os seguintes: (a) o requerimento da parte; (b) a existência de prova inequívoca; (c) a verossimilhança da alegação; (d) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou alternativamente, (e) abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Também a doutrina entende que, nas disposições do art. 273, § 2º, do CPC, existe um requisito negativo para a concessão da tutela antecipatória, consistente na não-configuração do perigo da irreversibilidade do provimento antecipado.

Todavia, conforme bem analisa João Batista Lopes (1997), a compreensão das normas atinentes à tutela antecipatória apresenta várias dificuldades, tendo em vista que o legislador, para dar maior liberdade de apreciação ao juiz, deliberadamente optou por termos vago ou indeterminado, e não por conceitos unívocos⁴⁰. Dentre tais conceitos, posem-se citar os de prova inequívoca, verossimilhança, fundado receio, dano irreparável ou de difícil reparação e abuso de direito.

No momento, expõe-se, apenas, de forma genérica, à análise de cada um dos requisitos (e seus conceitos) necessários para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

4.1 REQUERIMENTO DA PARTE

No processo cautelar, a lei autoriza o juiz, em casos excepcionais, a determinar a realização de medidas cautelares sem a audiência das partes, nos

³⁹ ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela, in Aspectos polêmicos da antecipação da tutela, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, p.22, 1997.

⁴⁰ LOPES, João Batista. Tutela antecipada e o art. 273 do CPC, in Aspectos polêmicos da antecipação da tutela, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, **Revistas dos Tribunais**, p. 217, 1997.

termos do art. 797 do Código de Processo Civil⁴¹. Essa faculdade concedida ao juiz advém do objeto de preservar a seriedade da justiça e o resultado útil de um processo de tutela jurisdicional satisfativa, sem que isso ofenda o efeito da inércia da jurisdição, do dispositivo, e da adstrição, conforme as disposições constantes dos arts. 262 e 128 do já citado diploma legal⁴².

Contudo, no que tange à antecipação dos efeitos da tutela, o art. 273 dispõe que o seu deferimento se dará mediante requerimento da parte. De forma alguma poderá o juiz *ex officio* determinar a tutela antecipatória, sob pena de ofensa ao princípio dispositivo (CPC - art. 262), ao princípio da inércia da jurisdição (CPC, art. 2º), bem como ao princípio da adstrição (CPC, art.128)⁴³.

Nesse sentido, em homenagem ao antigo julgado da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, de forma unânime, entendeu que a tutela antecipatória não poderá ser concedida de ofício pelo magistrado, concluindo que tal ato ofende o princípio da inércia da jurisdição e o princípio da adstrição, conforme disposições contidas nos arts. 2º, 262, 128 do Código do Processo Civil:

Tutela antecipatória – Concessão de ofício pelo Magistrado – Inadmissibilidade – Necessidade de pedido do expresso da parte autora – Observância do princípio da adstrição do juiz no pedido – Inteligência dos arts. 2º, 128 e 273 do CPC.

A antecipação da tutela, nos termos do “caput” do art.273 do CPC, exige pedido expresso da parte autora. Sua concessão de ofício traz ofensa expressa a essa regra processual, além de hostilizar o princípio da adstrição do juiz ao pedido, conforme disposto nos arts. 2º, 262 e 128 “do Diploma Processual”. (grifou-se)

(Acórdão do tribunal Regional Federal da1ª Região, AgIn1997.01.00.018994-8/DF, 1ª Turma, j. 18-8-1998, rel. convocado Velasco Nascimento, DJU, 24-9-1998)⁴⁴.

Com relação à legitimidade para pleitear a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, vejam-se as seguintes considerações:

⁴¹ Código de Processo Civil, art.797: Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

⁴² Código de Processo Civil, art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais. ART. 262: O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial. Art. 128: O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, nas suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

⁴³ Em sentido contrário, admitindo excepcionalmente a tutela antecipatória concedida *ex officio*, confira-se José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), cit., p. 351-2.

⁴⁴ RT, São Paulo, ano 88, n. 760, p. 425,1999.

Embora a questão possa parecer simples, primeiramente, deve-se ater à disposição legal, ou seja, a parte possui legitimidade⁴⁵ para requerer a tutela antecipatória.

Nesse passo, aqueles que figuram em um dos polos da relação jurídica processual, seja autor, sejam réus (estes, somente em ação dúplice), à primeira vista, é quem possui legitimidade para requerer a tutela antecipatória. Isso também ocorre na reconvenção⁴⁶. Em princípio, pode parecer estranha a afirmação de que o réu pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela. Porém, tal estranheza se desfaz quando se lembra das ações dúplices, pois, nestas ações, o réu passa à qualidade de autor. Portanto, perfeitamente cabível o pedido de tutela antecipatória formulado pelo réu⁴⁷.

Diante disso, conclui-se que qualquer das partes do processo, autor ou réu (este, somente em ações dúplices), possui legitimidade para requerer a antecipação dos efeitos da tutela⁴⁸, desde que preenchidos os demais requisitos exigidos pelo art. 273 do Código de Processo Civil⁴⁹.

⁴⁵ Para Donaldo Armelin, a legitimidade é uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação, se presentes as demais condições da ação e pressupostos processuais, com o pronunciamento judicial sobre o mérito do processo (legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.85, 1979).

⁴⁶ Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, a reconvenção é um modo de exercício de ação, sob forma de contra-ataque do réu contra o autor, dentro do processo já iniciado, ensejando processamento simultâneo com a ação principal, afim que o juiz resolva as duas lides na mesma sentença (Código de Processo Civil comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.499, 1994).

⁴⁷ Em sentido contrário, Manoel Antônio Teixeira Filho entende não ser cabível a antecipação dos efeitos da tutela requerida pelo réu, já que este jamais poderá cumprir com os requisitos estabelecidos no art.273, incisos I e II, do Código de processo Civil. Entende, ainda, que, se assim não fosse não haveria razão para a proibição da irreversibilidade do provimento antecipado, contaste no art.273, § 5º, do Código do Processo Civil (As alterações no CPC e suas repercussões no processo do trabalho, 3º ed., São Paulo: LTr, 1996, p.58).

⁴⁸ Marinoni admite, em princípio, a possibilidade de terceiros intervenientes (denúnciação da lide, oposição e chamamento ao processo) requerem a tutela antecipatória (A antecipação da tutela, cit., p.122-3).

⁴⁹ Em relação à Fazenda Pública, a doutrina tem-se mostrado bastante divergente a respeito do cabimento da antecipação dos efeitos da tutela. Entretanto o enfoque está direcionado à tutela antecipatória de cunho condenatório, sem que haja manifestação no sentido de cabimento em ações declaratórias e constitutivas. Para o aproveitamento da questão confira-se: J.E.S. Frias, Tutela antecipada, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, cit., p. 32-6, 1997; Teresa Arruda Alvim Wambier, da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, in. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, cit., p. 552-5; Cássio Scarpinela Bueno, Tutela antecipada e ações contra o Poder Público, in aspectos polêmicos da antecipação de tutela, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 37-100, 1997; James Marin, Anotações sobre o cabimento da antecipação da tutela em matéria tributária, Revista dos Processos, São Paulo, ano 23, n. 91, p. 120-32, 1998.

Para De Plácido e Silva (1991), a prova consiste na "demonstração da existência" ou da "veracidade" daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta⁵⁰.

Ainda na acepção dos ensinamentos do referido jurista, o vocábulo inequívoco, por sua vez, possui a sua formação da negação in equívoco consistente na demonstração do que se diz ou se faz com "clareza", "exatidão", "firmeza", ou o que se vê "evidente", "irrepreensível", "certo"⁵¹. Enfim, inequívoco traduz a ideia daquilo que não gera dúvidas, o que é certo e exato.

Analizando literalmente a disposição contida no caput do art. 273 do Código de Processo Civil, poderia concluir-se que, para o deferimento da tutela antecipatória, o juiz deveria estar diante de uma prova indubitosa de que a alegação é verossímil.

Adotando posição um tanto quanto radical no que tange a tutela antecipatória e acreditando, ser necessário, uma prova tão inequívoca quanto a própria decisão definitiva, Calmon de Passos (1996), leciona da seguinte forma:

A antecipação da tutela, ora disciplinada, reclama, para que seja deferida, já seja possível decisão de mérito no processo em que ela é postulada, a ser concomitantemente proferida, ou já existia decisão, a qual se deseja acrescentar o benefício da antecipação, para que se torne, de logo, provisoriamente exeqüível. (...) O que se fez, em boa hora, é permitir, nos casos excepcionais indicados, que a decisão de mérito seja de logo exeqüível (...) ⁵².

Entender que a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional só não pode ser concedida antes do momento em que existam elementos suficientes para o julgamento do processo, significa desnaturar o instituto processual que, justamente, possui a finalidade de evitar o risco de dano ao direito material tutelado ou sancionar o réu que abuse do direito de defesa⁵³.

⁵⁰ De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, v. III, cit., p. 491.

⁵¹ De Plácido e Silva, Vocabulário jurídico, cit., v. II, p. 462. O mestre ensina que a qualidade de inequívoco imprime aos "atos jurídicos" a condição de "irrefutáveis", porque se fazem verdadeiros, certos, procedentes a autênticos, de "modo claro" e "positivo", não admitindo erro ou engano, quanto à sua apreciação.

⁵² J. J. Calmon de Passos, Da antecipação da tutela, in Reforma do Código de Processo Civil, cit., p.192-3.

⁵³ No sentido de que é equivocada a posição de Calmon de Passos, confira-se José Roberto dos Santos Bedaque, Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 234-5.

Assim, não se pode concordar com a posição sustentada pelo eminente mestre baiano, para quem na tutela antecipatória não se cuida de um passe de mágica em favor das tão endeusadas celeridade, efetividade, deformalização e outros “vaptis-vupts” processuais, todavia de uma forma de execução provisória da decisão de mérito⁵⁴.

Pelo contrário, a locução prova inequívoca não pode ser entendida de forma rigorosa e absoluta, sob pena de que a tutela antecipatória não seja concedida em hipótese alguma, tornando, assim, letra morta às disposições no caput do art. 273 do Código de Processo Civil. Ademais, conforme afirma CARREIRA ALVIM, a prova pode ingressar no procedimento como “inequívoca” e ser tida, depois de encerrada a instrução, como a mais equívoca e imprestável delas⁵⁵.

Torna-se impossível, porém, para o juiz, em determinada fase processual, qualificar uma prova como inequívoca, pois somente terá condições de considerá-la assim, ao proferir a sentença, após regular e completa instrução do feito, ao emitir juízo definitivo e exauriente de seu ofício jurisdicional⁵⁶.

Em excelente interpretação do dispositivo legal, encontrando um equilíbrio entre o binômio efetividade-certeza, ao comentar a locução prova inequívoca, MARINONI assevera que:

A denominada “prova inequívoca”, capaz de convencer o juiz da “verossimilhança da alegação”, somente pode ser entendida como a “prova suficiente” para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito⁵⁷.

A prova inequívoca constante do dispositivo de lei, assim sendo, deve ser compreendida como aquela que seja suficiente para o juiz concluir que as alegações expostas na petição inicial são passíveis de corresponder à realidade dos fatos alegados⁵⁸. Nesse caso, a prova deve ser necessária para demonstrar

⁵⁴ PASSOS, J. J. Calmon de. Da antecipação da tutela na reforma processual, in **Reforma do Código de Processo Civil**, cit., p.192.

⁵⁵ PASSOS J. E. Calmon de, Da antecipação da tutela na reforma processual, in **Reforma do Código de Processo Civil**, cit., p.67.

⁵⁶ FADEL, Sérgio Sahione. Antecipação da tutela do processo civil, cit., p. 27.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela, cit., p.155.

⁵⁸ Para Dinamarco, a exigência de “prova inequívoca” significa que a mera aparência não basta e que a “verossimilhança” exigida é mais do que o “fumus boni iuris” exigido para a tutela cautelar (A reforma do código de processo civil, cit., p.145). No sentido de que não se pode confundir prova inequívoca e fumus boni iuris, Kazuo Watanabe ensina que prova inequívoca não é a mesma coisa que “fumus boni iuris” do processo cautelar. O juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova

verossimilhança de sua alegação, já que não visa um juízo de certeza, dessa forma, mais plena e exauriente.

Diante do exposto, quando o autor requerer na inicial a tutela antecipatória, pode valer-se de qualquer modalidade de prova, tais como a prova documental, testemunhal, perícia, inspeção judicial a e, até mesmo, o depoimento pessoal do réu⁵⁹, ainda que produzida antecipadamente. Portanto, não é somente a prova documental que tem o condão de convencer o juiz da verossimilhança da alegação.

4.2 VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO

Conforme já verificado, o interessado na obtenção da tutela antecipatória deve demonstrar, por meio de prova inequívoca, a verossimilhança da alegação.

À primeira vista, afigura-se que bastaria simples demonstração de que a alegação do requerente é verossímil para a obtenção da tutela antecipatória. Contudo, a questão não é simples como pode parecer, especialmente, diante do que representa a verossimilhança para a antecipação dos efeitos da tutela.

Primeiramente, necessário se faz mencionar que o vocábulo verossimilhança advém de verossímil, consubstanciando-se na plausibilidade, probabilidade de ser. Segundo DE PLÁCIDO E SILVA, a verossimilhança resulta das circunstâncias que apontam certo fato, ou coisa certa, “como possível”, ou “como real”, mesmo que não se tenham deles provas diretas⁶⁰. Todavia, a definição encontrada no Vocábulo jurídico, acerca do juízo necessário para a antecipação dos efeitos da tutela, por si só, não esclarece a questão.

A doutrina cogita em juízo da aparência, juízo de probabilidade e de verossimilhança. Mas seria possível afirmar a existência de diferença entre essas

inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresenta dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples “fumaça”, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contornos sombreados de um direito (tutela antecipatória e tutela específica..., in Reforma do Código do Processo Civil, cit., p.33-4). Para João Batista, legislador reformista se valeu da expressão “prova inequívoca” para aludir à prova segura, isto é, idônea a formar a convicção do julgador. Prova inequívoca não significa, assim, prova incontestável ou inexpugnável, já que nem mesmo escritura pública ostenta tal atributo (A prova no direito processual civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.80).

⁵⁹ Neste sentido, confirmam-se: Luiz Guilherme Marinoni, A antecipação da tutela, cit., p.156-7; Araken de Assis, Antecipação de tutela, in Aspectos polêmicos da antecipação da tutela, cit., p.24.

⁶⁰ De Plácido e Silva, Vocabulário jurídico, v. IV, cit., p. 482. O referido autor ensina que, sendo a verossimilhança uma questão de fato, não se pode sobre ela estabelecer regras doutrinárias. Deve, portanto, ser deixada ao prudente arbítrio do juiz, que a resolverá segundo as circunstâncias que cercam cada caso, diante do exame das relações existentes entre as provas feitas e os fatos que se pretende provar.

expressões no âmbito da cognição necessária para o deferimento da tutela antecipatória?

Para Costa Machado (1998), as três expressões são muito parecidas, chegando ao ponto de facilmente ser estabelecida a confusão entre elas. Confirmando a sua posição, o referido autor sustenta a sua afirmação nas definições de Mansur Gueiros (2001), segundo o qual, a verossimilhança traduz a aparência da verdade, probabilidade de ser; a aparência demonstra aquilo que aparece à primeira vista, uma probabilidade; e a probabilidade de um fato, aparência de verdade, indício⁶¹.

Efetivamente, pode-se concluir que as definições destes vocábulos são convergentes e passíveis de confusão. Tornando, ainda mais, difícil a solução do problema. Costa Machado (1998) entende que as noções de aparência e probabilidade integram a de verossimilhança, probabilidade integra a de aparência, e aparência integra a de probabilidade⁶².

Embora as três expressões possuam significados muito próximos, é possível admitir que a aparência equivale ao gênero do qual probabilidade e verossimilhança seriam espécies. Assim, algo que se mostra aparente pode ser tanto provável como verossímil. Ao contrário do que sustentam os estudiosos do vernáculo, ambas as expressões (probabilidade e verossimilhança) distinguem-se, ainda, da possibilidade.

Na lição de Carreira Alvim (1996), certamente o jurista que mais estudou este tema, após a Reforma do Código de Processo Civil, essas três expressões (possível, verossímil e provável), nesta sequência, constituem uma progressão até a comprovação da verdade. Nesse sentido, o ilustre jurista ensina que:

Quem diz que um fato é verossímil está mais próximo em reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável, está ainda mais avançado do que quem diz que é verossímil, porque vai além da aparência, e começa a admitir que existem argumentos para crê que corresponda à realidade⁶³.

⁶¹ Antônio Cláudio da Costa Machado, Tutela antecipada, cit., p.378.

⁶² Antônio Cláudio da Costa Machado, Tutela antecipada, cit., p.379.

⁶³ J. E. Carreira Alvim, Antecipação de tutela na reforma processual, in Reforma do Código de Processo Civil, cit., p. 59.

Na melhor lição exposta, a respeito da probabilidade e verossimilhança, atinente à antecipação dos efeitos da tutela, Carreira Alvim (1996) conclui o seu pensamento da seguinte forma:

Diante de uma alegação, a “verossimilhança” assenta-se num juízo de “probabilidade”, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são desfavoráveis (divergentes). Se os motivos convergentes são superiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce; se os motivos divergentes são superiores aos convergentes a probabilidade diminui⁶⁴.

Em reforço à lição do mestre citado, Dinamarco (1996) argumenta que a fusão das locuções prova inequívoca e verossimilhança, formalmente contraditória, gera o conceito de probabilidade, sendo esse detentor de uma maior segurança que a verossimilhança. O insigne Jurista ensina que:

Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada preposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre os motivos da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou “verossimilhança”, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não e anima a afirmar, também não ousa negar⁶⁵.

Caberá ao julgador analisar a situação conflitante e estabelecer um equilíbrio, com a finalidade de tutelar o direito que se lhe pareça mais provável, a fim de evitar prejuízo às partes. Não pode interpretar a expressão prova inequívoca, tão radicalmente, a ponto de jamais conceder a tutela antecipatória ou dar excessiva amplitude à expressão verossimilhança, passando a concedê-la de forma arbitrária e desenfreadamente, sem a observância dos demais requisitos exigidos pela lei.

Portanto, quando o *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil faz expressa menção à prova inequívoca e verossimilhança da alegação, exigindo-os para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, quer significar que o

⁶⁴ J.E. Carreira Alvim, A antecipação de tutela na reforma processual, in Reforma do Código de Processo Civil, cit., p. 62.

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil, cit., p.145. Complementado a lição do mesmo mestre, confira-se A instrumentalidade do processo, 5. ed., São Paulo: Malheiros, p. 236-43, 1996.

interessado faça a demonstração da probabilidade da versão apresentada, e, posteriormente, que seja possível a sua comprovação.

Nesse sentido, seguindo o entendimento de Marinone (2010), quando o procedimento deve prosseguir para que outras provas sejam produzidas, há formação de uma forma de juízo, *o qual deveria ser qualificado como “juízo provisório”, mas é chamado pelo art. 273 do CPC, de “juízo de verossimilhança”*.⁶⁶

4.3 FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

O *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil exige, para que seja concedida a tutela antecipatória, os requisitos da prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação. Trata-se de requisito necessário, pois sempre deverão estar presentes.

No entanto, não são os únicos requisitos para que se obtenha a antecipação dos efeitos da tutela. Os incisos I e II do art. 273 exigem outros requisitos para tanto, porém apresenta-os de forma alternativa, já que além daqueles inseridos no *caput*, basta que estejam presentes os requisitos dos incisos I ou II do referido artigo de lei.

O art. 273, I do CPC prescreve que o requerente da tutela antecipatória possua fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Mas, para os efeitos legais, o que significa o fundado receio de dano?

Antes de responder a essa indagação, torna-se necessária a compreensão do que seja dano irreparável ou de difícil reparação.

Para Marinoni (1995), há “irreparabilidade” quando os efeitos do dano não são reversíveis e, também, no caso de direito patrimonial que não pode ser reintegrado. Por sua vez, o dano é de “difícil reparação” se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparada. Ainda, segundo a lição do eminente jurista, trata-se de difícil reparação o dano que dificilmente poderá ser individualizado ou qualificado⁶⁷.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, processo de conhecimento**. Vol. 2, 9ª edição revista e atualizada, p. 211, 2010.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Observações sobre a tutela antecipatória. In: **Revista de Processo**, São Paulo, ano 20, n.79, p.111, 1995.

Assim, tem-se como dano irreparável aquele em que não é possível o retorno ao *status quo ante*, sendo de impossível reparação o dano causado⁶⁸, e como dano de difícil reparação, aquele que, embora sendo possível o retorno ao status ante, a situação econômica do réu não permite a certeza de que isso poderá ocorrer. Também os danos que não podem ser individualizados ou qualificados consideram-se como sendo de difícil reparação.

Após a noção do que seja dano irreparável ou de difícil reparação, pode-se afirmar que o fundado receio exigido pela lei não é qualquer receio, mas aquele temor, inquietação ou medo de sofrer um dano à integridade do direito material.

Por sua vez, Humberto Theodoro Júnior (1997) entende que o fundado receio de dano ao qual se refere a lei, não provém de simples temor subjetivo da parte, mas nasce de dados concretos, seguros, objetivos de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança ou grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave⁶⁹.

Para Carreira Alvim (1996), existe uma correlação entre o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I) e o fundado receio de que uma parte (...) cause, ao direito da outra, lesão grave ou de difícil reparação (CPC, art. 797)⁷⁰. Neste sentido, se afirma que:

A condição que, no âmbito da tutela cautelar, traduz pela presença do “*periculum in mora*”, encontra, na antecipação da tutela, equivalência no “receio de dano”, pois, tanto quanto no processo cautelar, o provimento satisfatório só se faz necessário pela possibilidade de concluir-se o procedimento ordinário “*uno actu*”, com a subsunção, de imediato, do fato ao direito⁷¹.

⁶⁸ Federico Capri, examinando o conceito de irreparabilidade do prejuízo a que o direito poderia estar exposto, menciona as seguintes situações como indicativas de produzirem um dano irreparável: a) quando houver impossibilidade de restituição ou repristinação à situação jurídica anterior; b) quando o ato ou fato danoso implique na destruição de uma coisa infungível, seja por haver a mesma cessado de existir, seja por haver ela perdido uma qualidade que lhe era essencial (apud Ovídio A. Baptista da Silva, Curso de Processo civil, v. III (Processo cautelar), Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1993, p.36.). Já no que pertine ao dano de difícil reparação, Calmon de Passos ensina que é difícil e incerta a que exige o envolvimento de pessoas especialmente qualificadas cujo recrutamento seja problemático ou demasiadamente oneroso (Comentários ao Código de Processo Civil, v.X, t. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.97).

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela de segurança**, Revista de Processo. São Paulo, ano 22, n.88, p.24, 1997.

⁷⁰ Código de Processo Civil, art.798: Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo no capítulo II deste livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

⁷¹ ALVIM, J. E. Carreira. **Código de Processo Civil reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p.120-1, 1995.

É importante salientar que não somente o direito que se encontra na iminência de sofrer um dano pode ser tutelado de forma antecipada, mas também, o direito que já no fato de que não deseja ver a situação danosa consumada ou agravada.

Em síntese, Arruda Alvim (1996) ensina que a razão de ser da disposição contida no art. 273, I, do CPC se expressa por meio do seguinte dilema: ou se antecipa a proteção à pretensão (total ou parcialmente, na medida do que se tem por imprescindível à sobrevivência da pretensão), ou essa pretensão parece⁷².

Portanto, o temor do interessado há de ser fundado: deve necessariamente, estar calcado em circunstâncias fáticas que justifiquem o seu receio, demonstrando assim que a falta ou demora na prestação da tutela jurisdicional pode acarretar prejuízos à integridade do direito material. Porém, já possa ter ocorrido o dano, é lícito ao juiz conceder a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que a situação não se repita ou se agrave⁷³.

4.4 ABUSO DO DIREITO DE DEFESA OU MANIFESTO PROPÓSITO PROTETATÓRIO DO RÉU

O abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protetatório do réu constitui um dos requisitos alternativos necessários para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, nos termos do art. 273, II, do Código de Processo Civil.

Determinada parcela da doutrina não faz qualquer distinção entre as expressões abuso do direito de defesa e manifesto propósito protetatórios do réu, entendendo que a primeira é o gênero do qual a segunda seria espécie. Considera-as, ainda, como expressões redundantes, pois, em tese, quem age com o intuito de

⁷² Arruda Alvim, Tutela antecipatória (algumas noções – contraste e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas), in Reforma do Código de Processo Civil, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, p.95, 1996.

⁷³ Para Marinoni, é possível a concessão de tutela antecipatória não só quando o dano é apenas temido, mas igualmente quando o dano está sendo ou já foi produzido (Observações sobre a tutela antecipatória, Revista de Processo, cit., p.110). Posteriormente, estudando uma forma de tutela contra o ilícito, genuinamente preventiva, inclusive de forma antecipada, Marinoni apresentou os seus estudos acerca da tutela inibitória, com fundamento no art.461 do Código de Processo Civil e, também em âmbito coletivo, com fundamento no art.11 da lei da Ação Civil Pública de art. 84 do Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido, confira-se Tutela inibitória (individual e coletiva), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

protelar o processo, certamente, está abusando do direito de defesa⁷⁴. De forma contrária, Ovidio Baptista da Silva (1996) entende que a primeira expressão mencionada é espécie da segunda, ou seja, em sua lição, o abuso do direito de defesa constitui uma das espécies integrantes do gênero propósito protelatório do réu⁷⁵.

Todavia, o presente estudo não tem por objeto a solução de tal questão, bastando, por agora, a compreensão do que a doutrina entende por abuso do direito de defesa propósito protelatório do réu, e qual a sua importância dentro do estudo da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

O inciso II do art. 273 do CPC faz menção ao abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Não obstante as atitudes derivadas das expressões adotadas pela lei serem muito semelhante, parece razoável que tenham sido inseridas como sendo expressões sinônimas, pois, se assim fosse, o legislador poderia tê-las substituído pela expressão resistência injustificada do réu⁷⁶. Considerando-se, porém, que o legislador preferiu não proceder de que ambas as expressões possuem significado distinto.

Analizando o abuso do direito de defesa, Humberto Theodoro Júnior (1996) ensina que isso ocorrerá quando o réu apresentar resistência à pretensão do autor totalmente infundada ou contra direito expresso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa⁷⁷.

Em sua lição, Costa Machado (1998) formula a sua definição de abuso do direito de defesa, porém adverte que o juiz ao analisá-la deve cerca-se de determinados cuidados:

⁷⁴ Neste sentido, confirmam-se: Sérgio Sahione Fadel, *Antecipação da tutela no processo civil*, cit., p. 31; Reis Friede, *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*, cit., p. 90.

⁷⁵ Ovídio A. Baptista da Silva, *A "antecipação" da tutela na recente reforma processual*, in *Reforma do Código Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva 1996, p. 13. Também, neste sentido, confira-se Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais*, in *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva 1996, p.153.

⁷⁶ Na lição de Pontes de Miranda, a resistência injustificada do réu consiste em todo ato que, sem apoio da lei, obedeceu apenas ao intuito de gincana, protelação ou deferimento, para qualquer mudança de circunstância, ou embaraçamento das provas do autor ou do réu. A malícia é elemento essencial (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2º ed., v.I, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.511).

⁷⁷ Humberto Theodoro Júnior, *Tutela de segurança*, *Revista de Processo*, cit., p. 24. Neste sentido, Luiz Fux ensina que a defesa abusiva é inconsistente, bem como a que não enfrenta com objeções, defesa direta ou exceções materiais a pretensão deduzida, limitando-se à articulação de preliminares infundadas (*tutela de segurança e tutela de evidência*, São Paulo: Saraiva, 1996, p.347).

O abuso do direito de defesa é o uso excessivo e exorbitante das faculdades que compõem o direito de contestar (a mais típica manifestação do direito de defesa no processo civil), como a apresentação de várias objeções processuais, ou defesas de mérito diretas ou indiretas, sem razoável fundamento ou articulação, mas (...) em relação à articulação entre as defesas, o juiz deveria ser cuidadoso na sua avaliação, tendo em conta os princípios da concentração e da eventualidade consagrada no art. 300 do Código de Processo Civil⁷⁸.

Conforme bem adverte, para que o juiz antecipe os efeitos da tutela jurisdicional, com fundamento no art. 273, II, do CPC, prescinde-se de análise prudente e cuidadosa, a fim de evitar avaliação equivocada, pois trata-se de critérios subjetivo a verificação da situação em que o réu esteja abusando do seu direito de defesa, Já que o que pode constituir abuso para alguns, pode não sê-lo para outros⁷⁹.

No que tange ao manifesto propósito protelatório do réu, Wambier (1997) ensina que este se caracteriza quando o réu pratica ações contrárias às disposições contidas no ordenamento jurídico, consubstanciando-se na apresentação de resistências ao cumprimento do mandamento legislativo, especialmente quando essa conduta demonstra nítida, clara e evidente intenção de postergar (protelar) a solução de direito material⁸⁰.

⁷⁸ Antônio Cláudio da Costa Machado, Tutela antecipada, cit., p. 423.

⁷⁹ Marinoni ensina que a caracterização do “abuso do direito de defesa”, no direito brasileiro, deve ser feita a partir da evidência do direito do autor. O critério que abre espaço para antecipação é racional e atende ao princípio de que a duração do processo não pode prejudicar ao autor que tem razão. (Observações sobre a tutela antecipatória, Revista de Processo, cit., p.111). Nesse sentido, Egas Dirceu Moniz de Aragão leciona que essa é questão delicada a reclamar do juiz o maior cuidado, pois sempre haverá o risco de errônea avaliação. O direito de defesa – tal como o de obstrução da minoria parlamentar – pode a figurar-se a antipático (provavelmente o autor assim reputará), mas é garantia não só constitucional, como inscrita em documentos internacionais da maior projeção (a Carta da ONU na atualidade) (Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada e perícia, Revista de Processos, ano 21, n.83, p.199, 1996. Ovídio A. Baptista da Silva, discorrendo sobre o cuidado com que o juiz deve analisar as questões postas à sua apreciação, ensina que no domínio do processo civil, nada se faz impunemente e que, mesmo aquelas soluções que se mostrem tão racionais e generosas, quando vistas de um determinado ponto de vista, não se fazem realidade sem custo correspondente. Há, a respeito disto, um velho princípio, nem sempre lembrando pelos farejadores de novidades: em direito, particularmente no domínio do processo civil, o juiz não pode conceder nada a nenhuma das partes, senão a custa de um igual sacrifício de um adversário. Quer dizer, tudo que o juiz conceder ao autor, ele o dará a custa do réu. E o inverso é igualmente verdadeiro (A “plenitude de defesa” no processo civil, in As garantias do cidadão na justiça, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p.160).

⁸⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Antecipação de tutela em face da fazenda pública, in: **Revista de Processo**. São Paulo, ano 22, n.87, p. 34, 1997.

Para Calmon de Passos (1996), aquele que apresenta resistência injustificada ao bom andamento do processo possui um manifesto propósito protelatório. Nesse sentido, leciona que:

Protelatório é tudo que retarda, sem razão atendível, o andamento do feito. E esse intuito é manifesto quando desprovido o ato, tido como protelatório, de justificação razoável, vale dizer, quando dele não poderá resultar proveito processual lícito para o interessado em sua prática⁸¹.

A doutrina que considera o abuso do direito de defesa como sendo uma das modalidades de manifesto propósito protelatório do réu entende que as ações inseridas nos incisos do art. 17 do CPC⁸² justificam a antecipação dos efeitos da tutela com fundamento no inciso II do art. 273 do mesmo diploma legal⁸³, pois aquele que (a) deduz pretensão ou defesa contra texto de lei ou fato incontroverso, (b) alterar a verdade fática, (c) utiliza-se do processo com fins lícitos, (d) opõe resistência sem justificativa ao andamento do processo, (e) procede de forma temerária e (f) provoca incidentes sem fundamentos, não pretende outra coisa senão dificultar ou inviabilizar a tutela do direito material, razão pela qual não é possível que autor suporte o ônus do tempo do processo.

Assim sendo, para a finalidade perseguida pelo estudo basta a compreensão de que as expressões abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu, independentemente de determinar qual seria o gênero ou a espécie, ambas devem ser entendidas como atos reprováveis e lesivos ao bom desenvolvimento do processo, razão por que tanto uma quanto outra somada aos requisitos constantes no *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil, é autorizadora da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

⁸¹ J. J. Calmon de Passos, Da antecipação da tutela, in Reforma do Código de Processo Civil, cit., p.199.

⁸² Código do Processo Civil, art.17: Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objeto ilegal; IV- opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidentes manifestamente infundados; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

⁸³ Neste sentido, confirma-se Antônio Cláudio da Costa Machado, Tutela antecipada, cit., p.423 e s.; J.J. Calmon de Passos, da, da antecipação da tutela, in Reforma do código de processo civil, cit., p.198-200; Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, alcance e natureza da tutela antecipatória, Revista de Processo, cit., p.12; Cândido Rangel Dinamarco, A reforma do Código de Processo Civil, cit., p.148; Marcelo Bertoodi, Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu, in Aspecto polêmicos da antecipação de tutela, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 320-1, 1997.

5 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA FACE À IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO FINAL ANTECIPADO

A reversibilidade é mais um dos requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, porém trata-se de requisito negativo, o art. 273, §2º, do CPC dispõe que não se concederá antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento final antecipado.

Diante do texto legal, surgem duas indagações a respeito da reversibilidade: o que não pode ser irreversível, o provimento antecipado ou os efeitos decorrentes de tal provimento? A regra da irreversibilidade é absoluta ou pode comportar exceções que justifiquem a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional?

Em análise a primeira questão que se impõe, torna-se necessária a recordação do que é que está sendo antecipado. O objeto da antecipação não é o próprio objeto jurisdicional, mas os efeitos decorrentes desse provimento. Assim, quando se fala em irreversibilidade⁸⁴, só é possível ter em mente os efeitos da tutela jurisdicional antecipatória, não o provimento final, o que demonstra que o legislador redigiu de forma imprópria o §2º do art., 273 do Código de Processo Civil.

A doutrina majoritária entende que a irreversibilidade, inserida no texto legal, pertine aos fatos decorrentes do provimento antecipado, não, propriamente, o provimento jurisdicional, construindo, portanto, uma irreversibilidade fática⁸⁵.

Na lição ensinada por Barbosa Moreira (1996), o mestre enfatiza a irreversibilidade fática afirmando o que deve ser reversível, ou o que não pode ser irreversível para que a tutela possa ser antecipada é a situação criada pelo provimento, ou seja, o conjunto de efeitos que esse provimento produz⁸⁶.

⁸⁴ Para Luiz Fux, a irreversibilidade significa a impossibilidade de restabelecimento da situação anterior acaso a decisão antecipada seja reformada (Tutela de segurança e tutela de evidência, cit., p.111). Neste mesmo sentido, Ernane Fidélis dos Santos ensina que a irreversibilidade se traduz na impossibilidade material de se voltarem as coisas ao estado anterior (Novos perfis do processo civil brasileiro, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.27).

⁸⁵ BELLINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 246, 1997.

⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo**. São Paulo, ano 21, n.81, p. 204, 1996.

Para Carreira Alvim (1996), o que deve ser reversível são os efeitos fáticos decorrentes da antecipação da tutela jurisdicional. Nesse sentido, o eminente jurista leciona que:

No fundo, irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão, num determinado sentido, comporta decisão em sentido contrário -, mas da consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá ocorrer o risco de não ser resposta no “status quo ante” ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte beneficiada não estaria em condições de suportar⁸⁷.

Conforme já mencionamos, a maioria das doutrinas entende que a irreversibilidade, a que faz menção o texto legal, é aquela pertinente aos efeitos fáticos e não aos jurídicos. Fortalecendo a posição de que a reversibilidade apregoada pela lei está situada no plano fático, manifesta-se Teori Albino Zavascki (ano):

Insista-se no ponto: a reversibilidade diz com os fatos decorrentes do cumprimento da decisão, e não com a decisão em si mesma. Esta, a decisão, é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as consequências fáticas decorrentes de seu cumprimento. À reversibilidade jurídica (revogabilidade da decisão) deve sempre corresponder o retorno fático ao “status quo ante”. Não foi feliz, como se percebe a redação do dispositivo citado, ao falar em irreversibilidade do provimento⁸⁸.

Entretanto, concebendo de forma diversa a expressão contida no texto legal, MARINONI entende que não se pode fazer confusão entre irreversibilidade do provimento e irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento; são coisas que não se podem misturar, pois são absolutamente distintas⁸⁹.

O notável jurista, paranaense, sustenta que a intenção do §2º do art. 273 do CPC foi coibir as declarações e constituições provisórias, tendo em vista que, nesses casos, não haveria viabilidade e utilidade em face das situações concretas. Nesse sentido, aduz que:

Quando o artigo 273 afirma que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, ele está proibindo, por exemplo, “a antecipação da constituição de uma relação de filiação ou a antecipação da

⁸⁷ ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela antecipada na reforma processual** (antecipação de tutela na ação de reparação do dano), 2. ed. Curitiba: Juruá, p.98, 1999.

⁸⁸ Teori Albino Zavascki, Antecipação da tutela, cit., p. 97.

⁸⁹ Luiz Guilherme Marinoni, A antecipação da tutela, cit., p.167.

desconstituição de um casamento”. (...) O que o §2º do art. 273 veda é apenas a tutela antecipatória (de natureza constitutiva ou declaratória) nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas⁹⁰.

A tese sustentada por Marinoni (1995), porém, não parece ser adequada, pois o provimento jurisdicional antecipado, não pode, ainda que a título provisório, equipar-se aos provimentos finais, mas apenas aos efeitos decorrentes de tais provimentos, sempre provisoriamente e jamais de forma satisfativa⁹¹.

Logo, quando a lei faz menção à irreversibilidade do provimento antecipado, na realidade, faz referência à irreversibilidade dos efeitos antecipados do provimento jurisdicional final, e não a antecipação do próprio provimento final, posto que este possa ter natureza satisfativa, característica que não pode ter a tutela antecipada⁹².

Ademais, o direito constitucional à adequada tutela jurisdicional estaria sendo negada se o juiz estivesse impedido de conceder a tutela antecipatória apenas por correr o risco de causar prejuízo irreversível⁹³.

Acompanhando essa linha de raciocínio, o egrégio superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a existência da irreversibilidade inserta no parágrafo 2º, do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina”.⁹⁴

A irreversibilidade trata-se de uma regra absoluta ou pode comportar exceções que justifiquem a tutela antecipatória?

Em relação à irreversibilidade, Castagnet e Barluenga (1986) alertam que a lei pode tornar-se letra morta caso o interprete não vislumbre as novas situações surgidas no cotidiano. Os juristas mencionam que a experiência tem demonstrado que muitos magistrados encontram na irreversibilidade, por diversas vezes mais aparentes que propriamente real, um empecilho ao deferimento da tutela de forma liminar⁹⁵.

⁹⁰ Luiz Guilherme Marinoni, A antecipação da tutela, cit., p.167.

⁹¹ Luis Fernando Bellinetti, Irreversibilidade do provimento antecipado, in Aspectos polêmicos da antecipação da tutela, cit., p. 249.

⁹² Luiz Fernando Bellinetti, Irreversibilidade do provimento antecipado, in Aspectos polêmicos da antecipação da tutela, cit., p. 249-50.

⁹³ Ver José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumária e de urgência, p. 321 e ss.

⁹⁴ STJ, 2ª. T., Resp 144.656/ES, rel. Min. Adhemar Maciel, v.u., DJU 27.10.1997, p. 54.778.

⁹⁵ CASTAGNET, Jorge e BARLUENGA, Horácio. **Medidas cautelares**. Buenos Aires: Depalma, p.26, 1986.

Note-se, pois, que no que respeita à aplicação da regra da irreversibilidade, de forma absoluta ou relativa, a doutrina diverge bastante. Trata-se de questão fundamental para a tutela antecipatória, já que uma incorreta interpretação sobre a o irreversibilidade pode gerar efeitos irreversíveis às partes.

No que tange à presente questão, existem, basicamente, duas correntes que tentam explicá-la. A primeira corrente doutrinária entende que o risco de o provimento jurisdicional antecipado gerar efeitos que se tornem irreversíveis, ou seja, gerar uma situação que não pode ser reposta ao *status quo ante*, por si só, não pode ser empecilho ao deferimento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, como pensa Bedaque (1998).

Na lição de Carreira Alvim (1996), o perigo da irreversibilidade previsto em lei deve ser interpretado *cum grano salis*, tendo em vista que, se for diversa essa interpretação, nenhuma sentença poderia ser definitivamente executada antes de transcorrido o prazo para o ajuizamento de ação rescisória, pois seria passível de desconstituição⁹⁶.

Entendendo pela possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, ainda que sejam eles irreversíveis, mas só em casos excepcionalíssimos, Ovídio Baptista Da Silva (ANO) ensina que:

Casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de “prover” ou “perecer” o direito que, no momento, apresenta-se mais provável, ou confortado com a prova de simples verossimilhança. (...) O que, em tais casos excepcionalíssimos, não se mostrará legítimo se o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil sujeitando ao titular a percorrer agruras dos procedimentos ordinários para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática⁹⁷.

Nesse sentido, porém adotando posicionamento mais liberal que os demais defensores dessa corrente, Marinoni (1995) é de opinião que a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento não pode constituir obstáculo para a tutela

⁹⁶ J.E. Carreira Alvim, Tutela antecipada na reforma processual (antecipação de tutela na ação de reparação do dano), cit., p. 97. Em sustento à sua tese, o mestre traz como exemplo a situação segundo a qual, para salvar a vida de um paciente, antecipam-se os efeitos da tutela jurisdicional para que seja amputada a sua perna. Essa providência, sem dúvida, é irreversível. Por outro lado, o mestre sustenta que ninguém seria capaz de afirmar que, com a finalidade de salvar uma vida, não se deva, ante a disposição relativa à irreversibilidade, amputar a perna do paciente, pelo fato de que tal ato possa ao final, na sentença, revelar-se precipitando. (Tutela antecipada na reforma processual (antecipação de tutela na ação de reparação do dano), cit., p.98).

⁹⁷ Ovídio A. Baptista da Silva, A “antecipação” da tutela na recente reforma Processual Civil, cit., p.142

antecipatória. Com fundamento de Ferruccio Tommaseo (ano), o insigne jurista, paranaense, tece o seguinte comentário:

Admitir que o juiz não possa antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável⁹⁸.

Na concepção de Marinoni (1995) não se vislumbra óbice para que se admita a possibilidade de que o deferimento de uma tutela antecipatória possa advir efeitos irreversíveis no plano fático. Extrai-se, ainda, que o juiz, deferindo de uma tutela antecipatória, sempre estará correndo o risco de provocar danos irreversíveis, tanto para o autor como para o réu.

Relativizando essa posição, Teori Albino Zavascki (ano) entende que o juiz poderá deferir a antecipação dos efeitos da tutela, mesmo correndo o risco de que a situação concreta não mais retorne ao *status quo ante*. Isso aconteceria em casos extremos, em que o conflito entre segurança e efetividade é tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um importará o sacrifício completo de outro. Porém, defende a posição segundo a qual isso somente pode ocorrer em casos extremos, já que o juiz deverá salvaguardar o direito fundamental à segurança jurídica do réu, pois, do contrário, não se estaria eliminando uma situação de risco de dano, mas apenas promovendo a sua transferência do autor para o réu⁹⁹.

Entretanto, mesmo dentro dessa posição doutrinária – de nítido caráter liberal –, a tutela antecipatória não pode ser deferida em qualquer caso que os seus efeitos tornem irreversíveis, aconselhando-se ao juiz uma análise ponderada acerca da

⁹⁸ Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela*, cit., p.170.

⁹⁹ Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela*, cit., p.98. Como exemplo de sua tese, o mestre gaúcho menciona que na Justiça Federal, por exemplo, não são incomuns pedidos de liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por alguém razão (greve dos servidores, por exemplo) não é realizado. Nesses casos, a concessão de liminar da tutela pedida compromete irremediavelmente o direito à segurança jurídica a que faz jus o demandado (liberada e comercializada a mercadoria, já não há que se falar em seu exame fito sanitário); seu indeferimento torna letra morta o direito à efetividade do processo, porque, deteriorando-se o produto, inútil será sua posterior liberação. Em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificados, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas(*Antecipação da tutela*, cit., p.98).

situação concreta. A doutrina que admite, em determinados casos, a irreversibilidade dos fatos, funda-se nos princípios da probabilidade e da proporcionalidade¹⁰⁰.

Adotando os princípios da probabilidade e da proporcionalidade como fundamento da irreversibilidade dos efeitos fáticos decorrente da tutela antecipatória, Marinoni (1995) assim se pronuncia:

A tutela sumária se funda, efetivamente, no princípio da probabilidade. Em se tratando de tutela antecipatória urgente deve ser possível sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável, benefício de outro que pareça provável. Do contrário, “o direito que tem maior probabilidade” de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente prejudicado¹⁰¹.

Concluindo o seu posicionamento, o eminente jurista entende que segundo o princípio da probabilidade, nas ocasiões em que um dos direitos deve ser sacrificado em benefício do outro, torna-se necessária a ponderação entre ambos, mesmo que não exista uma ordem hierárquica dos valores jurídicos que possa sempre ser adotada como regra, devendo o juiz analisá-la caso a caso¹⁰².

¹⁰⁰ O princípio da proporcionalidade entendida como um “mandamento de otimização” (Optimierungsgebote) do respeito a todo direito fundamenta, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico - e faticamente possível – tem um conteúdo que se reparte em três “princípio parciais”. (Teilgrundsätze): “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” ou “determinação do sopesamento” (Abwägungsgebot), “princípio da adequação” e “princípio da exigibilidade” ou “determinação do meio suave” (Gebot des mildesten Mittels). Abordando a matéria de forma mais específica, Willis Santiago Guerra Filho ensina que o “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, a qual deve ser juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o “conteúdo essencial” (Wesengehalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável do valor/princípio que define: a dignidade humana. Significa pelo estudo de colisão potencial em que se encontra, vão implicar o princípio da proporcionalidade (Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade (Sobre princípio constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade, RT, São Paulo, ano 84, n.719, p.58-9, 1995).

¹⁰¹ Luiz Guilherme Marinoni, Novidades sobre a tutela antecipatória, Revista de Processo, cit., p.107. Para Teresa Arruda Alvim Wambier, o princípio da proporcionalidade é a resposta (uma das respostas...) que se pode dar à tentativa de se solucionar a equação rapidez-segurança, gerada pela possibilidade de que medidas concedidas com base em “fumus” não fiquem presas à necessidade de reversibilidade (Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória, Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, cit., p. 543). Também, neste sentido, Alexandre Freitas Câmara entende que cabe ao juiz proteger o interesse preponderante, aplicando o “princípio da proporcionalidade”, ainda que isto implique em conceder a antecipação de tutela sem situações em que esta produza efeitos irreversíveis (Linearmente do novo processo civil, 2ªed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.75)

¹⁰² Luiz Guilherme Marinoni, Novidades sobre a tutela antecipatória, Revista de Processo, cit., p.107. O mestre menciona que Karl Larenz ensina que essa proporcionalidade é alcançada mediante uma “ponderação” dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o “peso” que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação. Mas se trata de grandezas quantitativas mensuráveis, mas do resultado de valores, que não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso. Portanto, a ponderação de bens deve ser feita no caso concreto, uma vez que “não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela. Arrematando, Marinoni afirma que para o jurista alemão o princípio da

A segunda corrente doutrinária, acerca da presente questão, apresenta tese mais fiel à exigência legal, concebendo a exigência de se evitar o perigo de irreversibilidade como requisito indispensável à concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, nos exatos termos do §2º do art. 273 do Código de Processo Civil.

Adepto dessa linha de pensamento e, ainda, analisando de forma crítica a tese sustentada por Marinoni (1995), segundo a qual se admite o sacrifício do direito mesmo provável em benefício daquele que pareça mais provável, Dinamarco (1996) assegura que:

É preciso receber com cuidado o alvitre de Marinoni (...). O direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que “algum” risco de lesão pode-se legitimamente assumir. O “direito improvável” é direito que talvez existia e, se existir, é porque na realidade inexistia aquele que era “provável”.

O doutrinador fala da coexistência entre o “princípio da probabilidade” e o “da proporcionalidade”, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso. Mesmo com essa atenuante, não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da “irreversibilidade”, expressamente vetados pela lei vigente, ou seja, a tutela antecipatória não pode impedir a produção de efeitos fáticos irreversíveis para o autor (art. 273, § 2º)¹⁰³.

Para Calmon De Passos (1984), a disposição contida no §2º do art. 273 reflete uma grande prudência do legislador, já que, se fosse admitida a antecipação de efeitos irreversíveis, estar-se-ia, também, admitindo a transformação em definitiva de uma execução que, por sua própria natureza provisória, não poderia ser adotada de tal característica. O mestre conclui que o mesmo grau de convencimento que pode servir à autorização da antecipação de tutela, em relação à prova, pode desautorizá-la no caso de irreversibilidade¹⁰⁴.

O célebre jurista baiano, entretanto, também relativiza a posição sustentada, afirmando que nos casos em que a irreversibilidade somente pode ser de cunho pecuniário, suscetível de ressarcimento, não haveria razão para que fosse negada a

proporcionalidade é aplicado justamente quando o problema consiste em determinar onde se situa o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro também digno de tutela (Novidades sobre a tutela antecipatória, Revista de Processo, cit., p.107)

¹⁰³ Cândido Rangel Dinamarco, A reforma do Código de Processo Civil, cit., p.146.

¹⁰⁴ J.J. Calmon de Passos, Da antecipação da tutela, in Reforma do Código de Processo Civil, cit., p.210.

antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, caso o autor ofereça caução idônea, suficiente para repor a situação ao *status quo ante*. Neste caso, entende que não haveria a irreversibilidade em termos estritos, dada à possibilidade de retorno das coisas ao seu estado anterior. No que compete às coisas infungíveis, seja qual for a sua natureza, tais como as de valor estimativo, artístico, histórico etc., o juiz não deve conceder a tutela antecipatória¹⁰⁵.

Em sua lição, Bellinetti sustenta que as hipóteses contidas no art. 273 são amplas e, por essa razão, o legislador estabeleceu a proibição da antecipação de tutela que dá origem a efeitos irreversíveis, pois não poderá existir uma medida irreversível sem que haja o contraditório e a ampla defesa, visto que representam garantias constitucionais invioláveis. Ainda, segundo a sua lição, embora sejam admissíveis em provimento jurisdicional concedido sem observação dos mencionados princípios constitucionais, estes sempre terão caráter provisório e, portanto, deverão sempre ser passível de modificação, não podendo gerar efeitos irreversíveis¹⁰⁶.

Bellinetti (ano) assevera que a tutela antecipatória surgiu com a finalidade de preencher um vazio existente na legislação processual, entretanto, não é hábil a dar solução a todas as questões que merecem urgência. No que se refere aos exemplos de tutela antecipatória que geram efeitos irreversíveis, citados anteriormente, entende que seria o caso de incidência da tutela urgente satisfativa, já que o ordenamento jurídico, sempre que possível, deve oferecer uma possibilidade de solução para os conflitos¹⁰⁷.

Para esta corrente doutrinária, portanto, a tutela antecipatória somente poderá ser deferida caso seja observado o requisito negativo para a sua concessão, ou

¹⁰⁵ J. J. Calmon de Passos, Da antecipação da tutela, in Reforma do Código de Processo Civil, cit., p. 210-1.

¹⁰⁶ Luiz Fernando Bellinetti, Irreversibilidade do provimento antecipado, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, cit., p. 260-1.

¹⁰⁷ Para Bellinetti, casos em que fosse necessário o sacrifício de um direito em benefício de outro deveriam ser solucionados pela incidência da tutela urgente satisfativa, que não possuirá, mas final. Nas hipóteses das quais possam surgir efeitos fáticos reversíveis, não caberá a tutela antecipatória, mas sim aquela que denominamos tutela urgente satisfativa. A tutela satisfativa seria deferida com base em cognição sumária, mas teria caráter satisfativo, atendendo-se ao contrário e ao devido processo legal, visto que concedida a oportunidade para ampla defesa. Entretanto, a salvação vislumbrada pelo mestre salienta a importância de disciplinar a tutela urgente satisfativa com a finalidade de desenvolver um sistema capaz de enfrentar a atender à necessidade de tutela os casos concretos surgidos no cotidiano. Somente assim não haveria o desvirtuamento da tutela antecipatória, tal como ocorreu com a tutela cautelar, antes do advento do art. 273 do Código de Processo Civil (Irreversibilidade do provimento antecipado, in Aspectos polêmicos da antecipação da tutela, cit., o. 260-1).

seja, o deferimento da medida antecipatória não poderá gerar a irreversibilidade dos efeitos fáticos, devendo, necessariamente, ser possível a reposição da situação concreta ao *status quo ante*, sob pena de ofensa às garantias constitucionais do contrário, ampla defesa e devido processo legal.

Não obstante esta segunda corrente doutrinária apresentada ser digna de muito respeito, especialmente no que tange à preocupação quanto à segurança jurídica do réu, observando-se a garantia consagrada na Constituição Federal, *data vênia*, parece ser mais adequada a posição pela qual a irreversibilidade dos efeitos fáticos não pode ser empecilho ao deferimento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida.

A figura da irreversibilidade não pode ser analisada solitariamente; deve ser interpretada sistematicamente e teleologicamente no contexto geral da tutela antecipatória. Em interpretação teológica, conclui-se que se a irreversibilidade for encarada de forma absoluta, pouquíssimo seriam os casos de antecipação de efeito da tutela. Deve-se ter em mente, porém, que o referido instituto processual tem por objetivo imprimir maior celeridade e efetividade à tutela jurisdicional.

A tarefa do autor é mais árdua que a do réu, já que antes de chegar à situação em o juiz procederá a análise de qual direito se mostra mais provável, o requerente da tutela antecipatória deverá ter demonstrado a superioridade argumentativa e probatória.

O perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos não pode ser visto separadamente das demais disposições constantes no texto legal. Não se pretende dizer que sempre deverão ser antecipados os efeitos da tutela jurisdicional, mesmo diante do perigo de irreversibilidade. A intenção é a de que, se cumpridos os requisitos necessariamente para o deferimento da tutela antecipatória e que somente se defrontou a questão da irreversibilidade, o juiz deverá analisar os direitos em litígios e, se concluir que o direito do autor é o mais provável, mesmo correndo risco, deverá antecipar os efeitos da jurisdicional pleiteada¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Aliás, neste sentido, como com a finalidade de harmonizar essa colisão entre direitos fundamentais, demonstrando a real vontade do legislador quando da instituição da tutela antecipatória, há de se mencionar que já existe proposta de reforma do §2º do art.273 do Código de Processo Civil que, se aprova, passará a dispor que a antecipação será indeferida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, exceto nos casos em que a denegação importe manifestamente em maior e irreversível dano ao autor do que vantagem ao réu (Athos Gusmão Carneiro, Da antecipação de tutela no processo civil, Rio de Janeiro: Forense, p.67, 1999.).

Em sintonia com o supracitado julgado do STJ (REsp 144. 656/ES, de relatoria do Ministro Adhemar Maciel, para o ministro Eduardo Ribeiro, o juiz é obrigado a correr o risco de causar prejuízo irreversível: “uma situação angustiosa em que o juiz pode encontrar-se é exatamente quando isso se lhe depara: as duas soluções são irreversíveis”. Negar a tutela sumária é impedir a tutela jurisdicional adequada para uma série de casos conflitivos concretos e esquecer que a própria doutrina brasileira, antes da introdução do art. 273 no CPC, já admitia o risco da irreversibilidade dos efeitos fáticos da tutela sumária.

Entender que a irreversibilidade deva ser encarada de forma absoluta seria o mesmo que admitir que a lei permite que o direito do autor sofra um dano irreparável ou de difícil reparação.

O estado não pode permanecer inerte diante dessas situações, pois há de ser flexibilizada a interpretação da disposição constante do § 2º do art. 273 do CPC, a fim de aplicar a lei de forma mais justa¹⁰⁹. Conforme já observado, interpretado a lei e entre duas ou mais soluções possíveis, o juiz deverá adotar a posição que se lhe pareça mais justa, inclusive sacrificando o direito menos provável em benefício daquele que se mostre dotado de maior probabilidade.

Exemplificando, caso haja conflito entre direito à integridade física, de um lado, e, de outro, no que diz confere ao direito patrimonial de uma pessoa, deve-se privilegiar o direito a integridade física, pois é natural que direitos de caráter fundamental sejam tutelados de modo até mais intenso do que os demais direitos, o que não é nada de aberrante ou de surpreendente¹¹⁰.

Segundo a lição de Andréa Pisani (1998), esse jurista afirma que se um juiz se deparar com direitos da mesma importância, deverá estar atento para que a antecipação dos efeitos da tutela não cause maior dano do que aquele que se visava evitar, pois, nesse caso, somente estaria invertendo o dano. Assim, se o dano imposto ao demandado, com a concessão da medida, é consideravelmente menor do que o que sofreria o demandante, se noção deve ser excluída¹¹¹.

¹⁰⁹ Neste sentido, Estevão Mallet afirma que a antecipação da tutela foi estabelecida para evitar “dano irreparável ou de difícil reparação”. Não conceder a medida, ainda que satisfeito os seus pressupostos, significa, em síntese, impor ao direito do demandante dano irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação. Obstar, de modo absoluto, a tutela de direito ameaçado equivale, em última análise, a privar de ação o seu titular, o que não se justifica, ante os termos do inciso XXXV, do art.5º, da constituição (A antecipação da tutela no processo do trabalho, 2ªed., São Paulo: Ltr, 1999, p.104).

¹¹⁰ Estevão Mallet, Antecipação da tutela no processo do trabalho, cit., p.105.

¹¹¹ Neste sentido, Estevão Mallet ressalta que sempre será necessário ter presente a sábia regra do antigo Código de Processo português (1939), que em seu art.406, § 3º, dispunha que: O tribunal

Aliás, exatamente nesse sentido, a 2ª Turma do Superior Tribunal da Justiça entendeu que existe a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela mesmo nos casos em que haja perigo de irreversibilidade, sendo que a disposição contida no § 2º do art. 273 do CPC não pode ser levada de forma absoluta. Neste sentido, decidiu-se:

“Tutela antecipatória – Direitos patrimoniais – Concessão: possibilidade – Inteligência do art. 273 do CPC – Recurso não conhecido”.

I – a tutela antecipatória prevista no art. 273 do CPC pode ser concedida em causas envolvendo direitos patrimoniais ou não-patrimoniais, pois o aludido dispositivo não restringiu o alcance do novel o instituto, pelo que é vedado ao interprete fazê-lo. Nada obsta, por outro lado, que a tutela antecipatória seja concedida nas ações movidas contra as pessoas jurídicas do direito público interno. II – A exigência da irreversibilidade inserta no par. 2º do art. O novel instituto da tutela antecipatória não cumpriu a excelsa missão a que se destina. III - recurso especial não conhecido. Por unanimidade de votos, não conhecer de recurso”.

(Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Resp 144656/ ES 1997/0052333-0, 2ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, j.6-10-1997,27-10-1997, p. 54778)¹¹²

Também no sentido de que a irreversibilidade dos efeitos fáticos decorrentes da tutela antecipatória não pode ser verificada de forma absoluta, de tal maneira que impeça o autor de obter o provimento antecipatório, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, de forma unânime, proferiu a seguinte decisão:

Agravo de instrumento – ação ordinária de inexigibilidade de cambiais – Antecipação de tutela jurisdicional – Deferimento – Prestação de caução – irreversibilidade – Pré-julgamento – Pleito de cassação ou reforma da decisão – Recurso desprovido.

Restando suficientemente demonstrando os requisitos exigidos pela lei para o deferimento da antecipação da tutela jurisdicional (art. 273, do CPC), a saber: a verossimilhança da alegação do autor e o fundado receio de dano irreparável pré-julgamento da ação. “A eventual irreversibilidade, se cessão do adiantamento da tutela jurisdicional, na medida em que, no caso de ser vencido na demanda o autor deverá indenizar a parte contrária, garantia essa já formalizada via regular prestação de caução”. (grifou-se).

(Acórdão unânime da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná, AgIn 0091981-1, j.12-8-1996, Rel, Waldemir Luiz da Rocha, DJPR, 23-8-1996)¹¹³.

procura manter o justo equilíbrio entre os dois prejuízos, o que a providência (cautelar) pode causar e o que pode evitar (Antecipação da tutela no processo do trabalho, cit., p. 106).

¹¹² Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Extraído da INTERNET, em 12 de fevereiro de 2000. <http://www.stj.gov.br>

¹¹³ Brasil, Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. <http://www.ta.pr.gov.br>. Extraído da INTERNET, em 17 de abril de 2000.

Por todo o exposto, é possível afirmar que a irreversibilidade não pode ser tida de forma absoluta e concebida como barreira intransponível para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela. É certo que existirão situações em que haverá o confronto entre direitos fundamentais dos litigantes; provavelmente, de um lado, está o direito da tutela jurisdicional e, de outro, o direito à certeza e segurança jurídica.

Nessas ocasiões, devidamente analisadas e sopesadas pelo julgador, com a finalidade de restaurar ou manter a ordem jurídica justa, poder-se-ão tornar maleáveis as regras e princípios atinentes ao processo, observados os limites em que a tutela antecipatória é necessária para evitar ato contrário ao direito ou dano, e em casos excepcionais, no limite necessário para se evitar um mal maior, já que o juiz, por lógica, para evitar um mal menor, não pode correr risco de assistir ao mal maior¹¹⁴.

¹¹⁴ Como já decidir o TRF da 4ª região, através de voto do ilustre desembargador Wellington de Almeida, não obstante a possibilidade de irreversibilidade dos efeitos deferidos no provimento antecipatório, à luz do princípio da proporcionalidade, podem ser antecipados os efeitos da tutela se dentre os valores jurídicos colidentes no caso “in concreto” avultar que mal maior se produzirá pelo seu indeferimento” (6ª T., AI 1998.04.01.025113-6, REL. DES. Wellington d Almeida, DJU 11.11.98, p. 696).

6 NATUREZA JURÍDICA DO ATO JUDICIAL QUE ANTECIPA OS EFEITOS DA TUTELA, SUA MOTIVAÇÃO E RECURSO CABÍVEL

O art. 273, § 1º, do Código de Processo Civil dispõe que na decisão que antecipa a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. Do referido texto legal, extrai-se que a antecipação dos efeitos da tutela se dá por uma decisão. Diante disso, torna-se necessário verificar qual a natureza jurídica do ato judicial que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional.

Conforme se desprende da leitura do art. 162 do CPC, os atos praticados pelo juiz podem ser sentenças, decisões interlocutórias e despachos¹¹⁵.

É possível afirmar com, toda certeza, que o ato que concede a tutela antecipatória não se trata de sentença, pois não põe fim ao processo, julgando ou não mérito da causa, nem apresenta cognição exauriente. Pode-se também asseverar que a tutela antecipatória não é concedida por meio de despacho, pois este consubstancia-se em todo e qualquer ato ordinário do juiz, destinado apenas a dar andamento ao processo sem nada decidir.

Por eliminação, conclui-se que o ato judicial que concede os efeitos da tutela antecipatória possui a natureza jurídica de decisão interlocutória. Conforme ensina Teresa Arruda Alvim (1990)¹¹⁶, as decisões interlocutórias são todos os procedimentos decisórios do juiz que não se encartam nos arts. 267 e 269 do CPC e que, de fato, não põem fim ao processo¹¹⁷. Não significa, contudo, que a antecipação da tutela se traduza em incidente¹¹⁸, como se poderia inferir de sua definição legal, mas trata-se de mera decisão que não põe termo ao processo.

¹¹⁵ Código de Processo Civil, art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. §1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. §2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. §3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma. §4º Os atos meramente ordinatórios, como juntada e a vista obrigatória, independem de despachos, devido ser praticados de ofício pelo servidor e revisto pelo juiz quando necessários.

¹¹⁶ ALVIM, Teresa Celina de Arruda. Teoria geral dos recursos. **Revista de Processo**. São Paul, ano 15, n.58, p.152, 1990.

¹¹⁷ Para Nelson Nery Junior toda e qualquer decisão do juiz proferida no curso do processo, sem extingui-lo, seja ou não sobre o mérito de causa, são interlocutórias. Como para classificar o pronunciamento judicial, o Código de Processo Civil não levou em conta o seu estado, mas sim sua finalidade, se o ato não extingue processo, que continua, não pode ser sentença, mas sim decisão interlocutória (Código de Processo comentado, cit., p. 412).

¹¹⁸ Na lição de Frederico Marques, o incidente diz respeito a questões concernentes à relação processual que o juiz resolve para preparar ou completar a sentença final, ou para que o processo caminhe para frente sem irregularidades ou deitos, tanto que, em algumas hipóteses, sendo isto

Tendo em vista a natureza jurídica de decisão interlocutória¹¹⁹, o ato que defere (ou indefere) o pedido formulado é recorrível por meio de agravo, que poderá manifestar-se a requerimento da parte, sob a forma de instrumento ou regido nos atos, consoante disposição contida no art. 522, caput, e parágrafo único do Código de Processo Civil¹²⁰.

A forma mais comum e utilizada de combater a decisão que antecipa os efeitos da tutela é o agravo de instrumento, em face da urgência da situação, pelo réu – a fim de retornar ao *status quo ante* -, e pelo autor – com a finalidade de obter a tutela antecipatória, a princípio negada -, pelo qual não há sentido em utilizar-se do agravo retido nos autos.

Ademais, ao contrario dos pensamentos de alguns Juristas, como Marcus Vinicius (2010), o agravo retido não pode ser adotado como regra, vez que o supracitado doutrinador afirma “*entre as duas formas previstas no art. 522 - a retida e a de instrumento – a primeira será a regra*”,¹²¹ pois o operador do direito deve analisar o caso que está em apreço, para manejar o recurso cabível, mas não como regra ou exceção, eis que, atendidos os requisitos previstos no art. 273 do CPC, vale-se do agravo de instrumento.

Concluindo decisão interlocutória, definem-se duas questões: (a) que o recurso cabível contra tal decisão é o agravo, retido ou de instrumento; e (b) que o juiz está iniciando ou desenvolvendo a sua atividade jurisdicional, ao contrário do que ocorre com a sentença, quando encerra a referida atividade.

Superada a questão relativa à natureza jurídica do ato que defere (ou indefere) a tutela antecipatória, há de se acrescentar que o juiz tem o dever de

impossível, a resolução do incidente se opera através de sentença terminativa (Manual de direito processual civil, v. III, Campinas: Bookseller, 1997, p.69)

¹¹⁹ Neste sentido, confirma-se Cândido Rangel Dinamarco, A reforma do Código de Processo Civil, cit., p.150; Sérgio Sahione Fadel, Antecipação da tutela no processo civil, cit., p.54-5; Teori Abino Zavascki, Antecipação da tutela no processo civil, cit., p.150; Luiz Guilherme Marinoni, A antecipação de tutela, cit., p.158; Araken de Assis, A antecipação de tutela, in Aspectos polêmicos de tutela, cit., p.31. Em sentido contrário, Ovídio A. Baptista da Silva nega a natureza de decisão interlocutória à decisão que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional, fundamentando o seu ponto de vista na alegação de que o ato concessivo consubstanciando-se em decisão de mérito, enquanto provisão judicial que antecipa, no todo ou em parte, os efeitos da futura sentença de mérito (A “antecipação” da tutela na recente reforma processual, Reforma do código de Processo Civil, cit., p.130-1).

¹²⁰ Código de Processo Civil, art. 522: Das decisões interlocutórias caberá agravo no prazo de dez dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo.

¹²¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil**. 6. Ed. Cidade: Saraiva, 2010.

fundamentar a sua decisão, não é por força da disposição contida no art. 273, §1º, do Código de Processo Civil, mas em face do princípio da motivação das decisões judiciais, insculpido no art. 93, IX, da Constituição Federal¹²².

Da lição de MARINONI, no que tange ao princípio da motivação das decisões judiciais, especialmente no juízo sumário, extrai-se que tal princípio se reveste de grande importância, apresentando-se como mecanismo impedido do arbítrio jurisdicional é, por consequência, como elemento possibilitador de um instrumentalismo mais efetivo.

Conclui-se, assim, que o ato judicial que antecipa os efeitos da tutela trata-se de decisão interlocutória, bem como, que é dever do juiz fundamentá-la de forma clara e precisa em atendimento ao princípio constitucional da motivação das decisões, sob pena de nulidade.

¹²² Constituição Federal, art. 93: Lei complementarmente, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observado os seguintes princípios: IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na análise acerca do instituto legal da tutela antecipatória, é de se concluir que o mecanismo estatal de proteção jurisdicional não é estruturado, a fim de suportar o constante aumento do número de processos de forma eficaz, razão pela qual o legislador brasileiro vem se preocupando na criação de medidas práticas e urgentes com o propósito de melhorar a lentidão na solução de conflitos entre os brasileiros.

As tutelas de urgência surgiram para superar o equívoco de um procedimento destituído de distribuição do ônus do tempo do processo. É importante para a efetividade do processo e revigorar a ideia de que o tempo do processo não pode prejudicar o autor que tem razão, motivos pelos quais a tutela possui características que lhe são exclusiva, como a sumariedade, modificabilidade, preventividade, além da urgência.

Assim, buscam acelerar a produção de efeitos práticos do provimento, a fim de atenuar os danos causados pela excessiva demora processual. Em contrapartida, é necessária a precaução devida do julgador no momento da concessão de modo que não prejudique o consagrado em virtude de processo legal nem impossibilite que o réu possa retornar ao seu estado anterior. Para isso, devem-se considerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade conforme o caso concreto.

A título de esclarecimento sobre esse ponto cerne da questão, deve-se analisar a situação de forma bem minuciosa, interpretando o sentido exarado no parágrafo 2º do art. 273 do CPC, quando afirma “*irreversibilidade do provimento final*”, como sendo dos efeitos que a antecipação do provimento pode gerar, uma vez que a decisão que concede ou denega, é reversível juridicamente mediante até um juízo de retratação/reconsideração do juiz, inobstante outros meios para tanto.

Nesse sentido, também é importante esclarecer que para surtir efeitos práticos e jurídicos, a tutela antecipatória terá que obedecer a requisitos positivos previstos no artigo 273 do código de processo civil; requerimento da parte; verossimilhança das alegações; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou o requisito alternativo que é o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Tendo em vista o que foi exposto, pode-se chegar ao entendimento de que o legislador não redigiu com acerto o §2º do art. 273 do Código de Processo Civil. Isso

porque, à luz do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, a interpretação doutrinária e jurisprudencial majoritária é mais adequada sobre o instituto da tutela antecipatória e os riscos da irreversibilidade do provimento antecipado. Dessa maneira, conduz a ideia de que tal irreversibilidade diz respeito aos efeitos da tutela jurisdicional antecipatória, mas não ao provimento final, vez que o provimento é reversível judicialmente mediante atuação recursal da parte interessada.

Nesse passo, pode-se concluir que a antecipação dos efeitos da tutela antecipatória se dá através de uma decisão fundamentada do juiz competente, denominada decisão interlocutória, e pode ser combatida através do recurso de agravo de instrumento, cabendo ao respectivo tribunal de justiça analisar o tal recurso, momento em que o provimento final antecipado pode ser revertido, mas os efeitos que decorreram da antecipação da tutela jurisdicional nem sempre podem ser revertidos.

REFERÊNCIAS

ALVIM NETTO, Arruda. Tutela antecipatória. Liminares. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 1995.

ALVIM, carreira. **Inovações sobre o direito processual civil**. Tutelas de urgência. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas. Cautelares e satisfativas. **Revista de jurisprudência**, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. São Paulo: Malheiros. **Tutela cautelar e Tutela Antecipada**. Tutelas sumárias e de Urgência, 1998.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>> acesso em 12 de fev de 2000.

BRASIL, Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Disponível em: <http://www.ta.pr.gov.br>. Acesso em 17 de abril de 2000.

_____. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, Vade Mecum OAB E CONCURSOS, 2013, Editora Saraiva, 2013.

_____. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Vade Mecum OAB E CONCURSOS, 2013, Editora Saraiva, 2013.

CALAMANDREI, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Campinas: Servanda, 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim, Comentários ao código de processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume X, 1984.

CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. Vol. 1, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2º ed., v.1, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DIDIER JR, Freddie e CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito Processual Civil** 3. ed. Editora JusPODIVM, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código do Processo Civil**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FILHO, Misael Montenegro. **Curso de direito processual Civil**. vol. I, São Paulo: editora Atlas, 2005.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Novo curso de Direito Processual Civil**, 6. ed. São Paulo: Editora, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novidades sobre a tutela antecipatória. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 18, n.69, 1993.

MARINONE, Luiz Guilherme, Processo de conhecimento, in: **Revista e atualizada**, Editora Revista dos tribunais, 9. ed. São Paulo: 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Processo Civil**. 7. ed. São Paulo: Método , 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil de dezembro de 1994.in: **Revista dos Tribunais**, São Paulo,1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função social semelhante, **Revista de Processo**. São Paulo, ano 21, n.82, 1996.