

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Gerson Cazotti Belinaso

**A IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO:
SENTIDO E ALCANCE DO ARTIGO 273, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Porto Alegre

2012

GERSON CAZOTTI BELINASO

**A IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO:
SENTIDO E ALCANCE DO ARTIGO 273, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Porto Alegre

2012

GERSON CAZOTTI BELINASO

**A IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO:
SENTIDO E ALCANCE DO ARTIGO 273, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos
Orientador

Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin

Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Conceito:

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade apresentar um estudo sistemático do conteúdo normativo do artigo 273, §2º, do Código de Processo Civil (CPC), quando presente o receio de dano irreparável ou de difícil reparação à tutela pretendida no pedido inicial. Trata-se de analisar o requisito negativo da tutela antecipada, que prevê a impossibilidade da sua concessão “quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, nos casos do artigo 273, I, CPC. Para tanto, pretende-se estabelecer o sentido do artigo 273, §2º, CPC, para correta compreensão do seu alcance, e concluir sobre sua flexibilização ou não. Ainda, avaliar em que medida, se possível, poderá ocorrer referida relativização, bem como instrumentos de contracautela adotáveis. Também, apresentar-se-á a interpretação e aplicação da norma estudada pelos tribunais.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Efetividade jurisdicional. Art. 273, §2º, CPC. Irreversibilidade do provimento antecipado. Irreversibilidade recíproca.

ABSTRACT

The present work is intended to present a systematic study of the normative content of § 2, Article 273 of the Code of Civil Procedure, when present the fear of irreparable damage or be difficult to repair the tutelage intended in the initial request. It is about to analyze the negative requisite of anticipated judicial protection, which foresees the impossibility of its concession "when there is danger of irreversibility of anticipated uphold" in cases of article 273, I, CPC. To this end, we intend to establish the meaning of Article 273, § 2, for proper understanding of the scope, and conclude about its flexibility or not. Also assess to what extent, if possible, may occur that relativization and instruments of security adoptable. Also will be present the interpretation and application of the studied rule by the courts.

Keywords: Anticipated judicial protection. Jurisdictional effectiveness. Article 273, § 2, CPC. Irreversibility of anticipated judicial protection. Reciprocal Irreversibility.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	SENTIDO DO ART. 273, §2º	11
2.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	11
2.2	O FATOR TEMPO NO PROCESSO	14
2.3	O DIREITO URGENTE	15
2.4	O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA.....	17
2.5	A ATUAÇÃO DO JUIZ NA CONCESSÃO DA MEDIDA.....	21
2.6	A PROVISORIEDADE DA TUTELA ANTECIPADA.....	22
2.7	DA LITERALIDADE DO §2º.....	24
2.8	A SATISFATIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA	26
2.9	A INVERSÃO DE RISCOS	29
2.10	OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE PERMEIAM A TUTELA ANTECIPADA.....	31
3	ALCANCE DO ART. 273, §2º	37
3.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS: ANÁLISE DA IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO.....	37
3.2	DA RELATIVIZAÇÃO DO §2º	38
3.3	DA TUTELA SUMÁRIA IRREVERSÍVEL.....	42
3.4	DA IRREVERSIBILIDADE RECÍPROCA	44
3.5	DA PREVALÊNCIA DO DIREITO PROVÁVEL.....	48
3.6	DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	51
3.7	APLICAÇÃO POR ANALOGIA DO ART. 475-O.....	56
3.7.1	Da execução da media por conta e risco do exequente.....	57
3.7.2	Da restituição das partes ao estado anterior e da aplicação da caução.....	60
3.8	A APLICAÇÃO DO §2º PELOS TRIBUNAIS.	67
4	CONCLUSÃO	76
	REFERÊNCIAS	85
	JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA	87

1 INTRODUÇÃO

O tempo, sem dúvidas, é um dos fatores da vida do qual não temos controle. Ainda que, de maneiras diversas, pretendemos controlá-lo, ou ao menos prevê-lo seguramente, ele segue uma trajetória linear e contínua, que não conseguimos nos apoderar ou frear. De maneira preponderante, o tempo aparece, também, no fenômeno processual. No passado, não tão premente; mas, na vida moderna, a qual vivemos em situação de urgência constante, o tempo passa a ser primordial dentro do processo, enquanto instrumento inafastável à realização das crises e conflitos de direito material, as quais se multiplicam vultuosamente.

Inevitavelmente, o tempo é necessário à resolução destes conflitos, não há hipótese de resposta instantânea a estes anseios, sendo fator intrínseco ao desenvolvimento do processo, e intimamente ligado a imprescindível atividade cognitiva processual. Todavia, a insuficiência do aparato judiciário, sua ineficiência estrutural, a infinidade de instrumentos e meios previstos às partes como forma de defesa, e a própria deficiência de parte dos operadores, acaba refletindo no aspecto temporal do desenvolvimento processual de modo altamente prejudicial, imputando pesado ônus ao litigante, pretendente do direito informado.

Assim, o tempo passa de um fator necessário à resolução segura dos conflitos jurisdicionais, para o grande vilão, incapaz de garantir a necessária “efetividade jurisdicional”, alçada em âmbito constitucional, que consagra o amplo acesso ao Judiciário (art. 5, XXXV, CF¹), e a duração razoável do processo, que visa garantir uma tramitação célere (art. 5, LXXVIII, CF²).

Fica, assim, latente o conflito existente entre um acesso jurisdicional amplo e célere, frente ao tempo necessário a uma tutela segura, que confira certeza à solução apresentada ao direito pleiteado, permitindo o devido processo legal, e

¹ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2012).

² “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2012).

resultando em segurança jurídica. Todavia, cada vez mais o processo, e o processualista, buscam garantir efetividade aos anseios daqueles que recorrem ao judiciário, afastando-se de uma ciência meramente formalista³. De modo que, o processo deve se apresentar como método capaz de solucionar conflitos e contribuir à pacificação social, possibilitando que os objetivos em função dos quais se justifica, sejam alcançados⁴.

Cândido Rangel Dinamarco apresenta esta ideia, de afastamento do processualista moderno enquanto “mero teórico das normas e princípios diretores da vida interior do sistema processual”, para inseri-lo dentro do “contexto das instituições sociais e políticas da nação, reconhecida sua missão relativa à felicidade das pessoas (bem-comum)”⁵. Assim, o processualista “tomou consciência também da grande necessidade de optar por um método teleológico, em que os resultados valem mais que os conceitos e estruturas internas do sistema”⁶. De modo que, ressalta como “bom processo” àquele “capaz de oferecer justiça efetiva ao maior número possível de pessoas”⁷. Visualizando-se, assim, o fim processual na tempestiva e efetiva tutela jurisdicional.

O legislador pátrio, buscando abreviar a morosidade no transcurso processual e minimizar os danos causados, desenvolveu instrumentos capazes de interferir na

³ José Roberto dos Santos Bedaque traz um estudo aprofundado acerca desta ideia, afirmando que “o processualista deixou de se preocupar exclusivamente com conceitos e formas, para dedicar-se à busca de mecanismo destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 17.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 18.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 17.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 18.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 18.

Ovídio A. Baptista da Silva de maneira brilhante traduz a ideia: “O problema fundamental é que o Direito Processual Civil, nascido, como se sabe, no seio do liberalismo europeu do século XIX, ressentia-se de graves equívocos e pressupostos ideológicos que o marcam como defeitos congênicos, dentre os quais deve-se ressaltar as deformações causadas pelas correntes ‘formalistas’ que tanto distanciaram o processo civil da realidade social, a ponto de imaginarem a possibilidade de existir um ‘mundo’ jurídico desvinculado e independente do mundo social, no qual os conceitos jurídicos pudessem ser construídos como princípios, conceitos e fórmulas matemáticas que são universais, porque vazias de conteúdo. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 7).

trajetória temporal regular do processo, adiantando atos processuais que a via ordinária só autoriza após cognição ampla, marcada pela garantia do devido processo legal, e amparada, ao final, pela coisa julgada. Parte da solução apresentada esta nas tutelas de cognição sumária, que, em um primeiro momento, podem restringir o princípio “segurança jurídica”, em prol de um processo efetivo, que assegure a plenitude do direito informado no litígio.

As tutelas sumárias têm um campo abrangente, que não se pretende esgotar em sua completude, mas analisá-las a partir de um corte específico, que permita elucidar um ponto polêmico que envolve a tutela antecipada preventiva, prevista no art. 273, I, do Código de Processo Civil, que autoriza a medida antecipatória quando “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”⁸ ao direito verossímil pleiteado, a partir da perspectiva de sua concessão ou denegação pela incidência do requisito negativo, presente no parágrafo 2º do mesmo artigo, o qual afasta a possibilidade de antecipação quando “houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”⁹. A morosidade do processo, imputando pesado ônus ao autor, gera a necessidade de se empregar técnicas capazes de abrandar este efetiva atividade jurisdicional, possibilitando a redistribuição isonômica do fator temporal no processo, sendo, inclusive, a finalidade da tutela sumária¹⁰. E, quando diante de um direito urgente, em risco de perecimento, clama-se de maneira especial por uma tutela rápida, a fim de que o mesmo seja preservado e assegurado àquele que de fato possa ter razão dentro do confronto processual.

Inevitavelmente, deve-se partir de uma visão mais ampla, compreendendo o sentido da medida antecipatória no ordenamento pátrio, enquanto resposta ao fator “tempo”, a fim de garantir efetividade jurisdicional, “efetividade do processo, no sentido de procurar soluções para a frustrante ineficácia prática da tutela

⁸ “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 ou de difícil reparação.”

⁹ “§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 53.

jurisdicional”¹¹. E elucidando, também, ainda que não de maneira definitiva, o sentido da norma, a partir de pré-requisitos fundamentais à correta compreensão da previsão normativa constante no parágrafo 2º, do art. 273, para que se permita explorar o seu alcance. Assim, é fundamental a decomposição do artigo, em especial do referido parágrafo, compreendendo a sua natureza e as características que o compõe, bem como a existência de pressupostos positivos, que vinculam a atuação do juiz na apreciação do pedido de tutela antecipada. Buscando, também, a compreensão do seu caráter provisório, que aparece, inclusive, como razão para se garantir a reversibilidade da medida.

O trabalho visa decifrar os contornos da redação, permitindo entender o sentido da norma e o seu alcance, bem como o escopo pretendido com as previsões constantes da letra da lei. A partir do contexto da tutela antecipada, inevitavelmente voltar-se-á a origem do conflito de princípios constitucionais, que encontram na medida um fator de harmonização, mas também de embate, quando presente o risco de perecimento do direito alegado.

Trata-se de um estudo sistemático, que indubitavelmente, permitirá a compreensão de maneira clara das conclusões que o presente trabalho busca elucidar. Quais sejam, compreender o alcance da aplicação do preceito negativo, que proíbe a concessão da medida antecipatória quando houver risco de irreversibilidade na tutela antecipada, assim, balizando eventuais limites a sua aplicação, para a clara compreensão se a norma estudada reveste-se de caráter pétreo e inafastável, ou se há espaço para relativizações e flexibilizações.

Importante ainda observar de que maneira os tribunais vêm aplicando o parágrafo em análise, especialmente o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, permitindo visualizar a incidência prática da norma e possibilitando encontrar a conclusão clara das perguntas que o trabalho se propõe a elucidar, respondendo acerca do alcance do requisito negativo presente na tutela antecipada

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32.

Ainda que não se pretenda uma solução definitiva, visualiza-se que o preceito não se esgota na redação da norma. Necessário, portanto, visualizar hipóteses de solução as perguntas que surgem a partir da sua leitura, encontrando alternativas, e despertando novos questionamentos, uma vez que a ciência do direito apresenta, sempre, um campo fértil para novas discussões.

2 SENTIDO DO ART. 273, §2º

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir do surgimento de uma situação de conflito em uma relação substancial, pela não prestação voluntária de um direito ou de um comando emergente da norma, a via de solução do mesmo esta na resposta jurisdicional monopolizada pelo Estado, em face da proibição de autotutela pelo sujeito¹², que assumiu “o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos”¹³. E, será unicamente através do direito processual, enquanto conjunto normativo que regulamenta os instrumentos estatais destinados à aplicação das normas materiais, o caminho para a resolução do conflito apresentado, a fim de tornar efetivo o direito substancial¹⁴.

A “doutrina clássica” optou pelo procedimento ordinário no sistema processual para solução das controvérsias, reflexo da preocupação com o princípio da segurança jurídica, assim afastando as tutelas sumárias, de cognição limitada¹⁵. Pois, apenas a cognição ampla e exauriente, através do processo de conhecimento, permitiria ao juiz conhecer todos os fatos, provas e elementos necessários a fim de se chegar a um juízo de certeza, culminando na tutela definitiva¹⁶. Para só então,

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 10.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 653.

Neste mesmo sentido, leciona Luiz Guilherme Marinoni: “a ação é a contrapartida natural da proibição da tutela privada, ou seja, é o instrumento de que o particular passou a fazer uso diante da eliminação da ‘justiça de mão própria’”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 163).

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 09-10 e 12.

¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 356.

¹⁶ “Tutela definitiva é a tutela-padrão prometida pelo Estado, formado no âmbito de um processo contraditório, com garantia de meios adequados de defesa para as partes, e coberta, ao final, pela marca da coisa julgada.” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 52).

garantir a satisfação do direito informado, através de medidas executivas e coercitivas, em uma nova fase, distinta da primeira¹⁷.

O procedimento ordinário parte do princípio de legitimação da situação preexistente, devendo o demandado, imbuído do ônus probatório, contrariar a situação fática existente a fim de modificá-la¹⁸. Assim, todos os demandados são postos em igualdade ao iniciar a demanda, “independente de maior ou menor verossimilhança de suas respectivas pretensões”¹⁹. De modo que, o julgador uma vez que deve preservar a situação fatural apresentada, somente poderá efetivar o direito pretendido pelo autor na medida em que desenvolve a cognição no processo.

Todavia, há que se enfatizar, como bem leciona José Roberto dos Santos Bedaque, o fato de que nem todas as situações da vida são idênticas, de modo que nem todas as relações de direito material podem submeter-se a mesma técnica procedimental para a concretização do resultado pretendido. Para tanto, faz-se necessário adaptações dos instrumentos disponíveis²⁰; representando a grande preocupação da ciência processual moderna esta busca por meios aptos a garantir o escopo da plena efetividade jurisdicional²¹. Devendo o processo se ajustar ao

¹⁷ Teori Albino Zavascki apresenta de forma concisa a tradicional classificação das tutelas jurisdicionais: “tradicionalmente, classifica-se a tutela jurisdicional como de conhecimento, de execução e cautelar, sendo que, com a primeira fixa-se a regra jurídica individualizada que deve regular o caso concreto, formulando-se juízo sobre o direito afirmado; na segunda, tomam-se as providências práticas para a realização, no plano fático, do direito reconhecido ou presumidamente existente”. (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17).

¹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 748, p. 34, fev. 1998.

¹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 748, p. 34, fev. 1998.

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 356.

²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 13.

Nos seus estudos acerca do processo cautelar Ovídio A. Baptista da Silva, já antecipava a questão, ressaltando “o grave descompasso entre as exigências de *efetividade* dos direitos, reclamados com tanta veemência, em nossa experiência contemporânea, e o anacronismo de nossas instituições processuais”, e, assim, ressaltando a necessidade do estudo criterioso da tutela cautelar, a fim de evitar os abusos de uma utilização inadequada. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 7).

propósito do direito substancial e “proporcionar a melhor e mais rápida e objetiva concretização do direito da parte que tem razão”²².

E, para a efetiva proteção do bem jurídico reclamado não é suficiente o seu reconhecimento formal, mas o seu resultado prático deve ser útil ao destinatário. Justifica-se, assim, a necessidade de se encontrar mecanismos destinados a garantir utilidade, ou seja, plena satisfatividade ao direito informado: é para além do princípio constitucional da efetividade jurisdicional, legítimo escopo da ciência processual. No ensinamento de Luiz Fux “o processo hodiernamente se encontra sob o crivo da ‘efetividade’ dos direitos, que reclama realizabilidade prática, satisfatividade plena e celeridade”²³.

O princípio constitucional presente no art. 5º, XXXV, CF (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”)²⁴, de amplo acesso ao Poder Judiciário, não se restringe ao acesso meramente formal, mas como ensina Teori Zavascki, deve representar proteção efetiva, sendo necessário a “preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a *efetiva, adequada e tempestiva* tutela de direitos”²⁵. Princípio este que se reflete como compromisso, e “constitui um *dever* estatal, que deve ser cumprido de modo eficaz”²⁶.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 653.

²³ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: Fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 308.

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2012.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni: “O princípio da inafastabilidade, ou da proteção judiciária, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, consagra, em nível constitucional, o direito à adequada tutela jurisdicional. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 133).

²⁵ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20.

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 6.

2.2 O FATOR TEMPO NO PROCESSO

Partindo desta análise, verifica-se imperioso o estudo do fator tempo no processo civil. Mesmo o processo mais célere, quando em cognição exauriente requer um tempo mínimo para a correta solução do litígio, para que se chegue a um juízo de certeza²⁷. E, assim, se mostra inimigo mesmo em situações normais, pela simples demora na concretização da tutela pretendida, pois “O simples fato do direito subjetivo permanecer insatisfeito durante o tempo reclamado pelo desenvolvimento do processo já configura um novo dano”²⁸. De modo que, mesmo o andamento normal do processo pode ensejar prejuízos, inclusive irreparáveis às partes, pela quantidade de dilações e recursos possíveis²⁹. Pelo que se pode afirmar que “O principal problema da justiça civil, entretanto, era e ainda é o da morosidade dos processos”³⁰.

Vislumbra-se, assim, a questão temporal enquanto um dos grandes entraves à efetividade da tutela jurisdicional, face ao universo de atos (“de natureza ordinatória e instrutória”) a serem praticados ao longo da atividade cognitiva³¹, sendo impossível garantir satisfatividade imediata. O doutrinador Athos Gusmão Carneiro afirma que o juiz e os operadores do direito devem abreviar este transcurso de tempo “opondo-se a formalismos inúteis, às demoras injustificáveis e às protelações maliciosas”³².

Incluem-se, ainda, e de maneira fundamental, as prerrogativas do réu e garantias processuais constitucionalmente previstas, dentre as quais o contraditório

²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 653.

²⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 2.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 22.

³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 15.

³² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 2.

e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF)³³, enquanto óbice a prestação imediata, ou suficientemente célere em alguns casos, em prejuízo ao autor. Todavia, são direitos caros ao processo, devendo a ciência processual encontrar a justa medida entre a efetividade pretendida com a segurança jurídica necessária.

Mas, como leciona José Roberto dos Santos Bedaque “a demora excessiva na entrega da tutela jurisdicional representa verdadeira denegação de justiça, o que não se coaduna com o escopo da ciência processual”³⁴. Não é crível frustrar-se a tutela ao direito pretendido pelo autor pela demora na prestação jurisdicional, pois se teria como ineficaz a justiça. No ensinamento de Teori Zavascki:

Se o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a tutela de mão própria, é seu dever fazer com que os indivíduos a ela submetidos compulsoriamente não venham a sofrer danos em decorrência da demora da atividade jurisdicional³⁵.

E segue, afirmando ser direito das partes a prestação jurisdicional “em tempo e em condições adequadas” para garantir e proteger o bem objeto do conflito³⁶.

2.3 O DIREITO URGENTE

Como visto, em face da proibição de autotutela, somente o aparato estatal esta autorizado a, coercitivamente, prestar a tutela jurisdicional a fim de tornar efetivo o direito substancial. Contudo, as questões levadas ao apresso do judiciário requerem extensa atividade cognitiva, o que não satisfaz determinadas situações de urgência, e que merecem técnica célere sob pena de futura ineficácia absoluta da medida buscada. Além do mais, são diversos os meios que permitem discutir todas as questões, seja de natureza material ou processual, o que inevitavelmente tem um custo temporal muito elevado, a ser suportado geralmente pelo autor, e assim,

³³ “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2012).

³⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 107.

³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28.

³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28-9.

retardando a resposta buscada. Como bem resume a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni:

É certo que o “tempo” despendido para a cognição da lide, através de investigação probatória, é reflexo da existência do Estado e da necessidade que ele se impôs de, antes de tutelar os conflitos, averiguar a existência dos direitos afirmados em juízo. Mas é reflexo do Estado porque foi este que vedou a autotutela privada, não deixando outra saída ao jurisdicionado a não ser levar o seu direito ao seu conhecimento³⁷.

A questão aparece de maneira inconteste quando se fala em direito sob risco de “dano irreparável ou de difícil reparação”, sendo a tempestividade fator imprescindível frente a este direito urgente, quando a satisfação imediata se faz impostergável, a fim de evitar o perecimento do provimento reclamado. Pois, ao buscar o judiciário faz-se impreterível uma satisfação tempestiva e efetiva, que garante eficácia e utilidade prática à decisão, refletindo no bem da vida informado.

Todavia, há impossibilidade de satisfação imediata da prestação perseguida, pois para se chegar a um juízo de certeza e de confiabilidade requer-se tempo para verificação de todos os fatos alegados, para culminar em uma decisão definitiva acerca da procedência ou não do direito pretendido, que consolidará a situação jurídica almejada pelo autor na inicial³⁸.

Porém, para além dos casos normais, onde o fator tempo já aparece como obstáculo, passa-se à esfera dos direitos que reclamam urgência na sua efetivação, quando a morosidade processual pode, ao cabo, frustrar o direito *sub judice*, restando inócuo o provimento definitivo. Nos casos de urgência, a demora se mostra potencialmente mais perigosa, pois pode representar o esgotamento absoluto da tutela reclamada, inviabilizando qualquer efetividade esperada à parte vencedora ao final da demanda. São situações que reclamam técnicas e institutos aptos a oferecer uma resposta tempestiva e adequada, devendo “o sistema ser dotado de tutelas mais rápidas, sob pena de comprometimento da efetividade do processo”³⁹.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 131.

³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 52.

³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 106.

São os casos concretos em que a regular tramitação do processo, entre o pedido inicial e a efetiva concessão da tutela satisfativa, não oferece resposta em tempo eficaz, legitimando o desenvolvimento de instrumentos capazes de garantir a satisfatividade do direito⁴⁰, “daí a procura incessante de mecanismos destinados a dotar o processo de maior utilidade prática [...], especialmente nas situações em que a necessidade de urgência não permite aguardar o tempo necessário à cognição plena”⁴¹. Coadunando-se com a ideia já exposta, resta claro que nem todas as situações reclamam a mesma solução, ou o mesmo procedimento, assim, ensejando técnicas diversas, para problemas distintos, e adaptando-se os meios e instrumentos aos fins pretendidos.

2.4 O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA

A partir da ideia de processo ordinário apresentada, verifica-se a evolução do processo civil, para além da simples garantia de um processo seguro, mas de plena garantia a efetividade jurisdicional, constitucionalmente prevista, enquanto resposta ao entrave do tempo na solução do conflito, especialmente nos casos de urgência⁴². Todavia, há garantias inerentes ao processo que visam a segurança jurídica, permitindo o devido processo legal, o que tem elevado custo temporal, e reclama a criação de instrumentos necessários para que se responda ao anseio de efetividade jurisdicional, sobretudo nos casos de direito urgente, onde impreterível uma resposta célere. Ou seja, uma tutela provisória, de cognição sumária, capaz de responder ao anseio temporal, garantindo a efetividade ao processo.

Assim, a tutela antecipada genérica é instrumento processual previsto na norma, e meio adequado a fim de garantir efetividade jurisdicional ao direito do autor,

⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 109.

⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 109.

⁴² Na doutra doutrina de Teori Zavascki, é claramente explicada a ideia de urgência de maneira abrangente, enquanto hipótese ensejadora de uma tutela rápida: “O conceito de urgência, que enseja tutela provisória, deve ser entendido em sentido amplo, mais amplo que o sentido pelo qual é geralmente adotado, ou seja, de representar situação apta a gerar dano irreparável. A urgência, no sentido que aqui se utiliza, está presente em qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição.” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

quando os fatos por ele narrados se subsumirem no preceito legal⁴³. Como ensina Daniel Mitidiero: “O direito à técnica antecipatória é uma das posições jurídicas que integra o direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo”⁴⁴. De modo que, a inexistência de uma tutela antecipada genérica representaria deixar ao autor toda a carga temporal do processo⁴⁵.

O instituto, previsto no artigo (art.) 273 do Código de Processo Civil (CPC)⁴⁶ apresenta resposta a questão temporal, inerente ao processo. Leciona Arruda Alvim acerca da tendência de, através da lei, “engendrarem-se institutos com a finalidade de precipitar no tempo a satisfação da pretensão”⁴⁷. Dentro deste contexto, a tutela antecipada aparece como instrumento capaz de garantir tempestividade e satisfatividade ao direito informado, proporcionando maior celeridade na realização do direito urgente, evitando-se o risco de dano ou de perecimento do mesmo. Além do mais, “é uma técnica capaz de distribuição do ônus

⁴³ Como refere, com acuidade, Luiz Guilherme Marinoni: “A tutela antecipatória constitui o grande sinal de esperança em meio à crise que afeta a Justiça Civil. Trata-se de instrumento que, se corretamente usado, certamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 22).

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 57.

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 65.

⁴⁶ “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 ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

⁴⁷ ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 83.

do tempo do processo”, afastando a vantagem adicional do réu em relação ao autor “que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da Justiça”⁴⁸.

A tutela antecipada genérica, prevista no art. 273, CPC, é justamente a alternativa normativa no âmbito do processo civil que assegura a utilidade do resultado pretendido com a tutela futura, nos casos em que acabaria frustrada sua fruição não fosse tal providência tomada. A doutrina fala, inclusive, como “meio para assegurar a efetividade jurídica do provimento, destinado a eliminar com eficiência a crise de direito material”⁴⁹.

Trata-se de uma adequação procedimental no processo ordinário, enquanto meio capaz de acelerar a prestação jurisdicional, antecipando efeitos da sentença final. Tem como escopo evitar o entrave temporal, intransponível quando necessária uma cognição profunda, em vista da impossibilidade de uma resposta instantânea. Prejuízo que se cristaliza nos casos de urgência, onde há risco de perecimento do direito informado. E, geralmente, é o autor o grande prejudicado com a morosidade, pois é quem reclama o direito, e aguarda a sua satisfação no processo; por estas razões, o processo será tão mais eficaz ao autor quanto mais rápida for a resposta buscada⁵⁰. De modo que, são cada vez mais atuais as questões ligadas a urgência na prestação jurisdicional, e a pacificação social almejada pelo direito passa irremediavelmente por uma resposta a estes anseios. Deve existir “instrumento adequado à realização do direito material em favor de seu titular, em tempo razoável, a fim de que ele possa realmente usufruir dos efeitos práticos daí decorrentes”⁵¹.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 23.

⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 292. Sergio Bermudes, acerca da medida antecipatória, afirma que a mesma “torna possível a rápida prevenção ou composição da lide, sem sujeitar a prestação jurisdicional às prejudiciais delongas impostas pela natureza do processo e pelas notórias deficiências da administração da justiça.” (BERMUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 28).

⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 357.

⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 358.

Os requisitos legais que permitem a medida antecipatória estão elencados expressamente na lei, art. 273, *caput*, CPC, e são os pressupostos positivos ensejadores da tutela antecipada: “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”. Concomitante, ainda enquanto pressuposto positivo, deve estar presente o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I, CPC), a chamada tutela antecipada preventiva ou assecuratória⁵², que visa resguardar o direito informado de dano ou perecimento, e sobre o qual se manterá o foco ao longo deste estudo. Ainda, caberá a antecipação dos efeitos da tutela, alternativamente ao inciso I, desde que “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, situação de claro embaraço a prestação jurisdicional (art. 273, II, CPC), podendo-se denominar tutela antecipada punitiva, pois guarda relação com a ideia de penalidade, imposta ao réu que obstaculiza o célere andamento processual⁵³. Ou, ainda, uma terceira hipótese de concessão, em face de pedido ou parcela de pedido incontroverso (art. 273, §6º, CPC).

Dentro deste contexto destacam-se as situações em que o direito alegado pelo autor esta sob risco de “dano irreparável ou de difícil reparação”, quando, de maneira mais clara, o processo reclama uma resposta, através de uma tutela preventiva, para não restar inócua a tutela definitiva. A medida antecipatória é meio útil enquanto providência capaz de preservar o direito reclamado, o bem litigioso, que deve ser tomada antes de exaurido todo o procedimento contraditório, em tutela sumária, para que os efeitos do tempo não possam causar dano irreparável ao mesmo. Pois, se obedecida a regular tramitação do processo ordinário, com o custo temporal conhecido, haveria o autor de suportar o risco proveniente da urgência que se reveste seu direito, capaz de comprometer e tornar até inútil a tutela jurisdicional, pelo perecimento do direito informado.

⁵² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 77.

⁵³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 77-8.

2.5 A ATUAÇÃO DO JUIZ NA CONCESSÃO DA MEDIDA

Verifica-se, que os citados pressupostos positivos da medida, presentes no art. 273, balizam sua incidência e oferecem maior grau de segurança ao instituto e a sua aplicabilidade, evitando arbítrios e injustiças. Pois, somente existindo a prova inequívoca e caracterizada a verossimilhança do direito alegado, e na análise específica do inciso I do artigo em comento, “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, poderá o juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida. A partir desta ideia encontra-se na doutrina entendimento de não tratar-se de um ato discricionário do juiz, a concessão ou denegação da tutela antecipada.

Estando presente todos os requisitos previstos na lei, não há espaço para inovação, de modo que não se trata de uma faculdade do juiz o deferimento, mas sim um dever. Em que pese na redação da norma conste que “o juiz *podará*”, a doutrina ensina que se trata de um dever, a partir da conjugação dos elementos previstos na norma⁵⁴. Presentes os pressupostos autorizadores da concessão da medida, não há poder discricionário para o juiz indeferir a antecipação pretendida pelo autor. Do mesmo modo, ausente qualquer deles não poderá o juiz conceder a tutela⁵⁵. Há, nesta linha de raciocínio, elementos claros e objetivos que deverão estar presentes a fim de que a tutela seja concedida ou denegada⁵⁶.

José Carlos Barbosa Moreira apresenta um paralelo com termos tanto quanto imprecisos no artigo que permitirá determinada “flexibilidade”, ou até “subjetividade”, nas palavras usadas pelo próprio doutrinador, devendo o juiz, com base no conjunto fático-probatório apresentado revelar a melhor interpretação para os elementos de “prova inequívoca”, “verossimilhança”, entre outros⁵⁷. Ainda assim, segundo o

⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 81, p. 208, 1996.

⁵⁵ É o mesmo sentido apresentado por Athos Gusmão Carneiro, afirmando que “o julgador não usa de um poder ‘discricionário’, não obstante o uso da expressão ‘podará’ no *caput* do dispositivo legal.” CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 21.

⁵⁶ “Já o magistrado no exercício da jurisdição [...] dirá se, na hipótese, ocorreram ou não os requisitos de concessão da tutela antecipada”. (CARNEIRO, Athos Gusmão. Aspectos da tutela antecipada no direito processual brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 350, p. 7, 2000).

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 81, p. 208-9, 1996.

ensinamento de Arruda Alvim, não se trata de discricionariedade, “se não da interpretação de conceitos vagos e da interpretação de expressões que ensejam dificuldade, para determinar-se a delimitação correta do seu campo de abrangência”⁵⁸.

Há maior liberdade na efetivação da medida e no “exame dos requisitos”, mas que não representa, indubitavelmente, poder discricionário⁵⁹. Pois uma vez que o juiz entenda presente a “prova inequívoca”, e a “verossimilhança das alegações”, bem como prevendo o dano irreparável (inciso I) ou o propósito protelatório do réu (no caso do inciso II), esta então, adstrito a conceder a tutela antecipada requerida. Verifica-se primordial a função do juiz, na subsunção dos fatos narrados pelo requerente à norma prevista pelo legislador, que uma vez ocorrendo não se permite outro caminho, pois não há juízo de conveniência e oportunidade⁶⁰. Apenas, existindo na previsão normativa termos indeterminados, oportuniza-se maior poder ao juiz ao concretizar a norma, pois maior a sua função interpretativa, uma vez que “compete-lhe, com grande margem de flexibilidade, fixar o sentido das expressões vagas, de conteúdo indefinido, encontradas na previsão legal e adequá-las às situações da vida carente de proteção urgente”⁶¹.

2.6 A PROVISORIEDADE DA TUTELA ANTECIPADA

Para além dos pressupostos positivos presentes na norma, e que vinculam à aplicação do instituto, o pressuposto negativo do art. 273, §2º, se impõe enquanto requisito à concessão, ou impedimento à concessão, da medida antecipatória. O

⁵⁸ ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 110.

Neste exato sentido, também, Joel Dias Figueira Jr: “A tarefa do juiz de descobrir, em cada caso concreto, o significado da *verossimilhança* e do *perigo de dano* ou *defesa temerária* não caracteriza da discricionariedade, mas, sim, interpretação de conceitos indeterminados ou vagos, que servirá para fundamentar a concessão ou denegação da tutela antecipatória perseguida.” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. v. 4 tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. In: SILVA, Ovídio Baptista da Silva. (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 143).

⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 334.

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 334.

⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 280.

texto normativo previsto no referido parágrafo afasta o deferimento da tutela antecipada “quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (art. 273, §2º CPC). Assim, para que seja concedida a medida antecipatória, há que se garantir a possibilidade de reversão dos seus efeitos ao *status quo ante*.

Uma vez que, o mesmo artigo prevê o poder de revogação e modificação da medida concedida, a qualquer tempo, a partir de decisão fundamentada (art. 273, § 4º), assim, revogada a decisão, devem retornar as partes ao seu estado anterior. A partir do §4º observa-se o caráter precário da decisão de tutela antecipada, tendo em vista a natureza provisória do instituto, “juízo pronunciado *rebus sic stantibus*, que pode ou não se confirmar”⁶². Sua concessão se dá com base em cognição sumária, devendo, então, ser possibilitada sua reversão ao estado fático anterior, pelas chances de modificação ou revogação da decisão a qualquer momento. O legislador preocupou-se em oferecer determinado grau de segurança ao réu, a fim de não apenas transportar os riscos da esfera do autor, referentes a morosidade da prestação jurisdicional e consequente risco de ineficácia no provimento, para a esfera do réu. Fato que implica relação entre a natureza da medida antecipatória e seu caráter provisório, com a necessidade de se evitar a irreversibilidade no provimento.

É da própria natureza da tutela antecipada ter duração determinada, pois está sujeita a prolação de decisão futura e definitiva acerca do litígio posto à apreciação do judiciário, decisão esta que será baseada em cognição exauriente e revestida, então, pela coisa julgada. Além de temporária, deve-se analisar o instituto face seu caráter precário. Trata-se de tutela provisória, sentido que abarca tanto o fator temporariedade – eficácia temporal limitada, no sentido de que sobrevirá decisão definitiva acerca da medida antecipatória; e precariedade, pois conforme previsão referida do art. 273, §4º, CPC, “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo”⁶³. A própria eficácia temporal limitada é apresentada por Teori Zavascki no sentido de que esta tutela não perdurará mais que o da

⁶² ALVIM, J. E. Carreira. A antecipação de tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 74.

⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34.

concretização do escopo pretendido ou da duração do processo litigioso, em que se busca a tutela definitiva⁶⁴.

Ou, ainda, nos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, provisoriedade enquanto “incapacidade de definir a controvérsia, por sua absoluta falta de idoneidade para a declaração ou, em outros termos, para a produção de coisa julgada material”⁶⁵.

2.7 DA LITERALIDADE DO §2º

Desde já se pode estabelecer uma premissa de pleno poder de revogação e modificação da antecipação dos efeitos da tutela, dando azo a uma falta de sentido na exegese do §2º, uma vez que ao longo de toda a fase cognitiva do processo, até a prolação da sentença, o §4º possibilita a revogação ou modificação da anterior concessão ou denegação da tutela antecipada, não havendo porque se falar em “perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (art. 273, §2º). Razão que se faz pertinente analisar a redação da norma, e sua finalidade.

É fundamental trazer à tona a discussão acerca da literalidade do §2º, tendo em vista a previsão citada do §4º. Em que pese a redação da norma presente no art. 273, §2º, falar em “provimento”, como bem sustenta a doutrina de Teori Zavascki a decisão judicial que defere ou indefere a tutela antecipada, no seu sentido formal, é sempre reversível, de modo que, “a reversibilidade diz com os fatos decorrentes do cumprimento da decisão em si mesma”. E, segue: “À reversibilidade jurídica (revogabilidade da decisão) deve sempre corresponder o retorno fático ao *status quo ante*”⁶⁶. Nas palavras do autor “antecipa-se a eficácia social, não a jurídico-formal”⁶⁷, ou seja, não se está no campo das abstrações, mas sim da realidade dos fatos, de modo que “antecipar efeitos da tutela definitiva não é antecipar a sentença, mas,

⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 40.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 192.

⁶⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 102.

⁶⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 49.

sim, antecipar os efeitos executivos que a futura sentença poderá produzir no plano social”⁶⁸.

Trata-se dos efeitos práticos, pois é inviável antecipar a “proteção no campo formal ou jurídico”, como leciona Joel Dias Figueira Jr., de modo que “eventuais efeitos fáticos ou práticos é que poderão ser antecipados mediante *ordem e efetivação* coercitiva, se necessário”⁶⁹. No mesmo sentido, em seus ensinamentos José Carlos Barbosa Moreira afirma que “o provimento em si não será irreversível, porque sempre podemos dizer o contrário do que dissemos antes”⁷⁰. A questão deve atender as consequências referentes ao cumprimento, a efetividade fática da medida antecipatória – pois, “o provimento antecipatório, em si, é sempre essencialmente reversível”⁷¹. Ou, ainda, nos dizeres de Athos Gusmão Carneiro, “a ‘irreversibilidade’ não se refere propriamente ao ‘provimento’ antecipatório, mas sim aos *efeitos do provimento*”⁷².

Com esta análise, entende-se que a preocupação, a partir da ideia de precariedade na medida, versa acerca da efetividade fática emanada da concessão da tutela antecipada, e o seu risco de irreversibilidade. Em seus estudos, José Carlos Barbosa Moreira detido neste aspecto interpretativo do referido parágrafo afirma que “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 produz”⁷³. Ampliando este horizonte, J. E. Carreira Alvim ensina que não se trata de uma qualidade do provimento, a irreversibilidade, mas sim da consequência fática, a qual “poderá correr o risco de não ser reposta no *status quo ante*, ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a

⁶⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 51.

⁶⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. v. 4 tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. In: SILVA, Ovídio Baptista da Silva. (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 163.

⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 81, p. 204, 1996.

⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: Algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, p. 8, 2001.

⁷² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 81.

⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 81, p. 204, 1996.

elevadíssimo custo, que a parte por ele beneficiada não teria condições de suportar”⁷⁴.

Especial ressalva deve-se fazer no que se refere ao entendimento apresentado por Luiz Guilherme Marinoni, uma vez que manifesta compreensão diversa do restante da doutrina, de maneira geral, no tocante a literalidade do §2º. O autor frisa: “irreversibilidade do provimento antecipado’ – que não tem nada a ver, repita-se, com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento – são determinadas declarações e constituições provisórias”⁷⁵. Assim, refere que o parágrafo está proibindo a declaração ou a constituição, de modo que a “antecipação não pode ocorrer nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas”⁷⁶. Vislumbra-se tratar de um entendimento diferente do apresentado pelo restante da doutrina, que filia-se a compreensão de que o legislador quis referir-se aos efeitos fáticos do provimento, como já amplamente ressaltado.

2.8 A SATISFATIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA

O entendimento de antecipação dos efeitos práticos da tutela corrobora com a íntima relação de satisfatividade na natureza da medida antecipatória, pois através dela busca-se antecipar os efeitos executivos da tutela requerida⁷⁷. Não se pretende antecipar a “certificação do direito”, mas sim, a eficácia a ser produzida pela sentença na “realidade dos fatos”⁷⁸. Pois, tratando-se da tutela antecipada preventiva, quando verificada as hipóteses do *caput* do artigo 273, juntamente com o perigo de dano irreparável, a necessidade da parte, que vai garantir a efetividade pretendida, é sentir os efeitos da proteção do seu direito no mundo real, não bastando o reconhecimento do mesmo no plano jurídico e estritamente formal.

⁷⁴ ALVIM, J. E. Carreira. A antecipação de tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 74.

⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 193.

⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 195.

⁷⁷ Neste sentido, J. J. Calmon Passos afirma: “A antecipação da tutela, ora prevista no art. 273 do Código, é, em verdade, medida pela qual se empresta, provisoriamente, eficácia executiva a decisão de mérito normalmente desprovida desse efeito”. (PASSOS, J. J. Calmon de. Da antecipação de tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 191).

⁷⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 50.

Como ensina Teori Zavascki: “Todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas, isto é, permitem a fruição, ao menos em parte, do bem da vida reclamado pelo autor da demanda”⁷⁹.

Pode-se, inclusive, concluir que se admite “a eficácia fática e social antes mesmo que se produza a eficácia jurídico-formal do provimento”⁸⁰, estando autorizado pela necessidade de se garantir a efetividade jurisdicional, permitindo ao bem jurídico reclamado sua plena utilidade, e então, evitando o risco de frustração ao final da demanda.

Verifica-se, que ao antecipar os efeitos da tutela garante-se satisfatividade ao bem jurídico perseguido pelo autor, pois o escopo é garantir a fruição imediata do direito. Por esta razão não há que se confundir a satisfatividade do direito com a irreversibilidade da medida, como bem leciona Teori Zavascki. Pois, a tutela antecipada é satisfativa, mesmo quando parcialmente, do bem da vida informado pelo autor, e assim, podendo ter consequências reversíveis ou irreversíveis no mundo dos fatos⁸¹. Ainda, acrescenta Daniel Mitidiero que “A vedação à irreversibilidade dos efeitos do provimento concerne apenas à impossibilidade de concessão de antecipação de tutela quando houver perigo de inviabilização de retorno ao *statuo quo ante*”⁸².

José Roberto dos Santos Bedaque, no mesmo sentido, ensina que a medida antecipatória produz os mesmos efeitos da tutela principal, satisfazendo antecipadamente a pretensão material do autor, todavia, em caráter provisório⁸³. E ao efetivar tal medida os efeitos concretos e satisfativos podem ter caráter irreversível ou reversível no plano fático – a primeira impossibilita a reversão ao *statuo quo ante*, justificando a previsão normativa do art. 273, §2º, a fim de salvaguardar o direito do réu, e garantir a plenitude de defesa e do contraditório,

⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 102.

⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 341.

⁸¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 102.

⁸² MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 125.

⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 322.

princípios constitucionais que acabariam restritos se, através da decisão concessiva de tutela antecipada, e efetivados os seus efeitos no plano fático, não houvesse mais meios de reversão quando, após exaurido o procedimento cognitivo, fosse verificado a improcedência da demanda do autor.

Percebe-se assim, que, indubitavelmente, a preocupação constante do art. 273, §2º, transborda o plano formal, do simples provimento ou indeferimento da medida nos autos, devendo compreender a execução (ou “efetividade” como pretende o art. 273, § 3º) desta medida. Trata-se da irreversibilidade dos efeitos práticos da tutela, externos ao processo⁸⁴. Compreensão que justifica a preocupação em se garantir o retorno ao *status quo*. Pois se não, ao resguardar o direito do autor em risco de dano irreparável ou de difícil reparação, estaríamos deslocando este mesmo risco para o réu, que suportaria o perigo de perecimento do seu direito, em caso de reversão da concessão no plano jurídico-formal, pela irreversibilidade no plano dos fatos⁸⁵.

Nesse diapasão, discorrer a questão estritamente sob o seu aspecto formal retiraria inclusive o sentido normativo da tutela antecipada e o escopo pretendido pelo legislador ao prever o instituto, enquanto instrumento à necessária efetividade jurisdicional, garantindo uma justa e tempestiva resposta à questão apresentada ao judiciário. A plena eficácia da decisão somente se efetivará no plano real, ao alterar a situação fática. Para que o aparato estatal, através do processo, se mostre efetivo e eficaz na solução das controvérsias levadas ao seu pronunciamento é “imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção possa utilizar o instrumento estruturado para assegurar não apenas tutela formal de seu direito, mas proteção real”⁸⁶.

O Estado, ao monopolizar a função jurisdicional, substituindo a autotutela do direito reclamado, deve concretizar o direito substancial em favor da parte que tem

⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21.

⁸⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 11.

razão. José Roberto dos Santos Bedaque claramente enfatiza a preocupação do direito processual na sistematização do método, e aqui se inclui a tutela antecipada, para a criação de meios capazes de garantir o resultado pretendido. Tutela jurisdicional enquanto “garantia efetiva, constitucionalmente prevista, de proteção eficaz e tempestiva do direito material”.⁸⁷

2.9 A INVERSÃO DE RISCOS

No estudo das normas há que se ter em mente não existir previsão inócua, letra morta – de sorte que, sobre toda e qualquer previsão normativa deve-se buscar o sentido pretendido pelo legislador quando de sua concepção. Ao privilegiar o princípio de efetividade jurisdicional por meio da tutela antecipada, e garantir a própria eficácia da medida, que em geral somente ocorreria ao final de todo o processo e exaurida a cognição, o art. 273, §2º, apresenta um contrapeso necessário. A previsão negativa que impossibilita a concessão quando houver risco de irreversibilidade no provimento antecipado evita que apenas transportem-se as cargas de risco, que justificam a medida antecipatória, da esfera do autor, para a esfera do réu, para que, assim, este último não amargue as inconveniências de perecimento do direito, pela irreversibilidade fática, ocorrendo a reversão do provimento antecipado. É meio de manter protegido o direito litigioso para ambas as partes.

Bem ressalta Cassio Scarpinella Bueno que o processo, ao não poder criar uma situação de desigualdade, quando da decisão que antecipa os efeitos da tutela pretendida, ao não ser eventualmente confirmada, não poderá causar prejuízos ao réu⁸⁸, o que dá azo a previsão do art. 273, §2º. O qual, também, corrobora com a ideia de paridade processual, pois a solução trazida pela tutela antecipada em favor do autor não poderá reverter, então, em prejuízo ao réu, somado ao fato de se estar frente a um juízo de probabilidade e não de certeza.

⁸⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 14.

⁸⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22.

A ideia de reversibilidade do provimento, aliada a questão temporal inerente ao andamento processual, ensina que “antes da concessão da tutela antecipada o tempo militava contra o autor; concedida que seja ela, entretanto, passa militar contra o réu”⁸⁹. Ao se evitar o perigo pela demora na prestação jurisdicional, não se pode apenas transportar igual risco ao réu, simplesmente deslocando-o, “o autor tem direito a obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo”⁹⁰.

Cassio Scarpinella Bueno bem alude ao cuidado de não se estar, nestes casos, se buscando defender um “processo do autor” em detrimento do réu⁹¹. A primeira segurança, dentro de uma ideia de igualdade e paridade, é que o deferimento da tutela antecipada está vinculado a incidência dos requisitos positivos do art. 273, *caput*, e cumulativamente o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I); ou, alternativamente, o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II). Mas pela sua cognição sumária e sua natureza provisória, trata-se de uma solução normativa que guarda um grau de risco que, porém, foi “assumido e concretizado expressamente pelo legislador”⁹², sendo para tanto impreterível que estejam presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada, evitando-se arbitrariedades.

O instituto sob exame é de fato, pensado primeiramente em prol do autor, a fim de atenuar os efeitos danosos do tempo, quando há fortes indícios de estar com a razão ao seu lado⁹³, mas como clareia José Carlos Barbosa Moreira, corre-se o risco de perpetrar outra injustiça, “de sinal contrário mas não de menor gravidade”⁹⁴,

⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: Algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, p. 11, 2001.

⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 677.

⁹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24.

⁹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24.

⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: Algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, p. 10, 2001.

⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: Algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, p. 10, 2001.

ao nos limitarmos na análise do processo sob a ótica do autor. A boa prudência e o exame da dinâmica processual ensinam que, à luz de elementos mais robustos, de um exame aprofundado da causa, pode ocorrer inversão da decisão tomada, justificando a preocupação do risco de irreversibilidade do provimento. Pois, ocorrendo mudança no conjunto que levou ao deferimento da medida antecipatória, resta por evidente que isto deva repercutir no instituto sob análise.

Em que pese a busca em garantir efetividade ao processo jurisdicional, isto não pode significar a tutela exclusiva do direito do autor, levado às últimas consequências e garantindo-lhe um resultado favorável. É primordial conciliar os interesses opostos formadores da lide, para que ao final da demanda seja beneficiado àqueletitular da situação jurídico-material. O que pressupõe a proteção da posição jurídica de ambas as partes, não se erigindo a efetividade em valor absoluto, em total abdicação aos interesses do réu⁹⁵. Não se pode construir garantias para apenas um pólo da demanda, devendo-se “assegurar uma via equânime e justa, com oportunidades iguais, a fim de que seja alcançado o resultado mais próximo possível da vontade material”⁹⁶.

2.10 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE PERMEIAM A TUTELA ANTECIPADA

A tutela de caráter antecipatório tem natureza satisfativa, pois antecipa os efeitos práticos da tutela definitiva. Todavia, é provisória, com a possibilidade de revogação ou modificação a qualquer tempo, havendo alteração nas circunstâncias que permitiram a sua concessão. Em vista o seu caráter efetivo, de alteração no plano fático, há a preocupação de se resguardar, de se proteger o direito para que o mesmonão reste irreversível (art. 273, §2º), possibilitando o devido processo legal, em fase cognitiva exauriente e posterior a concessão da medida, tendo em vista o

⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 359.

⁹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 359.

princípio de bilateralidade de audiência⁹⁷. Através da previsão negativa, limita-se o risco a ser suportado pelo réu, pois garante a efetividade pretendida pelo autor, afastando o risco de dano ao direito, sem impossibilitar a ampla defesa e o contraditório, em momento subsequente.

É o sentido apresentando por J. J. Calmon de Passos, ao afirmar que “A *reversibilidade* é necessária até mesmo pela regra do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, pois, se irreversível fosse, alguém restaria condenado ‘sem o devido processo legal’, e, ainda, teria sido esse alguém privado de seus bens sem o contraditório e ampla defesa”⁹⁸.

Deve-se manter em vista a necessidade de conciliação dos direitos de ambas as partes, onde erigem interesses contrapostos e de igual valor constitucional, merecendo equilibrada proteção, de modo que não reste sacrificado em absoluto qualquer deles⁹⁹. Trata-se de não se filiar a ideia de efetividade a qualquer custo, evitando danos na esfera contrária¹⁰⁰, uma vez que ao privilegiar o autor com a antecipação da tutela não se pode causar “dano irreparável à esfera do réu, sem que esse sequer tenha oportunidade de influir na formação do convencimento do juiz”¹⁰¹.

⁹⁷ “A Constituição Federal consagra o princípio da bilateralidade de audiência, o qual deve presidir o desenvolvimento do processo todo (art. 5º, LV); como também, *até com certa repetitividade*, garante constitucionalmente que ninguém será privado de seus bens (e de sua liberdade), ‘sem o devido processo legal’ (art. 5º, LIV)”. (ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 88.

⁹⁸ PASSOS, J. J. Calmon de. Da antecipação de tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 94.

Ainda, afirma em seus ensinamentos José Roberto dos Santos Bedaque: “A reversibilidade dos efeitos gerados pela tutela antecipada está vinculada à necessidade de salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 321).

⁹⁹ Como lembra Teori Albino Zavascki: “Por se tratar de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma, no plano normativo, entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, pelo que hão de merecer, ambos, do legislador ordinário e do juiz, a mais estrita e fiel observância”. (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 67).

¹⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 359.

¹⁰¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 361.

O fator temporal desencadeia o conflito entre princípios constitucionais, pois seu transcurso é fundamental para que haja segurança jurídica plena, o que, muitas vezes, não se coaduna com o escopo de efetividade jurisdicional, especialmente nos casos de direito urgente, que reclama uma tutela célere¹⁰². Assim, caracteriza-se o conflito, entre a efetividade jurisdicional, que reclama celeridade, e a segurança jurídica, que pressupõe o devido processo legal, com os consectários do contraditório e da ampla defesa, encontrando na tutela sumária fator de harmonização de direitos fundamentais¹⁰³, e que não poderá ser resolvido pela simples eliminação, *a priori*, de qualquer dos princípios em questão¹⁰⁴.

Pela tutela antecipada se garante à prestação jurisdicional plena eficácia, tendo em vista a urgência configurada no risco de dano irreparável à tutela pretendida, uma vez que “a tutela antecipada destina-se a acelerar a produção de efeitos práticos do provimento, para abrandar o dano causado pela demora do processo”¹⁰⁵. Ainda, impedindo a concessão da medida quando vislumbrado o risco de irreversibilidade no provimento antecipado, e sendo ela provisória, garante-se a plenitude do devido processo legal, privilegiando a segurança jurídica, em fase posterior. A tutela antecipada acaba inicialmente sacrificando o princípio da segurança jurídica, garantindo efetividade ao processo, todavia sua natureza provisória possibilita que os direitos relativos à segurança jurídica sejam plenamente desenvolvidos ao longo de uma posterior fase de cognição plena e exauriente, para que se chegue a tutela final¹⁰⁶, pois não se pode dar azo a simples subtração dos direitos do réu, amparados constitucionalmente.

Assim, verifica-se que a regulamentação legislativa da tutela antecipada, indicando os requisitos claros para sua concessão, em especial o constante do §2º, pressuposto negativo da medida antecipatória, “se deve aos princípios constitucionais da bilateralidade de audiência, do contraditório e da ampla defesa,

¹⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 68.

¹⁰³ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 11.

¹⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 68.

¹⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 281.

¹⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 286.

em fim, do devido processo legal”¹⁰⁷, que será devidamente oportunizado no processo cognitivo. Deste modo, o instituto é capaz de antecipar os efeitos necessários, preservando a utilidade que seria comprometida ao aguardar a morosidade procedimental, mas possibilita a cognição ampla a partir do devido processo legal para o pronunciamento da tutela definitiva. Busca-se, então, evitar danos resultantes de uma tutela sumária irreversível, aspecto também ressaltado por Humberto Teodoro Júnior, ao afirmar que “A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica”¹⁰⁸.

A composição do fenômeno processual tem como marca a bilateralidade¹⁰⁹, ou seja, “os indivíduos envolvidos no conflito terão, em igualdade de condições, a oportunidade de formular suas razões de ataque e de defesa em face do litigante adversário”¹¹⁰, razão que justifica a preocupação de ofertar as partes plena paridade dentro da relação, para que não se faça apenas um lado suportar os encargos, enquanto a outra parte usufrui as vantagens¹¹¹. É uma arte de bem equacionar, a partir dos elementos carreados aos autos, e utilizando dos instrumentos previstos nas normas processuais, meios de garantir a plena efetividade jurisdicional tão almejada, sem que isso represente um custo elevado ao outro pólo da demanda, sacrificando-se a segurança jurídica. Nas palavras de Athos Gusmão Carneiro, “Cumpra, pois, a um processo civil moderno, instituir uma *redistribuição* dos ônus processuais naturalmente decorrentes do *transcurso do tempo*”¹¹².

José Roberto dos Santos Bedaque contextualiza o impasse, que está em conciliar “a rapidez necessária à utilidade da tutela com o tempo imprescindível ao pleno exercício das garantias processuais e ao conhecimento adequado da relação

¹⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 358.

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 677.

¹⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: Algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, p. 10, 2001.

¹¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18 e 19.

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: Algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, p. 10, 2001.

¹¹² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 5.

material”, o que representa, “talvez, o maior objetivo do processualista moderno”¹¹³. E, ainda, apresentando a dicotomia e o conflito a ser enfrentado pelo processo atual, segue afirmando:

A procura do processo justo, ou seja, aquele apto a garantir não apenas o resultado adequado para o autor, como também assegurar a ampla defesa e o contraditório em favor do réu, constitui o ideal do processualista. O modelo processual-constitucional visa à efetividade, mediante contraditório real e equilibrado. Cabe ao cientista do processo harmonizar esses valores, que muitas vezes se apresentam em conflito¹¹⁴.

Na doutrina estuda-se a questão sob o aspecto de necessidade de proteção do “núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica do réu”, o que impõe a necessidade de reversibilidade dos efeitos do provimento antecipado¹¹⁵. Reversão que não pode ser apenas formal, mas efetiva na realidade social do demandado, “não fosse assim, o perigo de dano não teria sido eliminado, mas apenas deslocado, da esfera do autor para a do réu”¹¹⁶.

A concessão de uma tutela sumária irreversível apenas transfere o risco inicialmente suportado pelo autor, para o réu, todavia impossibilitando o mesmo de qualquer manifestação. Ainda, este passaria a suportar o ônus da passagem do tempo, assistindo o perigo de dano iminente ao direito que entende seu. Na síntese apresentada pelo doutrinador José Roberto dos Santos Bedaque, este afirma:

É imprescindível que a regulamentação da tutela antecipada leve em consideração não apenas a necessidade de conferir efetividade ao processo, mas também a impossibilidade de reduzir a parte contrária a mero integrante processual, sem qualquer oportunidade de influir em seu resultado¹¹⁷.

Teori Zavascki é mais enfático, ao afirmar que “antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor”¹¹⁸, sem qualquer garantia ao

¹¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 107.

¹¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 107.

¹¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

¹¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

¹¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 275-6.

¹¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 102.

devido processo legal. Verifica-se que o conflito entre direitos e prerrogativas, inclusive de princípios constitucionais, permeiam toda a discussão acerca do tema. Pois, se não houver meio hábil em reverter a tutela concedida, garantindo sua utilidade, então a mesma estaria sendo concedida em caráter definitivo, sendo inclusive inútil o prosseguimento do próprio processo. Trata-se de garantir a segurança jurídica, “que prestigia a não concessão de antecipações irreversíveis, potencialmente prejudiciais à eficácia da (eventual) futura sentença de improcedência da demanda”¹¹⁹.

¹¹⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 83.

3 ALCANCE DO ART. 273, §2º

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: ANÁLISE DA IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO

A partir de todo o raciocínio traçado em cima da necessidade de resposta à questão da morosidade processual, e do tempo enquanto fator de risco ao direito dito urgente; do cuidado em que a técnica processual, e os institutos desenvolvidos, devem ter em garantir a efetividade jurisdicional, sem, contudo, sacrificar o devido processo legal e o princípio da segurança jurídica; e a resposta a estes anseios, a partir da construção da tutela antecipada genérica, prevista no art. 273, CPC, enquanto instrumento harmonizador que permite antecipar efeitos concretos da tutela definitiva, resguardando o direito do réu a partir da impossibilidade de concessão quando houver perigo de irreversibilidade do provimento (art. 273, §2º); além de constatada a vinculação do juiz à norma, o que limita sua liberdade a atividade interpretativa dos termos abertos da lei, se chega ao ponto primordial.

Sendo, assim, imperioso compreender o alcance da previsão negativa contida na norma, que impede a concessão da antecipação quando houver risco de irreversibilidade do provimento antecipado, o espaço interpretativo do juiz, uma vez afastado qualquer poder discricionário na concessão da medida, compreendendo, então, se o requisito figura-se pétreo, e assim inafastável, ou se é permitido algum grau de flexibilidade, relativizando-o. Nas palavras do eminente professor José Carlos Barbosa Moreira: “convém que nos perguntemos se isso criaria sempre e inevitavelmente um impedimento inafastável e irremovível à concessão da tutela antecipada”¹²⁰. Deve-se compreender sua extensão dentro do ordenamento, a fim de que seja garantido o escopo a que se propôs, eliminando óbices processuais e permitindo a efetividade jurisdicional, sem ao mesmo tempo perpetrar novas injustiças, e resultar em novas situações de risco.

Na prática verifica-se que a maioria das situações que requerem a antecipação da tutela carregam certo grau de irreversibilidade, especialmente se

¹²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 81, p. 205, 1996.

pretendida *in natura*¹²¹; situação que causa mais embaraços a efetivação da tutela antecipada, quando levada a previsão negativa do §2º ao extremo. Assim, a doutrina defende relativizar o parágrafo, como justifica Teori Zavascki, “sob pena de ser eliminado quase por inteiro o próprio instituto da tutela antecipada”¹²². Adverte J. E. Carreira Alvim, também, especial atenção sob o referido parágrafo, pois “uma errada exegese desse dispositivo poderá neutralizar o preceito inscrito no *caput* [do art. 273]”¹²³.

Há que se consignar que a irreversibilidade no provimento ocorre não só naqueles casos em que há completa impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, mas também quando há deterioração do bem em litígio, quando a restituição ao réu, pela revogação da tutela anteriormente concedida, se dá com o bem em condições totalmente diferentes daquelas em que o autor recebeu¹²⁴. Athos Gusmão Carneiro complementa a ideia, referindo a dificuldade de conceituação teórica e prática do termo “irreversibilidade”, devido a “existência de ‘gradações’, ante a possibilidade sempre presente, na extrema variedade de situações fácticas, de uma reversão ‘parcial’, de uma reversão ‘incompleta’ quer em termos quantitativos como de conteúdo”¹²⁵.

3.2 DA RELATIVIZAÇÃO DO §2º

Dentro deste contexto, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, é forte a defesa em torno de um abrandamento do rigor normativo¹²⁶, e, neste sentido, leciona José Carlos Barbosa Moreira defendendo a flexibilização da literalidade

¹²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 93.

¹²² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 93.

¹²³ ALVIM, J. E. Carreira. A antecipação de tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 73.

¹²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 81, p. 204-5, 1996.

¹²⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. Aspectos da tutela antecipada no direito processual brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 350, p. 13, 2000.

¹²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: Algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, p. 9, 2001.

J. E. Carreira Alvim, neste sentido, leciona: “O perigo de irreversibilidade, como circunstância impeditiva da tutela antecipada, deve ser entendido *cum grano salis*, pois, não sendo assim, enquanto não ultrapassado o prazo legal para o exercício da ação rescisória, não poderia uma sentença ser executada de forma definitiva, dada a possibilidade de sua desconstituição”. (ALVIM, J. E. Carreira. A antecipação de tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 73).

quando “a antecipação afigura-se imprescindível para salvaguardar o direito em jogo, e não deve bastar para excluir-lhe a possibilidade a circunstância de serem irreversíveis os respectivos efeitos”¹²⁷.

Luiz Fux é mais enfático na sua proposição, afirmando ser “odiosa” a obrigatoriedade de se denegar a tutela apesar dos efeitos irreversíveis, uma vez que a grande parte dos casos a tutela urgente é irreversível “sob o ângulo da realizabilidade prática do direito”¹²⁸. Assim, alinha-se ao entendimento de que a literal compreensão da irreversibilidade enquanto impossibilidade de retorno ao *status quo* pode “aniquilar” o instituto, pois a reversão que se fala não se refere ao mundo das normas jurídicas, mas do mundo dos fatos¹²⁹. Também, Araken de Assis apresenta uma posição enfática sobre o tema, considerando “lastimável retrocesso” o requisito de irreversibilidade, relativamente aos pressupostos positivos da tutela antecipada, que qualifica como “termos amplos e confortáveis”¹³⁰.

Alinha-se a este pensamento Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, entendendo que nem sempre incidirá o requisito previsto no §2º, e que a restrição “trata o problema de forma míope, por privilegiar demasiadamente e de forma engessada o ponto de vista da parte demandada em detrimento do autor da providência”¹³¹. Tendo em vista que o autor também pode “sofrer risco irreparável, em virtude da irreversibilidade fática de alguma situação da vida”¹³².

¹²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: Algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, p. 9, 2001.

¹²⁸ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: Fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 350.

¹²⁹ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: Fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 351

¹³⁰ ASSIS, Araken de. Antecipação da tutela. **Revista da ESMape**, Recife, v. 2, n. 4, p. 43, abr./jun. 1997.

¹³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Genesis**: revista de direito processual civil, Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 2, n. 5, p. 338-9, maio/ago. 1997.

¹³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Genesis**: revista de direito processual civil, Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 2, n. 5, p. 339, maio/ago. 1997.

Radicalizando-se a previsão negativa, através da “interpretação gramatical” do texto normativo, inviabiliza-se a aplicação da medida¹³³, por tal razão a doutrina defende uma exegese restritiva, vislumbrando-se os fins pretendidos, e o rompimento do processo civil clássico com o “elo milenar da *nulla executio sine titulo*”¹³⁴. Athos Gusmão Carneiro, em seus ensinamentos, abre a questão, ao introduzir o pressuposto negativo da tutela antecipada, já referindo “a ‘relatividade’ do conceito de reversibilidade e a possibilidade de que em determinados casos se apresente uma ‘irreversibilidade recíproca’”¹³⁵. Assim, deve-se atenuar o rigor da norma, especialmente naqueles casos em que há risco de dano ao requerente da medida¹³⁶.

A doutrina de Daniel Mitidiero expressa, claramente, este entendimento, afirmando tratar-se de “*vedação relativa*, que pode ser superada concretamente”, pois a previsão do legislador significa que, “*em regra*, o risco *tolerado* pela ordem jurídica não suporta a concessão de antecipação de tutela cujos efeitos podem ser irreversíveis”¹³⁷. E, assim, explica:

A decisão tomada pelo legislador infraconstitucional, no entanto, *pode muito bem ser afastada pelo juiz no caso concreto*, caso só seja possível tutelar de forma adequada, efetiva e tempestiva a posição jurídica do autor com a antecipação de tutela, ainda que seus efeitos sejam irreversíveis¹³⁸.

Houve, inclusive, exagero por parte do legislador, em razão dos casos em que não se concedendo a tutela para evitar dano ao direito do réu, tendo em vista o risco de irreversibilidade, certamente estará sendo lesado o direito do autor¹³⁹. Trata-se

¹³³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. v. 4, tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. In: SILVA, Ovídio Baptista da Silva. (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 227.

¹³⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. v. 4, tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. In: SILVA, Ovídio Baptista da Silva. (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 228.

¹³⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 19.

¹³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo processo civil brasileiro**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 87.

¹³⁷ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 125-6.

¹³⁸ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 126.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 274.

de um “grande equívoco de lógica” a não admissão da medida antecipatória pelo risco de lesão ao direito do demandado, tendo em vista a necessidade de preenchimento dos requisitos do art. 273, pois o demandante “deve demonstrar que o seu direito é provável e que há fundado receio de dano”¹⁴⁰. Todavia, Humberto Theodoro Júnior ressalta que tal afastamento da previsão negativa só poderá ocorrer em casos excepcionais, extremos¹⁴¹, a fim de não haver excessos em concessões desmedidas.

O doutrinador Ovídio A. Baptista da Silva apresenta compreensão similar, visualizando exagero por parte do legislador referente ao §2º, pois há casos “de urgência, urgentíssima, em que o legislador é posto ante a alternativa de *prover* ou *perecer* o direito que, no momento, apresenta-se apenas provável, ou confrontado com prova de simples verossimilhança”¹⁴². Tornando-se legítimo, portanto, tutelar o direito aparente para não permitir sua “irremediável destruição”, quando houver “índice de plausibilidade do direito” na análise do julgador¹⁴³. O autor, ainda, brilhantemente explicita as razões de se garantir a efetividade jurisdicional, ainda que haja risco de irreversibilidade no provimento:

O que, em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática¹⁴⁴.

Busca-se afastar o risco de inutilidade do direito informado pelo autor, como ensina Athos Gusmão Carneiro, para os casos em que, “com efeito, o direito afirmado na inicial simplesmente *perecerá* se não o proteger medida de urgência,

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 274.

¹⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 678.

¹⁴² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A antecipação da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142.

¹⁴³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A antecipação da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142.

¹⁴⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A antecipação da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142.

mediante providência que, não obstante irreversível, cumprirá ser efetivada incontinenti”¹⁴⁵. Nestes casos, reforça José Roberto dos Santos Bedaque: “Ninguém pode ser privado da tutela jurisdicional adequada e eficaz se a providência representar o único meio de evitar o perecimento do direito”¹⁴⁶.

3.3 DA TUTELA SUMÁRIA IRREVERSÍVEL

Deve-se observar, todavia, que ao relativizar a norma prevista no parágrafo segundo, e presente o risco de inutilidade do direito informado pelo autor, assim como o receio de irreversibilidade no provimento, estar-se-á, muitas vezes, se concedendo uma tutela satisfativa e definitiva em benefício do autor pelos seus efeitos irreversíveis. São os casos em que a tutela em caráter emergencial realiza por completo a eficácia de direito substancial¹⁴⁷. Em que pese a tutela sumária, de caráter irreversível, antecipe os efeitos da tutela final, não pretende atuar como tutela definitiva. Porém, a irreversibilidade fática torna despicienda uma discussão posterior acerca do bem da vida no plano jurídico-formal, pois no plano real está esgotado seu alcance, não há mais nada que se possa alterar¹⁴⁸.

Arruda Alvim, também, alerta para este risco, pois se criada uma situação irreversível pela efetivação fatural da medida antecipatória, não haveria porque se seguir no processo, para a prolação de uma sentença que alteraria a decisão concessiva da medida antecipatória. Pois, neste caso, sendo irreversível “essa tutela seria definitiva, no sentido de não poder mais vir a ser desfeita”¹⁴⁹.

¹⁴⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 86.

¹⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 329.

¹⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 325.

¹⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 326.

¹⁴⁹ ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 94.

Não há previsão normativa existente no ordenamento pátrio neste sentido, de uma tutela sumária definitiva e irreversível, em caráter genérico¹⁵⁰, o qual prevê, apenas, uma tutela satisfativa de caráter precário e reversível. A solução imediata, através de uma concessão em análise sumária, acaba sacrificando o devido processo legal, e restringindo a ampla defesa e o contraditório, a fim de resguardar o direito alegado pelo autor. Humberto Teodoro Júnior leciona que a previsão de irreversibilidade, prevista no §2º, pretendeu, justamente, fosse preservado o direito ao devido processo legal (juntamente com o contraditório e a ampla defesa)¹⁵¹, mas como estudado, há casos onde apenas a concessão da tutela antecipada será capaz de preservar o direito pleiteado, evitando a inocuidade prática do mesmo, em prol do autor.

Logo, há que se cuidar com o abuso de solução trazido pela tutela satisfativa, quando irreversível, por impossibilitar o retorno ao *status quo*, comprometendo as garantias constitucionais do réu, já citadas. Pois, ao fim, não haveria nenhuma utilidade para o réu vencer o pleito, uma vez que sua situação jurídica defendida já estaria inviabilizada¹⁵².

Ao resultar impossível a reversão da situação nestes casos, a tutela acaba por realizar integralmente a eficácia pretendida, em sede antecipada, não havendo porque prosseguir na demanda, pois esgotado seu alcance fatural. Neste sentido, afirma José Roberto dos Santos Bedaque que “a irreversibilidade fática acaba tornando desnecessária a própria tutela definitiva, pois a solução jurídica para a questão deixa de ser relevante”¹⁵³. São situações de extremo conflito entre os princípios constitucionais de segurança jurídica e efetividade jurisdicional, onde o primeiro acaba totalmente sacrificado, inutilizando qualquer espaço para o

¹⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 331.

¹⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 677.

¹⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 330.

¹⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 326.

contraditório, pois não se poderá reverter a situação realizada, razão para se estabelecer o alcance da relativização do art. 273, §2º.

As situações apresentadas claramente demonstram dois riscos iminentes que se contrapõe em pólos distintos da demanda, onde reside a peculiaridade e a dificuldade do instituto. Partindo de um claro risco de perecimento do direito do autor, comprometendo a efetividade jurisdicional, a tutela antecipada é a clara resposta de preservação deste direito. Todavia, o contrapeso apresentado pelo §2º mostra-se igualmente importante, pois no caso concreto se esta frente a um direito que corre igual risco de perecer em prejuízo ao réu, pela sua irreversibilidade no plano fático. Sem dúvidas a solução não é fácil, e as possibilidades estudadas e apresentadas pela doutrina devem ser analisadas frente a uma dinâmica de casos diversos que se multiplicam na vida real e nos tribunais, exigindo uma interpretação abrangente das normas e dos princípios legais, a fim de se garantir não só a efetividade jurisdicional, mas a segurança jurídica tão almejada, numa equação que garanta justiça as partes litigantes.

3.4 DA IRREVERSIBILIDADE RECÍPROCA

É mister frisar os casos em que ao não se antecipar a tutela estar-se-á produzindo efeitos igualmente irreversíveis, de modo que em determinadas situações aparecerá a irreversibilidade dos efeitos do provimento tanto com a concessão, quanto com a negativa da tutela pretendida, porém, atingindo em cada caso pólos diferentes da demanda. Trata-se do caso crítico, mas comum no judiciário, e que somente a exegese do artigo 273 não permite uma resposta definitiva e elucidativa do embate.

Athos Gusmão Carneiro se debruça sobre a questão ao tratá-la sob o enfoque da “irreversibilidade recíproca”, pois ao se conceder a tutela haverá uma situação irreversível a ser suportada pelo réu, de outra sorte, denegando a situação será irreversível em desfavor do autor¹⁵⁴. Também, Joel Dias Figueira Jr. apresenta a

¹⁵⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 87.

ideia de “irreversibilidade recíproca”, ou seja, “proibição de antecipação de tutela igualmente suscetível de ocasionar o perecimento do alegado direito do demandante, ou dano maior e irreversível às suas pretensões do que o benefício do demandado”¹⁵⁵.

Para tanto, deve-se buscar soluções que permitam a plena aplicabilidade do instituto, mas sem a simples exclusão *a priori* do §2º, uma vez que este garante preservar os direitos do réu, dentro da perspectiva apresentada, de não simples transferência de ônus, e para não resultar letra morta da lei a previsão legislativa. A correta aplicação da medida antecipatória, enquanto tutela sumária, requer técnica processual que permita a efetividade jurisdicional, e, assim, garantia de não restar inócua a tutela definitiva, bem como a proteção do devido processo legal, numa busca de harmonização.

Salienta José Roberto dos Santos Bedaque que a previsão negativa é uma medida de salvaguarda, a fim de evitar o “abuso de providência”, pois ao passo que o art. 273 amplia enormemente as hipóteses de antecipação de tutela, há que se falar em limites na sua área de incidência¹⁵⁶. É a ideia de contrapeso, para não se incorrer no erro de praticar um “processo do autor”, evitando abusos na concessão da medida. O instituto, inclusive, nos casos de irreversibilidade recíproca, deve ser buscado como último recurso - quando não houver outro caminho menos severo capaz de assegurar a efetividade do direito informado.

Há, de toda sorte, ter-se em mente a existência de situações extremas, quando a não concessão da medida antecipatória representará a inutilidade do direito informado, ao final da demanda, de modo que não se poderá excluir a hipótese de antecipação, enquanto única maneira de evitar esta consequência drástica, mesmo que de efeitos irreversíveis (“satisfatividade irreversível da tutela

¹⁵⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. v. 4, tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. In: SILVA, Ovídio Baptista da Silva. (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 230.

¹⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 319.

antecipada”)¹⁵⁷, justificando-se o abrandamento do rigor normativo. Neste sentido José Carlos Barbosa Moreira leciona defendendo tal flexibilização da literalidade, quando “a antecipação afigura-se imprescindível para salvaguardar o direito em jogo, e não deve bastar para excluir-lhe a possibilidade a circunstância de serem irreversíveis os respectivos efeitos”¹⁵⁸, pois a não concessão traz um resultado, também, irreversível.

José Roberto dos Santos Bedaque reafirma esta posição:

Não se pode desprezar, porém, a possibilidade de situações extremas, em que se permite a satisfatividade irreversível da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito. Se a única forma de evitar essa consequência e assegurar a efetividade do processo for antecipar efeitos irreversíveis, não se pode excluir de plano a medida¹⁵⁹

São casos críticos, e de urgência, quando o julgador precisa resolver imediatamente a controvérsia, ainda que sacrificando inicialmente o contraditório e ampla defesa, a fim de preservar o direito pretendido pelo autor¹⁶⁰.

E como bem leciona Teori Zavascki, para as situações de “irreversibilidade recíproca”, somente o caso concreto permitirá a elucidação do embate entre princípios. O extremo do caso chega a inutilizar qualquer discussão futura acerca da tutela, uma vez que a sua antecipação esgota a questão, como já mencionado:

Casos haverá, e esses certamente são casos extremos, em que o conflito entre segurança jurídica e efetividade é tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um importará sacrifício completo do outro¹⁶¹.

¹⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 322.

¹⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: Algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, p. 9, 2001.

¹⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 322.

¹⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 324.

¹⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

E segue, afirmando:

Em casos desta natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas. *Ad impossibilia nemo tenetur*. Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito. A decisão que tomar, em tais circunstâncias, é mais que antecipação provisória; é concessão ou denegação da tutela em caráter definitivo¹⁶².

J. J. Calmon de Passos, também, leciona este aspecto, ao afirmar a necessidade de medida antecipatória, para não tornar impossível a futura tutela definitiva, e assim, expõe:

Aqui, dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade da tutela e o do contraditório e ampla defesa. Caso a ampla defesa ou até mesmo a simples citação do réu importe certeza da ineficácia da futura tutela, sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela, que, se não antecipada, se faria impossível no futuro. Cuida-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, que impõe o sacrifício de um bem jurídico, suscetível de tutela subsequente, em favor de outro bem jurídico que, se não tutelado de pronto, será definitivamente sacrificado¹⁶³.

O que se mostra, claramente, fundamental é “a análise da hipótese *sub judice*, confrontando-se o bem da vida objeto do litígio e os riscos decorrentes da concessão ou denegação da tutela emergencial para qualquer das partes”¹⁶⁴.

Razões são para se estabelecer o alcance ao uso indiscriminado da tutela antecipada, especialmente nos casos de irreversibilidade no provimento, pela limitada participação do réu no processo de convencimento do juiz, atentando contra o devido processo legal. Para tanto, é necessário compreender o alcance do pressuposto negativo do parágrafo 2º, do art. 273, para que se possa estabelecer seus limites de incidência, a fim de harmonizar e garantir princípios tão caros ao direito processual quanto a efetividade jurisdicional, a segurança jurídica e o devido processo legal.

¹⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

¹⁶³ PASSOS, J. J. Calmon de. Da antecipação de tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 189.

¹⁶⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. v. 4, tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. In: SILVA, Ovídio Baptista da Silva. (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 273-4.

3.5 DA PREVALÊNCIA DO DIREITO PROVÁVEL

Por ser grande o número de hipóteses das situações que ensejam a antecipação da tutela, e que também apresentam determinado grau de irreversibilidade, principalmente se pretender à reversão específica e *in natura*, justifica-se a defesa em torno da relativização do §2º do art. 273, sob pena de se eliminar o próprio instituto¹⁶⁵. Havendo confronto entre o requisito positivo do art. 273 – risco de dano irreparável ou de difícil reparação – e o requisito negativo – perigo de irreversibilidade do provimento – Teori Zavascki defende que caberá ao juiz, através de uma “ponderação entre os bens jurídicos em confronto” fazer prevalecer àquele com maior probabilidade de êxito ao final do processo¹⁶⁶. São situações que o direito provável poderá perecer, se não for garantida sua satisfação imediata. Ferruccio Tommaseo resume a ideia brilhantemente, ao afirmar: “sacrificare l’improbabile al probabile, in questo consiste l’etica della giurisdizione d’urgenza”¹⁶⁷.

Aqui o enfoque está no conjunto probatório e na análise dos fatos narrados (a partir da prova inequívoca e da verossimilhança na alegação), verificando a situação que tem maiores chances de se sagrar vencedora, para então, tutelar o direito potencialmente vencedor – o que justificaria sacrificar o risco de irreversibilidade, uma vez que a chance de reversão na concessão será mínima. A tutela antecipada se mostra imprescindível, enquanto meio capaz de garantir a efetividade do

¹⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 93.

¹⁶⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 93.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira apresenta síntese brilhante sob este aspecto; “Só o órgão judicial está habilitado para apreciar o conflito de valores no caso concreto, sempre presente por sinal em qualquer problema humano, e dar-lhe solução adequada. A resposta *a priori* do legislador esbarra com as exigências da própria vida, desconhecendo além do mais a riqueza infinita da problemática do viver humano. Essa realidade determina a validade da regra mencionada, pois sempre que se verificar o conflito o juiz haverá de se inclinar pelo provável titular do direito em discussão, sob pena de dificultar o acesso à jurisdição, com violação evidente da garantia contida no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Genesis**: revista de direito processual civil, Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 2, n. 5, p. 339, maio/ago. 1997).

¹⁶⁷ “Sacrificar o improvável ao provável, nisto consiste a ética da jurisdição de urgência” (tradução nossa). TOMMASEO, Ferruccio. Les mesures provisoires en procédure civile. Atti del colloquio Internazionale. Milano. 1984. Giuffrè, 1985, p. 307 *apud* SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 748, p. 34, fev. 1998.

processo na proteção do direito mais evidente, e eventual irreversibilidade da medida não será óbice à concessão¹⁶⁸.

O estudo apresentado por Daniel Mitidiero é preciso neste aspecto:

Não admitir antecipação da tutela apenas porque o direito do demandado pode ser lesado é um grave equívoco lógico, pois aquele que pede tutela antecipada contra o perigo obviamente deve alegar e provar a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional. Desse modo, se a antecipação da tutela não for concedida quando presentes esses dois pressupostos, estará sendo admitida lesão a um direito, que é provável, apenas para que o direito do réu, que é improvável, não seja exposto à irreversibilidade, o que é fora de propósito e contrário à lógica que preside a técnica antecipatória¹⁶⁹.

Trata-se de um instituto que já prevê requisitos positivos mínimos para sua concessão, não se permitindo mera discricionariedade do juiz ao afirmar seu cabimento, devendo para tanto estar claramente constituída a “prova inequívoca” e a “verossimilhança do direito” (art. 273, *caput*), bem como o risco de dano irreparável ao direito do autor. Assim, não se poderá impedir, absolutamente, a concessão da tutela antecipada, ainda que irreversível o provimento, pois improvável tenha razão a parte contrária¹⁷⁰. Em que pese a provisoriedade, marca do provimento antecipatório, sendo possível se chegue a conclusão diversa após ampla cognição, verifica-se pouco provável, uma vez observados os requisitos positivos que balizam sua concessão¹⁷¹.

Corroborando o estudo de Luiz Guilherme Marinoni:

Ora, se o autor, além de ter que demonstrar a probabilidade do direito, deve frisar o *periculum in mora*, não há como deixar de tutelar o direito mais provável. É nesse sentido que se afirma que a tutela antecipatória se funda no princípio da probabilidade. Não só a lógica, mas também o direito à adequada tutela jurisdicional, podem exigir a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em

¹⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25.

¹⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 126-7.

¹⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 328.

¹⁷¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 81.

benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado¹⁷².

Dentro da perspectiva de “irreversibilidade recíproca”, a obra de Marco Antônio Benasse, ao analisar o parágrafo 2º, afirma que nos casos em que, tanto a concessão da medida, quanto a sua denegação, representarem risco de irreversibilidade, caberá ao juiz, “supostamente dotado de sensibilidade e de capacidade técnica para tanto, decida, ante as provas dos autos, quem é que provavelmente tem mais direito, fazendo justiça”¹⁷³.

Este entendimento avaliza a conclusão apresentada por Teori Zavascki acerca da relativização do instituto, cabendo um deferimento da medida uma vez presentes os requisitos ensejadores *docaput* do art. 273, bem como o risco inverso de não fruição, a fim de privilegiar o “direito provável em prejuízo do improvável”¹⁷⁴. É o mesmo sentido ensinado por José Carlos Barbosa Moreira, que afirma ter o legislador resolvido um conflito ao prever a tutela antecipada, de modo que fez uma escolha de proteção do direito provável, face ao direito improvável, buscando evitar prejuízo irreparável ao primeiro¹⁷⁵.

Fazendo-se um paralelo com a atuação neutra do juiz, no processo ordinário, há que se ter em mente que ao não antecipar os efeitos do direito provável, além de prejudicar a pretensão informada pelo autor, o sujeitando à um risco irreparável, também, acaba por tutelar o direito inverossímil do réu¹⁷⁶. Havendo, por certo, prudente o juiz tutelar o direito que, através da presença dos requisitos positivos da medida antecipatória, se revelar mais verossímil¹⁷⁷, e então, provável de se sagrar

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 197.

¹⁷³ BENASSE, Marcos Antonio. **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 140.

¹⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 102.

¹⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 322.

¹⁷⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 748, p. 34, fev. 1998.

¹⁷⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 85.

vencedor ao final da demanda. Para, então, não restar, ao autor, frustrado “o *direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva*”¹⁷⁸.

Também, lecionam este aspecto Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao comentarem a previsão negativa do §2º, afirmando que para garantir-se uma tutela “adequada e efetiva dos direitos”, não é razoável a aplicação do referido parágrafo, cabendo ao julgador “ponderar as posições jurídicas em jogo e tutelar a que lhe parece mais verossímil, e, pois, digna de proteção”¹⁷⁹.

3.6 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Na clarividente situação conflituosa de valores em pólos opostos, haverá que se preterir um em benefício do outro, através de uma técnica de ponderação, dentro dos casos de “irreversibilidade recíproca”, segundo a doutrina de Athos Gusmão Carneiro¹⁸⁰. Somente a boa prudência do juiz, através do uso da proporcionalidade, permitirá decidir de maneira justa o direito a ser tutelado. O risco é inerente a atividade, e a maioria das situações de litígio tratam de liames tênues e difíceis, e somente a previsão normativa nem sempre será suficiente para regular toda e qualquer litígio.

José Carlos Barbosa Moreira apresenta como solução uma “valoração comparativa de riscos”, a partir de um balanceamento dos dois males, para se escolher o menor¹⁸¹. Também, José Roberto dos Santos Bedaque vislumbra a hipótese de ponderação dos interesses em conflito, mas alerta que ainda quando provável o direito do autor restar vencedor na demanda, não caberá a antecipação dos efeitos se o dano irreversível a ser suportado pelo réu for de valores mais relevantes¹⁸². Trata-se de um equacionamento de bens jurídicos e valores,

¹⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 127.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil**: Comentado artigo por artigo. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 274.

¹⁸⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 87.

¹⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: Algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, p. 9, 2001.

¹⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. 326.

buscando-se atingir minimamente os direitos postos em litígio, e preservar aquele que, aos olhos do juiz no caso concreto, merece proteção, aparece com maior relevo, pois, “embora o direito do autor deva ser provável, o valor jurídico dos bens em jogo é elemento de grande importância para o juiz decidir se antecipa a tutela”¹⁸³. E somente o caso concreto permitirá esta ponderação, pois não há uma preordenação valorativa estabelecida, e somente o confronto dos valores levados ao judiciário permitirá uma solução justa.

Athos Gusmão Carneiro, ao citar Teresa Arruda Alvim Wambier, contextualiza a ideia ao afirmar que havendo conflito de princípios de mesma ordem aplica-se o princípio da proporcionalidade, pelo qual “ainda que esteja em jogo um interesse rigorosamente não-indenizável, devem ponderar-se os valores em jogo e, em função dessa ponderação, eventualmente chegar-se a conceder a antecipação”¹⁸⁴. Autorizando, assim, a medida irreversível quando o prejuízo que se quer evitar for mais relevante que àquele potencialmente causável à parte contrária, para que não haja risco de perecimento do primeiro.

Não há possibilidade de se imaginar toda e qualquer situação a se realizar concretamente, de modo que a norma abstrata a preveja com exatidão. Será o juiz, na análise do caso, o único capaz de resolver o conflito existente entre princípios, normas e postulados, a fim de garantir a aplicação justa do direito. Ainda que exista risco de irreversibilidade, uma decisão deve ser tomada a fim de resolver o impasse, e como exposto, a doutrina se mostra alinhada na ideia de solução a partir do princípio da proporcionalidade. É como leciona José Roberto dos Santos Bedaque: “Somente o confronto dos interesses em conflito, realizado à luz do princípio da proporcionalidade, permitirá resolver o problema de forma adequada”¹⁸⁵. Sendo uma tutela de cognição sumária, o devido processo legal acaba, inicialmente, restrito,

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 201.

¹⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Art. In: Coletânea Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, Ed. RT, 1997 *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 84.

¹⁸⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 326.

aplicando-se, então, a proporcionalidade, sacrificando o valor menos relevante¹⁸⁶, e tutelando àquele mais e melhor valorado pelo ordenamento.

Verifica-se ser o sentido aplicado largamente na doutrina, a busca pelo equilíbrio, “através da aplicação do princípio da proporcionalidade e dos sistemas de freios e contrapesos”¹⁸⁷, permitindo-se chegar ao bem jurídico que preponderantemente merece proteção, por ser mais relevante.

O princípio da proporcionalidade permite fazer uma opção pelo direito mais premente, tendo em vista o seu risco de perdimento. Não se afasta a importância do conhecimento exauriente do processo, passando por todas as suas etapas de cognição e instrução, ocorre que, perecido o direito pleiteado, com conseqüente inutilidade do provimento final, passaríamos ao campo do interesse processual da parte – que não mais existiria¹⁸⁸, em flagrante denegação de tutela jurisdicional pelo estado, pela inocuidade do bem jurídico informado. Razão pela qual, invariavelmente há que se fazer uma opção de proteção, pois mesmo se abstendo de decidir, o tempo *per si* causará danos a uma das partes, o que não deixa de ser uma escolha do julgador.

Retoma-se a expressão empregada de “irreversibilidade recíproca”, pois em grande parte dos casos se estará frente a uma situação concreta em que os dois pólos da demanda correm o risco de inutilidade do seu bem da vida vindicado, o do autor pelo perigo de dano irreparável, o do réu pelo risco de irreversibilidade fática do provimento antecipado. O limite da manifestação judicial resultará em uma decisão sumária e irreversível, que sacrificará o contraditório e a ampla defesa, a fim de garantir efetividade jurisdicional, se deferida a tutela antecipada irreversível. Razões pelas quais a doutrina defende o uso ponderado da medida, a fim de não generalizar a antecipação irreversível da tutela. Todavia, frente a situação extrema, a decisão a ser tomada será a partir do princípio da proporcionalidade, que pelo

¹⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 329.

¹⁸⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. v. 4, tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. In: SILVA, Ovídio Baptista da Silva. (coord.). **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 228.

¹⁸⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 332.

conjunto carreado aos atos, em análise do caso concreto, permitirá proteger o bem da vida mais preponderante, bem como o pólo que apresenta maiores chances de se sagrar vencedor da demanda, numa equação aplicável pelo juiz – trata-se, pois, de conciliar o direito provável face ao improvável, em conjunto com a ponderação dos bens da vida apreciados.

José Roberto dos Santos Bedaque sistematiza a ideia apresentada, de uso ponderado da técnica:

Apenas em caráter absolutamente excepcional admite-se a utilização da técnica destinada à obtenção de tutelas sumárias e provisórias para a solução definitiva e irreversível de situações substanciais. Somente quando os valores forem de grande relevância esse resultado pode ser obtido. O que não se aceita é a generalização da tutela sumária irreversível, tendo em vista as garantias inerentes ao devido processo constitucional¹⁸⁹.

Tratando-se de um caso crítico de “irreversibilidade recíproca” caberá a concessão da medida apenas em caráter excepcional, quando os valores colocados em conflito autorizem a antecipação, ainda que sob o ônus da irreversibilidade. São os casos nos quais a tutela, em que pese ser precária e provisória, vai assumir caráter autônomo e definitivo¹⁹⁰. O valor a ser tutelado deve justificar a antecipação, e haverá que se conceder ainda que sacrificando algumas das características da própria tutela antecipada, quais sejam: provisoriedade, precariedade, temporariedade – uma vez que irreversíveis seus efeitos¹⁹¹. Mas, somente frente à valores de grande relevância que justifiquem a excepcionalidade na concessão da medida irreversível, esta será possível, pela definitividade na sua concessão¹⁹², e o sacrifício imposto ao princípio da segurança jurídica.

A previsão normativa acerca da necessidade de implicar a antecipação em efeitos reversíveis garante a postergação do contraditório e da ampla defesa, que ocorrerá em momento processual subsequente. Porém, quando estes efeitos forem

¹⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 333.

¹⁹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 332.

¹⁹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 332.

¹⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 333.

irreversíveis, impedindo a plenitude do devido processo legal, como já mencionado, há que se estar em litígio bem jurídico de valor superior, que permitirá o deferimento através de uma correta ponderação, pelo princípio da proporcionalidade, premiando-se, se necessário, a efetividade jurisdicional.

Somente através da verificação no caso concreto, pelo juiz, poderá se determinar esta possibilidade de afastamento do pressuposto negativo da tutela antecipada, a qual em regra quando incidente obrigaria o indeferimento da medida. De modo que, não se pode permitir uma simples exclusão da medida antecipatória, a partir da incidência do §2º, pela inaplicabilidade do parágrafo em situações extremas, quando o bem da vida a ser protegido pela tutela antecipada se mostrar superior àquele atingindo pela irreversibilidade do provimento¹⁹³. Ou seja, aplica-se o princípio em questão enquanto ferramenta permissionária da flexibilização do pressuposto negativo carreado no §2º, valendo-se de um trabalho de balanceamento das situações, o que vai permitir seja antecipada a tutela ainda que presente risco o de irreversibilidade futura a partir da efetivação da medida¹⁹⁴.

Cassio Scarpinella Bueno, também, ressalta este aspecto fundamental do litígio, quando versar sobre bens jurídicos com valores diferentes, ocorrendo uma “desigualdade valorativa”, razão pela qual se deve buscar a substância da norma, para então poder determinar em quais casos específicos poderá se afastar a regra de proibição da medida nos casos de irreversibilidade¹⁹⁵. É uma comparação de valores que vai permitir com clareza a possibilidade ou não de se conceder a medida, pois se estando frente à um direito de valor superior, e com risco de dano, não haverá óbice pelo risco inverso, configurado na irreversibilidade da medida antecipatória.

¹⁹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 327.

¹⁹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25.

¹⁹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

O trabalho legislativo, que reformou o Código de Processo Civil, e incluiu o art. 273, pretendeu, mediante proposta, alterar o texto do §2º, para complementar a previsão de não concessão da medida antecipatória quando do risco de irreversibilidade do provimento, para então, executar “os casos em que a denegação importasse manifestamente em maior e irreversível dano ao autor do que vantagem ao réu, ou seja, em que se configurasse o ‘*periculum in mora*’ inverso”¹⁹⁶. Mas, ainda que não haja tal previsão expressa no ordenamento, verifica-se que a solução que se encontra para solucionar o conflito esta justamente na aplicação desta ideia.

A própria construção doutrinária encarregou-se de interpretar o artigo 273, e o seu parágrafo 2º, neste sentido, através da incidência do princípio da proporcionalidade¹⁹⁷. Ou seja, aplicar-se-á o equacionamento dos benefícios e malefícios envolvidos com a concessão ou denegação do pedido antecipatório, bem comodos bens jurídicos envolvidos. Tendo em vista o caráter dinâmico das relações, não é possível que os diplomas legais contemplem toda e qualquer situação fática, por isso o teor de indeterminabilidade caberá ao juiz sanar ao analisar o caso prático, como ensina Luiz Guilherme Marinoni, “Há casos, porém, em que existem dois direitos fundamentais em colisão, e assim apenas as peculiaridades do caso concreto podem determinar qual deles deve prevalecer”¹⁹⁸.

3.7 APLICAÇÃO POR ANALOGIA DO ART. 475-O

As normas jurídicas devem ser estudadas e compreendidas dentro de um sistema coeso e integrado para que se possa buscar o verdadeiro alcance de cada preceito. Assim, visualizam-se plenamente aplicáveis à tutela antecipada em geral as regras previstas para a execução provisória, uma vez que qualquer medida que visa efetivar os efeitos da tutela concedida tem caráter precário, podendo a qualquer

¹⁹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 88.

¹⁹⁷ Inclusive, neste aspecto, refere Luiz Guilherme Marinoni: “não admitir a possibilidade de ponderação de direitos no juízo sumário é retirar da doutrina a possibilidade da construção de uma dogmática mais sensível à realidade social e, assim, impedir que as reformas processuais atendam às expectativas que foram geradas nos consumidores de tutela jurisdicional, transformando-as em um amontoado de leis sem qualquer função social”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 204).

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 202.

momento ser modificado ou revogado, de modo que o executado deve estar garantido da reversão desta decisão, não apenas formalmente, mas no plano dos fatos, no mundo real. E, aplicável, especialmente, aos casos específicos de irreversibilidade no provimento antecipado.

Deste modo, há que se analisar o cumprimento da tutela antecipada, previsto no §3º do art. 273, CPC. Este faz referência aos arts. 588, 461 §§ 4º e 5º, e 461-A para a efetivação da medida antecipatória, todos do CPC – observando-se que a partir da Lei 11.232/05, as normas relativas a execução provisória da sentença, anteriormente no art. 588, passou a ser regulada pelo art. 475-O¹⁹⁹.

Em que pese o art. 475-O seja acerca da execução provisória de prestação de pagar quantia certa, deve-se enfatizar que por força do próprio sistema processual civil estas normas estendem sua aplicação a quase todo cumprimento de medida antecipatória²⁰⁰, no que se refere a sua execução (ou “efetividade” nos termos da redação do §3º). A questão versa sobre a efetividade da tutela em geral, e o alcance da responsabilidade do requerente pela execução da medida; todavia, o assunto aparece sobremaneira importante quando se trata de uma tutela com riscos de irreversibilidade, pois se potencializa a possibilidade de danos ao demandado, em caso de reversão da decisão, o que exige compreender a responsabilidade do demandante, e as possibilidades de reverter-se a tutela concedida.

3.7.1 Da execução da media por conta e risco do exequente

Assim, aplica-se a máxima do art. 475-O, I, que a execução da medida correrá por conta e risco do exequente, o qual deverá reparar os danos que o

¹⁹⁹ “Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

²⁰⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 92.

executado vier a sofrer no caso de reforma da decisão, independente do risco de irreversibilidade na medida²⁰¹. Pois, além do art. 475-O, CPC, explicitar claramente tal responsabilidade, o art. 574²⁰² do mesmo diploma prevê o dever do credor em ressarcir o devedor os danos sofridos na execução quando a sentença declarar, no todo ou em parte, inexistente a obrigação que originou a execução. Ainda, no que se refere às tutelas cautelares há previsão semelhante, forte no art. 811²⁰³, CPC, prevenindo responsabilidade do requerente caso a execução da medida cautelar cause algum prejuízo ao requerido quando a sentença no processo principal lhe for desfavorável²⁰⁴.

A partir da análise de flexibilização da norma insculpida no art. 273, §2º, Joel Dias Figueira Jr apresenta brilhante contextualização da possibilidade de aplicação do instituto e a responsabilidade do demandante:

A verdade é que, em havendo riscos de irreversibilidade da situação fática decorrente da concessão de tutela antecipada, em que pese não desejada pelo legislador, segundo se infere do disposto no §2º, do art. 273, e, diante do bem da vida colocado em xeque no litígio, haverá o juiz de sopesar criteriosamente levando em conta, para decidir, além dos requisitos gerais e especiais insculpidos no próprio artigo, também os princípios da necessidade e proporcionalidade, sem descurar da salvaguarda do núcleo essencial do direito à segurança do demandado, havendo, nesses caos de correr a efetivação da medida, com todas as suas consequências, por conta e risco do autor – exequente da medida emergencial, a exemplo do que se infere para toda e qualquer providência executiva²⁰⁵.

Teori Zavascki analisa a natureza da responsabilização do exequente da medida antecipatória preventiva, sendo no caso objetiva²⁰⁶. Pois, não há concurso

²⁰¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 92.

²⁰² “Art. 574. O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução”.

²⁰³ Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

²⁰⁴ Neste mesmo sentido refere a doutrina de Marco Antônio Benasse: “Como, em direito, quando não há uma situação explicitamente prevista, se aplica o mais ‘mais parecido’, entendemos que seria perfeitamente adequável, em tais circunstâncias (de improcedência final da tutela irreversível antecipada), o art. 811 do CPC, fixando-se e liquidando-se a indenização nos próprios autos em que for concedida a tutela”. (BENASSE, Marcos Antonio. **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 149).

²⁰⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. v. 4, tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. In: SILVA, Ovídio Baptista da Silva. (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 240.

²⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 95.

ilícito do réu para ensejar a antecipação da tutela, e há reflexo diretamente na esfera de interesses particulares das partes²⁰⁷. Assim, é objetiva a responsabilidade do autor ao requerer e efetivar os efeitos da tutela antecipada, devendo, portanto, reparar eventuais danos sofridos pelo réu. Joel Dias Figueira Jr. corrobora o entendimento, de modo que sendo revogada a decisão que concedeu a tutela antecipada, é objetiva a responsabilidade do autor, que “provocou livremente a proteção emergencial do Estado-juiz, terminando por obter a medida pleiteada e depois modificada”²⁰⁸. Para além do escopo de ressarcir os danos causados pelo réu, a responsabilização apresenta-se como “mecanismo moderador”, a fim de evitar a utilização imprudente e abusiva da medida²⁰⁹. De modo que, ainda que não possibilite uma reparação integral (como os valores sentimentais envolvidos), ao menos, “haverá um desestímulo a que o autor, apressada e inconsequentemente, requeira a antecipação de tutela nos casos da espécie”²¹⁰.

Em sentido oposto, manifesta-se Ovídio Baptista da Silva, ao analisar a responsabilidade objetiva na tutela antecipada. O autor discorre sobre a tendência do Processo Civil em ser “complacente e obsequioso para com o demandado”, assim, tolerando práticas procrastinatórias²¹¹. A análise feita pelo doutrinador é anterior a lei 10.444/2002 que passou a aplicar o art. 588 integralmente, no que se refere a execução das tutelas antecipadas (incluindo, assim, a responsabilidade do exequente na execução provisória, que correria por sua conta, obrigando-o a reparar eventuais prejuízos em caso de reforma da decisão), e ressalta-se que o artigo em questão foi revogado pela lei 11.232/05, assim, hoje a matéria é disciplinada pelo art. 475-O, CPC.

²⁰⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 95.

²⁰⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. v. 4 tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. In: SILVA, Ovídio Baptista da Silva. (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 241.

²⁰⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. v. 4, tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. In: SILVA, Ovídio Baptista da Silva. (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 242-3.

²¹⁰ BENASSE, Marcos Antonio. **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 151.

²¹¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 748, p. 42, fev. 1998.

Então, Ovídio Baptista da Silva ao repudiar a previsão de perdas e danos para as tutelas antecipadas, reforça a busca pela igualdade de vantagens e responsabilidades no processo civil, face à uma complacência para com o demandado, e assim, afirma:

Se o sistema de responsabilidade objetiva, para atribuir o dever de indenizar perdas e danos, aplicado como nós o fazemos, apenas contra o autor, é fator importante para agravar ainda mais o desequilíbrio imanente ao *procedimento ordinário*, mais gravemente ele se fará presente quando o aplicarmos às antecipações de tutela²¹².

Assim, conclui o doutrinador que implicar ao autor uma responsabilidade objetiva, ao obter a tutela antecipada, “decorrente de mera sucumbência, [...], onera com o dever de indenizar a quem tenha se valido de uma faculdade perfeitamente legítima”²¹³.

3.7.2 Da restituição das partes ao estado anterior e da aplicação da caução

O preceito contido no art. 273, §2º, corrobora o entendimento da norma constante no art. 475-O, quando prevê a necessidade de retorno ao estado anterior (inciso II), sobrevindo decisão que modifique “sentença objeto da execução” (entenda-se aqui qualquer decisão que reverta a tutela anteriormente concedida), e ainda, se alterado só em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. Claramente a questão é mais presente quando do risco de irreversibilidade deste provimento, não bastando a previsão normativa se as circunstâncias do caso não permitem tal reversão.

José Carlos Barbosa Moreira leciona meios que possibilite a concessão da medida, ainda que vislumbrada hipótese de irreversibilidade do provimento, através de uma “compensação pecuniária” para os casos em que esta medida seja o bastante para satisfazer a parte prejudicada, a se efetivar quando àquele que obteve

²¹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 748, p. 42, fev. 1998.

²¹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 748, p. 45-6, fev. 1998.

a tutela antecipada por certo não tinha direito²¹⁴. Mas, a possibilidade de caução, através da garantia pecuniária de compensação, para o autor, só caberia em algumas matérias, concluindo que “só vale e só pode ser aplicado em matéria estrita, rigorosa e exclusivamente patrimonial”²¹⁵. Todavia, a solução é limitada, em que pese se alinhe a flexibilização da restrição na concessão com a possibilidade de reparação pecuniária, restringindo-se à matéria de cunho patrimonial, não sendo o bastante quando se faz necessário o retorno *in natura*, ou quando o bem jurídico a ser tutelado não tem caráter exclusivamente patrimonial.

J. J. Calmon de Passos traz acerca da possibilidade de reparação pecuniária um paralelo fundamental, pois se tratando de um bem jurídico de dimensão pecuniária, a caução idônea seria capaz de restabelecer a situação ao seu estado anterior, sendo “perfeitamente razoável e em consonância com o que dispõe o §2º do art. 273, porque a irreversibilidade do provimento antecipado em termos estritos não ocorre”²¹⁶. O que não seria possível no caso de infungibilidade do bem jurídico, seja pela sua natureza ou por seu valor histórico, artístico, entre outros²¹⁷.

Todavia, há que se ressaltar, também, que a compensação pecuniária encontra, de toda sorte, alguns obstáculos, seja na miserabilidade do devedor, ou nos casos de requerimento da medida antecipatória pelo Ministério Público, em que a responsabilidade pelo ressarcimento será do erário²¹⁸. Assim, ainda que se esteja frente a um bem pecuniariamente quantificável, a reparação financeira não se apresenta como solução para todo e qualquer caso²¹⁹.

²¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 81, p. 205, 1996.

²¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 81, p. 205, 1996.

²¹⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. Da antecipação de tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 210.

²¹⁷ PASSOS, J. J. Calmon de. Da antecipação de tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 210.

²¹⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 83.

²¹⁹ Para os casos de indenização, verificando-se a desvalia financeira do autor, alude Marcos Antônio Benasse: “Evidentemente, o que pesa como argumento contrário é o fato de o autor não possuir bens para arcar com os ônus dessa sucumbência. Mas nem isso deve desestimular o juiz de, repetimos, valendo-se do juízo da proporcionalidade, ante as provas constantes dos autos, conceder a necessária antecipação, sempre que se mostrar razoável essa atitude; afinal, o juiz não é um mero aplicador da lei, mas representa o próprio Estado-juiz, com a incumbência de fazer justiça”. (BENASSE, Marcos Antonio. **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 151).

Seguindo o estudo, no que se refere a possibilidade de reparação pecuniária, verifica-se pela leitura do art. 475-O, inciso III, a necessidade de prestação de caução quando do risco de lesão grave, como medida para garantir a reparação proveniente do dano pela antecipação, ou a reversibilidade ao estado anterior a concessão da medida. As próprias cautelares têm previsão normativa análoga, no art. 804²²⁰, CPC, permitindo ao juiz determinar a fixação de caução a fim de ressarcir eventuais danos a serem suportados pelo requerido quando da concessão de medida liminar²²¹, sentido, que corrobora com o insculpido no inciso II, art. 475-O.

Porém, Teori Zavascki traça interessante raciocínio lógico, uma vez que a partir da literalidade do §2º não seria possível a antecipação da tutela nos casos em que cabível a caução, pois ela visa garantir justamente uma situação de irreversibilidade²²². Razão pela qual não haveria que se falar em antecipação da medida, quando cabível a caução²²³. Mas, aqui se cuida de analisar a possibilidade de efetivar a tutela antecipada, verificando os limites da aplicabilidade do risco de irreversibilidade do provimento, uma vez sedimentada a possibilidade de flexibilização do preceito normativo negativo, a fim de garantir efetividade jurisdicional, e, assim, proteger o direito sob risco de perecimento.

De maneira abrangente, Teori Zavascki sustenta aplicabilidade obrigatória da caução na execução da tutela antecipada genérica quando esta possa causar dano ao réu (para além dos casos de irreversibilidade na medida), independente da natureza, tendo em vista a precariedade da decisão, que pode ser alterada a qualquer tempo, nos termos do art. 273, §4º. Buscando, com isso, garantir, se não o retorno das partes ao estado inicial, ao menos a reparação devida à parte prejudicada²²⁴. Assim, leciona, ser “perfeitamente viável que se imponha ao autor,

²²⁰ “Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

²²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94.

²²² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 93.

²²³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 93.

²²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94.

beneficiado com a antecipação, a prestação de caução que assegure, pelo menos, eventual indenização por danos²²⁵.

Trata-se de uma salvaguarda que visa evitar maiores danos resultantes do provimento da tutela antecipada, e futura reversão desta concessão. Ao flexibilizar o conteúdo normativo do art. 273, §2º, permitindo a concessão da tutela, ainda que irreversível seus efeitos, através da ponderação de valores em jogo, a caução é uma contracautela geral, assegurando minimamente uma eventual indenização em favor do réu. Deve-se ter em mente ser grande o número de situações que guardam determinado grau de irreversibilidade, especialmente a reversão específica, servindo para todo caso a caução como instrumento reparatório mínimo. Assim, deve o juiz “prover meios adequados a assegurar em maior grau possível a viabilidade de reversão, como, por exemplo, exigindo garantias reais ou fidejussórias, pelo menos para garantir a reparação de eventuais indenizações”²²⁶.

Ressalta-se que não é o caso de aplicação da caução autorizando que todo o provimento antecipado que apresente risco de irreversibilidade seja concedido. A caução vai ser uma conseqüência, quando imprescindível a antecipação da tutela, e presente o risco de irreversibilidade, após considerados os valores e bens jurídicos em confronto, bem como os requisitos positivos necessários, tratando-se, então, de uma garantia para eventual, e necessária, indenização dos danos sofridos pelo réu.

Deste modo, encontra-se na possibilidade de caução uma contracautela geral, quando deferida a tutela antecipada, tendo em vista seu caráter invasivo na esfera jurídica do réu, pois uma vez modificada a decisão, haverá que retornar as partes ao seu estado anterior. Sua aplicação se deve ao próprio sistema processual, pelo caráter precário da tutela sumária e satisfativa, tratando-se de meio idôneo a garantir a reversão dos efeitos²²⁷. A situação aparece, então, de maneira mais preponderante quando frente a uma tutela com risco de irreversibilidade no provimento antecipado, pois potencializado os perigos de dano, referentes ao bem litigioso.

²²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 93.

²²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 102.

²²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94.

Verifica-se um alargamento da hipótese trazida por José Carlos Barbosa Moreira, quando refere-se a caução enquanto meio de reparar o réu no caso de reversão da tutela anteriormente concedida ao autor para os casos de bem monetariamente quantificável. A garantia pecuniária apresenta-se como meio amplo de contracautela para toda tutela com risco de irreversibilidade, a fim de prevenir o réu de um potencial prejuízo. De todo modo, tal hipótese não resolve por completo a questão trazida pelo §2º, pois o maior risco de irreversibilidade esta no retorno específico e *in natura*, de modo que a simples reparação patrimonial pode não ser o bastante ao réu, que suportará o perecimento do seu direito. Mas, apresenta-se, claramente, como uma medida geral de salvaguarda, em que pese, ao menos, para eventual indenização.

A possibilidade se mostra como alternativa para que se permita a plena aplicação do instituto, ainda que exista determinado grau de irreversibilidade. Como já aprofundado, trata-se de um trabalho de ponderação entre os bens jurídicos postos em litígio, e frente aos fatos e provas já carreados aos autos, se verificar o grau de probabilidade de risco de dano a cada uma das partes, para então decidir qual delas suportará o ônus temporal e o risco de dano do direito pretendido.

Então, a caução, como já mencionado, surge como alternativa a concessão da medida irreversível, e deve ser analisada para além dos casos patrimoniais, onde a compensação pecuniária parece menos conflituosa, mas para os casos em que o bem jurídico não tem caráter exclusivamente patrimonial, e onde se espera uma reposição específica (*in natura*) do direito pleiteado. Prosseguindo neste entendimento, há possibilidade de caução para os casos difíceis, como contracautela, a fim de solucionar o conflito entre o dano irreparável que o autor pode vir a sofrer frente à medida concessiva irreversível no plano fático. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque afirma ser a caução uma alternativa, enquanto ressarcimento daquele que vier a sofrer danos pela medida antecipatória, então revertida na decisão final²²⁸. Convencido o juiz da necessária antecipação dos efeitos da tutela, a caução é meio de reduzir o alcance da irreversibilidade,

²²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 327.

garantindo minimamente a reparação ao réu, ainda que impossibilitada a reversão *in natura*²²⁹.

Interessante antinomia, como referido, permitir a caução para proteger justamente uma situação de irreversibilidade, na qual o legislador entende por incabível a concessão. A discussão é prudente, pois a caução enquanto garantia de reversibilidade pelo autor beneficiário da medida, não garantirá o retorno ao *status quo ante*, para o caso da tutela infungível, que a previsão negativa do §2º busca proteger. Estar-se-ia resolvendo tudo em perdas e danos, mas nem todo e qualquer bem jurídico tem valor pecuniário aferível, e nem toda resolução em perdas e danos é bastante ao réu. Estar-se-ia desprestigiando o seu direito ao bem jurídico, fazendo com que suporte o risco de inutilidade do mesmo, e devendo para tanto bastar a reparação pecuniária.

Por estas razões, José Roberto dos Santos Bedaque entende a resolução em perdas e danos para os casos extremos, quando for imprescindível a antecipação da tutela, mesmo se tratando de efeitos irreversíveis, e assim preenchendo o requisito da reversibilidade²³⁰. A compensação patrimonial permitiria a antecipação da tutela, substituindo a impossibilidade de reversão do provimento. Todavia, não se pode banalizar a hipótese, pois se estaria incorrendo no risco de total desprestígio da norma, restando letra morta da lei, uma vez que para todo e qualquer caso de risco de irreversibilidade, a caução garantidora de eventual e futura reversão da decisão seria permissionária para toda antecipação que se enquadrasse no §2º.

Pois, seguindo este entendimento, “se as perdas e danos constituíssem alternativa normal, raramente haveria situação irreversível, pois todo prejuízo causado pela antecipação seria, em tese, passível de ressarcimento”²³¹. Não se podendo tratar de uma regra de contracautela aplicável indistintamente, e, assim, permitindo sempre o afastamento do §2º. Do contrário, trata-se de uma hipótese

²²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 328.

²³⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 327.

²³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 328.

excepcional, quando há grave risco de dano irreparável do direito informado pelo autor, já sopesado os bens jurídicos em litígio.

Athos Gusmão Carneiro leciona que a possibilidade de reconstituição em perdas e danos não descaracteriza a irreversibilidade, pois, entende que “ao fim e ao cabo, todos os danos, e até os danos morais, encontram forma de compensação (nem sempre perfeita, nem sempre quantitativamente mensurável com exatidão) mediante ressarcimento em pecúnia”²³². Por outro lado, Sérgio Bermudes expõe que não deverá ser concedida a medida antecipatória quando somente puder ser reparada em dinheiro, tendo em vista a irreversibilidade do provimento, pois entende que deverá haver recomposição do “quadro fático, alterado pela tutela”²³³. Ou seja, há dissenso na doutrina, não caracterizando a solução em perdas e dano uma possibilidade unânime de resolução dos casos de irreversibilidade do provimento antecipado.

Humberto Teodoro Júnior, também, é enfático ao se referir acerca da possibilidade de perdas e danos, afirmando que só há reversibilidade quando o juiz puder restabelecer plenamente o *status quo*, não sendo possível pela “vaga possibilidade de a parte prejudicada ser indenizada futuramente”²³⁴. Assim, não caberá a medida antecipatória quando a reversão e restituição só ocorrer por uma “complexa indenização de perdas e danos”²³⁵. De modo que, privilegia-se, até certo ponto, a literalidade do preceito negativo, pretendendo garantir-se ao réu a devolução do bem *in natura*, não querendo infligir as partes um novo e tortuoso processo indenizatório, na tentativa de reparação do bem jurídico perecido ao réu, pela impossibilidade de reversão no procedimento que concedeu a tutela antecipada.

²³² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 82.

²³³ BERMUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 30.

²³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 677.

²³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 677.

Arruda Alvim ao analisar o instituto entende que a solução em perdas e danos não poderá ser a regra para a reversibilidade da medida, após decisão posterior vir a reforma a medida antecipatória concedida²³⁶. Mas, como já discorrido, há casos extremos, que o direito do autor pode vir a perecer, e o “dano irreparável” só será evitado antecipando-se a tutela, podendo vir a ser a solução correta o risco das perdas e danos, assim sendo, “uma solução possível, *mas só deve ser assumida naqueles casos em que isso seja necessário à sobrevivência da pretensão do autor*”²³⁷.

A doutrina se mostra mais uníssona no que se refere a necessidade de limitar um uso indiscriminado da medida antecipatória, quando houver riscos de irreversibilidade no provimento antecipado, em face o sacrifício à caros princípios constitucionais, *v. g.*, o devido processo legal e a segurança jurídica. De modo que, resolver em perdas e danos não pode surgir como alternativa para uma concessão desmedida e irrestrita desta tutela. Todavia, como amplamente abordado, há casos extremos, quando se o direito informado não for tutelado, perder-se-á a própria razão de se seguir no processo, pelo seu perecimento, principalmente, quando frente a um direito com alto relevo social, o que permitirá uma tutela sumária e satisfativa, ainda que suportando o receio de irreversibilidade. Mas, para tanto, garantindo contracautela mínima em prol do réu, qual seja, a caução, que conseqüentemente permitirá uma reparação mínima, ainda que exclusivamente pecuniária.

3.8 A APLICAÇÃO DO §2º PELOS TRIBUNAIS.

O estudo da medida antecipatória prevista no art. 273, e a sua impossibilidade de concessão quando presente o risco de irreversibilidade no provimento antecipado merece atenção no modo com o qual os tribunais vêm o aplicando. Para além de se verificar o seu estudo doutrinário e a teorização do cabimento de relativização, é

²³⁶ ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 90.

²³⁷ ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 90.

fundamental a posição jurisprudencial nos casos práticos, verificando o entendimento dos tribunais acerca do tema, uma vez que a solução da questão esta justamente nas mãos do juiz, a partir do caso fático apresentado.

São muitas as situações do cotidiano que reclamam um tutela sumária, e ao mesmo tempo, apresentam risco de irreversibilidade se antecipado o provimento. Como, por exemplo, de mercadorias perecíveis com retenção alfandegária para inspeção sanitária, que por motivos diversos não ocorre, e que reclama intervenção judiciária para solução²³⁸. A partir de um pedido liminar de liberação, a concessão da medida resultaria irreversível, pois não mais seria possível o exame sanitário. De outro lado, denegado o pedido em caráter antecipatório, o bem pereceria se tornando imprestável ao autor. Restava evidenciado o conflito entre os princípios da segurança jurídica, pela impossibilidade da avaliação futura da mercadoria realizada pelas autoridades, e da efetividade, pela perda do direito informado com a não concessão da medida antecipatória. Assim, a própria natureza do conflito reclama uma decisão judicial que, inevitavelmente, sacrificará um dos direitos fundamentais colidentes²³⁹.

Também, a autorização de viagem para o filho, com um dos cônjuges, em desacordo com a vontade do outro²⁴⁰. Mais uma vez, a demora resultante de uma cognição exauriente não ofereceria uma resposta em tempo hábil a controversa, e uma decisão sumária resultaria em conflito entre os princípios do contraditório e ampla defesa frente a necessidade de efetividade jurisdicional. Assim, concedida a tutela e realizada a viagem, estaria esgotada a pretensão das partes, pois impossível a reversão do pleito. Do mesmo modo, denegada a medida liminar, uma reversão ao final do processo não mais seria útil ao autor, pois ultrapassado o período da viagem. Entre outros casos, como o de pedido de autorização de aborto, em caráter antecipatório, pela gestante que corre risco de vida, ou que sofreu estupro²⁴¹. Nestes casos, a própria abstenção em decidir importa em efeitos de

²³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

²³⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

²⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 324.

²⁴¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 86.

decisão, pois a abstenção resultará em situação irreversível, pelo natural desenvolvimento fetal, e futura impossibilidade de proceder com a interrupção da gravidez. Ainda, o pedido para transfusão de sangue por um dos pais ao filho convalescido, e contra a vontade do outro, por motivos de crença²⁴². Ou então, o pedido liminar indenizatório ao autor hipossuficiente, em manifesta necessidade de subsistência, que reclama um valor mensal, mas que revertida a medida concessiva da tutela antecipada não terá condições de reparar os valores adiantados²⁴³.

São casos que exemplificam com clareza o liame tênue a ser enfrentado pelo art. 273, I, e §2º, pelo risco de dano irreparável ou de difícil reparação, e que uma vez concedida a medida antecipatória resultará em irreversibilidade do provimento antecipado. A simples teorização doutrinária acerca do instituto nem sempre bastará a uma correta elucidação do caso concreto, nem permitirá se apresentar uma resposta definitiva. Como já amplamente discorrido, a norma não é capaz, sempre, de prever toda e qualquer situação cotidiana que o judiciário enfrenta, pelo contrário, a velocidade de novas crises de direito substancial, e a complexidade das relações, apresentam a todo o momento um novo rol de situações a serem solucionadas.

Para além das possibilidades doutrinárias de solução do embate, seja pela tutela do direito provável, pelo princípio da proporcionalidade, na valoração dos males a serem suportados pelas partes, ou através da ponderação dos bens da vida postos em litígios, ou ainda, pela apresentação de caução garantindo a reparação pecuniária, entre outros meios de flexibilização do requisito negativo, é imperioso verificar o comportamento do judiciário, para que se possa concluir e entender, em definitivo, a possibilidade apresentada de relativização do art. 273, §2º.

Analisando as decisões do Superior Tribunal de Justiça, em caso envolvendo o Estado do Espírito Santo e a empresa Leste Brasileira Importadora e Exportadora Ltda., o tribunal se manifestou acerca da flexibilização do preceito negativo, sob pena da medida antecipatória, como prevista pelo legislador, não cumprir a missão a

²⁴² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 86.

²⁴³ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 86.

que se destina, claramente se posicionando pela relativização do parágrafo sob análise, conforme se lê da ementa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. 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 instituto, pelo que é vedado ao intérprete fazê-lo. Nada obsta, por outro lado, que a tutela antecipatória seja concedida nas ações movidas contra as pessoas jurídicas de direito público interno.

II – A exigência da irreversibilidade inserta no §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.

III – Recurso especial não conhecido²⁴⁴.

Todavia, ressalta-se que não se trata de simplesmente ignorar a previsão normativa, tornando letra morta o referido parágrafo. De maneira geral, a previsão negativa contida no artigo 273 deve ser respeitada, todavia, como se observa dos casos apresentados, há situações extremas, onde ou é concedida a medida antecipatória, ou restará inútil o direito informado pelo autor. Por esta razão se defende a relativização do risco de irreversibilidade, lançando mão da atividade jurisdicional no caso concreto, que será capaz de solucionar a controvérsia.

Em outra decisão, relatoria do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou acerca do tema ao analisar Recurso Especial em Agravo de Instrumento contra decisão do juiz singular que deferiu tutela antecipada. Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais, em razão de um acidente de trânsito, movida em face de empresa de transporte urbano. Em sede antecipada, requereu a autora valor mensal para o tratamento de saúde, das lesões sofridas em razão do acidente. Alegou o recorrente a incidência do art. 273, §2º, ao caso em tela, o que impediria a concessão da medida; todavia, o Egrégio Superior Tribunal não conheceu do Recurso, e entendeu que o requisito negativo não impedia a medida antecipatória pelo dano irreparável inverso a ser

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 144.656/ES**. Recorrente: Estado do Espírito Santo. Recorrido: Leste Brasileira Importadora e Exportadora Ltda. Relator: Min. Adhemar Maciel. Brasília, 06 out. 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700523330&dt_publicacao=27-10-1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 02 dez. 2012.

suportado pela autora. Como frisa o eminente ministro em seu voto, a demora na prestação necessária ao tratamento de saúde pode representar o próprio sacrifício do direito lesado. Assim, necessário flexibilizar a exigência do requisito negativo, sopesando os bens jurídicos em jogo, no caso, a saúde da autora sem condições de custear seu tratamento, e do outro a questão meramente patrimonial da empresa de ônibus, como se lê da ementa:

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Tratamento médico. Atropelamento. Irreversibilidade do provimento. A regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado. Recurso não conhecido²⁴⁵.

Verifica-se tranquilo o entendimento da Corte Superior neste aspecto, interpretando de maneira cautelosa o requisito negativo da tutela antecipada, para que sua aplicação irrestrita não resulte na própria eliminação da medida antecipatória, inviabilizando-a tal como prevista pelo legislador. Por tal razão, as decisões exaradas inclinam-se pela relativização do parágrafo. Corroboram o entendimento apresentado as decisões que seguem:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 e 356 do STF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 2º, DO CPC. 1. O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados constitui requisito indispensável à admissibilidade do recurso especial. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. O possível risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento da antecipação da tutela contida no art. 273, § 2º, do CPC não pode ser interpretado ao extremo, sob pena de tornar inviável o direito do reivindicante. 3. Agravo regimental que se nega provimento²⁴⁶.

²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 417.005/SP**. Recorrente: STU – Sorocaba Transportes Urbanos Ltda. Recorrido: Doraci Roberto. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 25 nov. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=605477&sReg=200200234942&sData=20021219&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 dez. 2012.

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 502.173/RJ**. Recorrente: União. Recorrido: André Gomes Bonifácio e Outros. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 02 ago. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=1957894&num_registro=200300304446&data=20050829&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 dez. 2012.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 2º, DO CPC. PRECEDENTES.

1. O perigo de irreversibilidade do provimento adiantado, óbice legal à concessão da antecipação da tutela, nos termos do artigo 273, § 2º, do CPC, deve ser interpretado cum grano salis, sob pena de se inviabilizar o instituto.

2. Irreversibilidade é um conceito relativo, que deve ser apreciado ad hoc e de forma contextual, levando em conta, dentre outros fatores, o valor atribuído pelo ordenamento constitucional e legal aos bens jurídicos em confronto e também o caráter irreversível, já não do que o juiz dá, mas do que se deixa de dar, ou seja, a irreversibilidade da ofensa que se pretende evitar ou mesmo da ausência de intervenção judicial de amparo.

3. Agravo Regimental não provido²⁴⁷.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no mesmo sentido das decisões exaradas pela Corte Superior, entende pela relativização do parágrafo estudado, de acordo com os bens jurídicos em jogo. Ao analisar ação em que havia o pedido de filho maior inválido de pensão por morte do genitor, em face do INSS, o tribunal deixou claro que presentes os requisitos positivos necessários à concessão da medida, o perigo de irreversibilidade não é impeditivo da antecipação da tutela quando a questão versar sobre o direito à vida, saúde, entre outros, pois, mais uma vez, do outro lado estaria apenas questão patrimonial do Instituto, conforme se lê:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. AGRAVO RETIDO. FILHO MAIOR INVÁLIDO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. CONECTIVOS LEGAIS. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE. 1. Possível relegar-se a análise da pretensão deduzida no agravo retido para momento posterior ao enfrentamento da apelação, já que a decisão impugnada diz respeito à antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. 2. Demonstradas a filiação e a invalidez, presume-se a condição de dependência, por força do disposto no artigo 16, I e § 4º, da Lei 8.213/91. 3. Preenchidos os requisitos contidos no art. 74 da Lei 8.213/91, é de ser concedido o benefício de pensão por morte. 4. O termo inicial do benefício fica mantido conforme estipulado na sentença, em observância aos termos do art. 74 da Lei 8.213/91. 5. Juros de mora mantidos à taxa de 12% ao ano, com base no art. 3º do Decreto-Lei nº 2.322/87, aplicável analogicamente aos benefícios pagos com atraso, tendo em vista o seu caráter eminentemente alimentar. Precedentes do STJ. 6. Tendo o feito tramitado perante a Justiça Estadual, deve a Autarquia responder pela metade das custas devidas, consoante a Súmula 2 do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. 7. Suprimento, de ofício, de omissão da sentença quanto ao pagamento dos honorários periciais. 8. Preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 273 do CPC - verossimilhança do direito alegado e fundado receio de dano irreparável ou de difícil

²⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 736.826/RJ**. Recorrente: União. Recorrido: Jaime Maciel de Almeida. Brasília, 12 dez. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2784848&num_registro=200600096831&data=20071128&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 dez. 2012.

reparação - deve ser deferida a antecipação dos efeitos da tutela. 9. O perigo de irreversibilidade do provimento não é óbice à antecipação da tutela em matéria previdenciária ou assistencial sempre que a efetiva proteção dos direitos à vida, à saúde, à previdência ou à assistência social não puder ser realizada sem a providência antecipatória²⁴⁸.

Também, ao analisar a irrisignação da União e do Estado do Rio Grande do Sul face à concessão de medida antecipatória para o fornecimento de remédio para o tratamento de neoplasia maligna, mais uma vez, o Tribunal Regional se manifestou no sentido de que o perigo na irreversibilidade só prospera quando o retardamento da medida não representar a frustração da própria tutela jurisdicional, cabendo, portanto, a flexibilização do requisito negativo, assim:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA C. F. SUS. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES FEDERADOS. 1. Com relação à legitimidade passiva da UNIÃO, municípios e estados, a jurisprudência do STJ e desta Corte é no sentido de que, sendo o Sistema Único de Saúde - SUS composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos em demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. 2. A habilitação de estabelecimento de saúde na área de Oncologia, como CACON/UNACON, se dá através do SUS, o qual é gerido pelos três entes federativos e deverá garantir que o estabelecimento ofereça atendimento e medicação necessários, sob pena de responsabilidade solidária, conforme disposto na Constituição, arts. 196 e 198. 3. Não merece guarida a argumentação de que a parte requerente buscou atendimento particular, haja vista estar-se diante de afronta ao direito à saúde, ademais de a própria Lei n. 8.080/1990 prever a iniciativa privada como integrante da assistência à saúde assegurada pelo SUS, pois assim como as ações públicas e o serviço público, deve observância aos princípios éticos e às normas do SUS. 4. Quanto ao pleito para a observância do princípio da Separação de Poderes, bem assim de outros debatidos nos autos, manifestou-se o STJ no sentido de serem inafastáveis o direito à vida e à saúde, eis que bens máximos, de proteção necessária e fundamental. Precedentes. 5. No que diz com alegação de irreversibilidade da tutela antecipada, segundo entendimento da MM. Desembargadora Federal, Doutora Marga Inge Barth Tessler, "a proibição do deferimento de medida liminar que seja satisfativa ou esgote o objeto do processo, no todo ou em parte, somente se sustenta nas hipóteses em que o retardamento da medida não frustrar a própria tutela jurisdicional. No caso, está se tratando de medida preventiva relacionada à saúde, e dita norma de caráter formal, diante desse quadro, não há de preponderar sobre liminar de tal estirpe"(AG 200904000199579, AG - AGRADO DE INSTRUMENTO, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, QUARTA TURMA, D.E. 13/10/2009). 6. Igualmente, no que diz com o pleito para integração à lide pelo CACON, já se posicionou a Turma em sentido contrário, uma vez que "Não há entre a

²⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 2006.71.99.004808-7/RS**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Miguel Ângelo Telo. Relator: Sebastião Ogê Muniz. Porto Alegre, 18 mai. 2007. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1665197&termoSPesquisados=artigo|273|irreversibilidade>. Acesso em: 02 dez. 2012.

União e o CACON relação jurídica que implique direito de regresso a justificar o seu ingresso na lide, na forma requerida pela agravante" (TRF 4ª, AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo: 5014354-10.2011.404.0000, UF: SC, TERCEIRA TURMA, Relatora MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, D.E.: 16/12/2011). 7. Houve a realização de perícia médica em que confirmadas a adequação e necessidade do medicamento pretendido, a existência de registro na ANVISA, a impossibilidade de substituição por outro, com eficácia equivalente, além do aumento na sobrevida da paciente. 8. É caso de ser mantida a sentença recorrida²⁴⁹. (TRF4, APELREEX 5029490-53.2012.404.7100, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 13/09/2012)

Resta, então, assentado o entendimento acerca da possibilidade de relativização do risco de irreversibilidade do provimento, na análise do caso concreto, com base nos bens jurídicos e valores colidentes. Para tanto, aplicável o princípio da proporcionalidade, que permitirá seja tomada a decisão mais justa, a fim de proteger àquele direito mais preponderante ao ordenamento jurídico, conforme ementa:

PROCESSO CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MOMENTO. REEXAME NECESSÁRIO. DISPENSA. DEFERIMENTO CONTRA ENTE PÚBLICO. CAUÇÃO. MPR-1570/97. IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A fim de se dar utilidade ao provimento antecipatório assecuratório, uma vez verificados os requisitos legais deverá o Julgador deferir-lo mesmo que inaudita altera pars. 2. A eficácia da decisão de antecipação dos efeitos da tutela pretendida não está sujeita ao reexame pela instância superior. 3. Inexigível caução para a concessão de medida antecipando os efeitos da tutela, seja pela decisão do Plenário do STF suspendendo o dispositivo da MPR-1570/97 que prescrevia tal exigência, seja pela sua supressão na reedição da referida Medida Provisória. 4. 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 indeferimento²⁵⁰.

Somente a análise dos bens jurídicos e valores em juízo permitirão o afastamento ou não da regra, razão que dificulta uma fórmula pronta e universal. De toda sorte, deve-se consignar a possibilidade de relativizar a norma, garantindo

²⁴⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário n. 5029490-53.2012.404.7100/RS**. Recorrente: União e Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Neuza Teresinha Moura de Sousa. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 13 set. 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5262188&termo=sPesquisados=irreversibilidade|antecipada>. Acesso em: 02 dez. 2012.

²⁵⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento n. 1998.04.01.025110-0/RS**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Armindo Tatsch. Relator: Wellington Mendes de Almeida. Porto Alegre, 09 dez. 1998. DJ 09/12/1998, p. 999.

efetividade jurisdicional, e, portanto, não se tratando de uma previsão irremovível. Pelo contrário, se o caso em questão reclamar a tutela antecipada, para garantir efetividade ao direito sob risco de dano irreparável ou de difícil reparação, e que também corre risco de irreversibilidade, haverá de se cogitar da concessão ainda que incidente o §2º, garantindo a plenitude do instituto da tutela antecipada, para que cumpra a missão a qual se propõe a de garantir uma tutela efetiva, tempestiva e adequada.

4 CONCLUSÃO

Inviável, dentro da perspectiva do direito, encontrar fórmulas prontas, ou exatas, ou eternas. O fenômeno da vida encarrega-se de apresentar, cotidianamente, um conjunto inesgotável de situações, dilemas e conflitos, os quais a norma não tem como prever em sua infinidade de hipóteses e variações. Razão pela qual a atuação do juiz no caso concreto representa fator fundamental na correta solução do litígio, para que se chegue mais próximo do ideal de justo processo, e de justiça material. A previsão normativa da tutela antecipada, prevista no art. 273, do Código de Processo Civil, é uma norma genérica, aplicável ao processo em geral, e que sem dúvidas exige do aplicador e do operador do direito, tanto técnica quanto prudência e sabedoria para alcançar o seu máximo potencial na busca de uma jurisdição tempestiva e efetiva, sem desprestigiar os princípios constitucionais que permeiam o processo civil.

O direito é uma ciência em constante evolução, de modo que nenhum estudo há que pretender esgotar determinado tema, inclusive pelo seu caráter interpretativo e argumentativo, que permite um campo inesgotável de estudos, os quais se renovam a cada novo acontecimento da vida, que reclama uma nova resposta, uma nova interpretação. Com certeza, a simples previsão normativa do legislador, por mais clara e exata que pretenda ser, jamais esgotará a amplitude da norma e as experiências e situações que ela pode revelar, como ensina José Carlos Barbosa Moreira, ao comentar a entrada em vigor do art. 273:

É necessário denunciar funesta tendência a enxergar na entrada em vigor de uma norma o ponto final de sua história. Ao contrário, nesse momento é que ela começa verdadeiramente a viver; e é a partir daí que ela passa a merecer a nossa particular atenção. Já pouco interessam, agora, as intenções, por mais altas que fossem, do legislador, e as expectativas que ele acalentava. Interessa, sim, o que estará acontecendo no dia a dia forense; e é forçoso que mantenhamos o espírito aberto aos ensinamentos que a experiência nos possa dar. Se eles vierem a coroar nossas esperanças, tanto melhor; no caso contrário, renunciemos às ilusões e tenhamos a coragem de rever o que foi feito, e até de desfazê-lo, se preciso for²⁵¹.

²⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: Algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, p. 13, 2001.

Então, apresenta-se a previsão normativa da tutela antecipada, art. 273, CPC, enquanto técnica processual e instituto necessário a abrandar os efeitos negativos da morosidade processual, que cria tantos embaraços a buscada efetividade jurisdicional, propiciando, então, redistribuir o ônus do tempo dentro do conflito processual. O tempo, enquanto atributo inerente ao processo, muitas vezes representa risco de perecimento ao direito pleiteado, razão pela qual aguardar uma cognição exauriente significaria a inutilidade do mesmo.

Esta situação aparece de maneira mais significativa nos casos do direito dito urgente, presente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, que reclama de modo mais premente e célere uma resposta jurisdicional sumária. Neste contexto, a tutela antecipada é meio que garantirá a fruição e plena efetividade à tutela pretendida, uma vez que somente a resposta judicial monopolizada pelo Estado é hábil a solução dos conflitos.

A medida antecipatória estudada apresenta requisitos positivos necessários a sua concessão, quais sejam, a presença de “prova inequívoca” e que o juiz “se convença da verossimilhança da alegação”, insertos no *caput* do artigo. No caso específico da tutela antecipada preventiva, requer-se “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” da tutela pretendida no pedido inicial (art. 273, I). Estes requisitos vinculam a atividade jurisdicional, uma vez que o juiz não pode agir com discricionariedade – pois, estando presentes os elementos ensejadores da tutela antecipada, está adstrito a sua concessão. Limitando-se, assim, a atividade interpretativa dos elementos abertos, como a “verossimilhança” e a “prova inequívoca”, bem como do “dano irreparável ou de difícil reparação”.

Uma característica imprescindível do instituto esta no seu caráter provisório, previsto no §4º, assim sendo, a tutela antecipada poderá ser modificada ou revogada a qualquer tempo, ao longo do processo, uma vez alterado o conjunto fático-probatório que embasou sua concessão. Por isso, além de precária, é uma medida temporária, pois sobrevirá decisão definitiva acerca da questão, através da sentença final de mérito. Esta situação enseja, por certo, a possibilidade de se reverter a decisão tomada, dando azo a previsão contida no §2º, uma vez que não

haveria que se falar em provisoriedade de uma tutela, se no plano fático apresentasse uma situação irreversível.

A preocupação de salvaguardar o direito litigioso, garantindo sua reversibilidade, é corroborada pelo caráter satisfativo da tutela antecipada. Em que pese a redação do parágrafo estudado falar em “irreversibilidade do provimento”, tem-se que o provimento, em si, é sempre reversível, pois no plano estritamente formal pode-se sempre desdizer o que foi dito antes, face a ampla possibilidade de modificação e revogação da medida (art. 273, §4º). Todavia, a tutela antecipada é satisfativa, pois sua concessão visa antecipar os efeitos executivos da sentença, alterando a situação concreta e atuando na realidade fática. Para proteger o direito em risco, e assim, garantir a efetividade jurisdicional, há que se permitir a fruição do direito informado, dando azo a tutela sumária, e assim, o que não pode ser irreversível são os efeitos fáticos produzidos pela medida.

Dentro deste contexto apresentado, a salvaguarda apresentada pelo §2º garante que a tutela concedida antecipadamente não gere, apenas, uma inversão de riscos, transportando todo o receio de dano, ou de perecimento do direito, para a esfera do réu. Evitando-se, então, a construção de um processo em prol do autor, ao efetivar garantias apenas para o seu lado na demanda. Pela reversibilidade do provimento antecipado, permitir-se-á a plenitude do devido processo legal, em fase subsequente, oportunizando ao réu a ampla defesa e o contraditório, para que este não reste condenado, com o sacrifício de princípios constitucionais basilares do processo civil. Não se pode falar em efetividade a todo custo, em completo prejuízo à segurança jurídica. Assim, a tutela antecipada é instrumento harmonizador, pois permite antecipar efeitos concretos da tutela definitiva, garantindo efetividade ao autor, mas, protegendo o direito em litígio, ao réu, pela impossibilidade de concessão quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, para caso seja revertida a concessão.

Pela análise dos elementos e das características da tutela antecipada preventiva, ou seja, àquela concedida quando presente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito informado pelo autor, pode-se buscar o alcance da norma contida no §2º, art. 273. Dentro desta perspectiva, há que se frisar o fato que

o ordenamento pátrio não prevê uma tutela sumária e definitiva, de modo que, a discussão se torna ainda mais relevante pelo fato de que, muitas vezes, ao se conceder a medida com efeitos irreversíveis, estará se definindo o litígio em sede antecipada, impossibilitando o devido processo legal, e privando o réu dos direitos constitucionalmente previstos, como o contraditório e a ampla defesa. Pois, ao esgotar os efeitos da tutela no plano fático, torna-se despicienda a discussão formal do direito, uma vez que concretamente não se poderão alterar os efeitos efetivados. Todavia, volta-se ao fato de que em situações difíceis, e extremas, somente a tutela antecipada protegerá o direito de perecer, evitando a própria ineficácia jurisdicional.

Consigna-se que é elevado o número de situações cotidianas onde há risco de “irreversibilidade do provimento antecipado”, sendo não raros os casos de irreversibilidade recíproca, quando a concessão da medida antecipatória pode causar uma situação fática irreversível ao réu, e por outro lado, sua denegação causará situação idêntica ao autor. Assim, não se pode excluir a possibilidade de relativização do preceito negativo contido no art. 273, sob risco de inviabilizar-se o próprio instituto da tutela antecipada. Uma vez que esta pretende garantir uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, denegá-la pode significar, em último caso, denegação da própria prestação jurisdicional.

O processo moderno guarda grande preocupação com a ideia de efetivação dos direitos, sensibilizado com o bem-comum e a realidade social, tendo como escopo uma justiça efetiva. Assim, imprescindível abrandar o rigor normativo do parágrafo 2º, a fim de que a tutela antecipada cumpra o papel a que foi destinada, pois o risco de irreversibilidade no provimento não pode representar dano irreparável a ponto de inocuidade absoluta do direito alegado pelo autor, o que, como salientado, representa denegação da prestação jurisdicional, que o Estado assumiu o compromisso de bem desempenhar, alcançado os fins pretendidos e garantindo a pacificação social.

Porém, dado a multiplicação e complexidade de casos cotidianos, não se pode estabelecer uma fórmula matemática aplicável a toda e qualquer situação, sendo que somente a sabedoria e prudência do juiz, na análise do caso concreto e frente aos bens jurídicos em conflito, poderão oferecer a melhor e mais justa

resposta. Assim, a primeira possibilidade para solucionar a questão está em privilegiar o direito provável, aquele que apresenta maiores chances de se sagrar vencedor da demanda. Em que pese tratar-se de tutela em cognição sumária, há requisitos positivos mínimos insertos no *caput* do art. 273 (“prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”), bem como, no seu inciso I (“fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”), que permitem ao juiz tutelar o direito provável em face ao improvável. Então, verificados os requisitos mínimos à concessão da medida, é pouco provável que seja revertido o seu deferimento, razão pelo qual se deve tutelar o direito mais verossímil, autorizando a mitigação do perigo de irreversibilidade, e sacrificando, então, o direito improvável.

Também, a solução adotável na análise da situação fática passa pelo balanceamento dos bens jurídicos em litígio, a fim de que se tutele o direito preponderante, àquele com maior relevância social. Através do princípio da proporcionalidade, ponderando os valores mais relevantes, poderá o juiz na análise do caso concreto (uma vez que não há uma preordenação valorativa), solucionar a controvérsia. Ressalta-se, todavia, que mesmo frente ao direito provável de se sagrar vencedor da demanda, não se poderá conceder a medida se esta representar risco de irreversibilidade a um bem jurídico do réu de maior valor social. Ou seja, não se pode permitir infligir um risco, antes inexistente, à um bem jurídico de elevado valor social, frente a outro de menor relevância. Por outro lado, autoriza-se a tutela irreversível quando o prejuízo a ser evitado for mais preponderante do que aquele que a parte ré poderá sofrer. De modo que, resta caracterizado a importante atuação do juiz, que somente a partir de um conjunto de elementos, e frente ao caso real, poderá aplicar a norma de modo justo.

Apenas confrontando-se os bens jurídicos e os valores em litígios, poderá se avaliar qual deles é merecedor da tutela estatal, para que receba a adequada proteção. E, assim, aplica-se o princípio da proporcionalidade enquanto meio capaz de afastar o requisito negativo do artigo, equacionando-se os malefícios e benefícios implicados, a fim de que seja tutelado o bem jurídico de valor superior à ordem jurídica.

Ainda, verifica-se plenamente aplicável ao caso, por analogia, o art. 475-O, do CPC, que normatiza a execução provisória da sentença, tendo em vista a provisoriedade da medida, que poderá a qualquer tempo ser revogada ou modificada. Por força do sistema processual civil, verifica-se plenamente aplicável ao instituto da tutela antecipada o referido artigo. Assim, o inciso I alude acerca da responsabilidade do exequente, de modo que, concedida a tutela, e em decisão posterior revertida a medida, o autor deverá arcar com os danos eventualmente sofridos pelo réu, norma que encontra paralelo nos artigos 574 (responsabilidade do credor pela execução) e 811 (responsabilidade pela execução da medida cautelar), todos do CPC.

Assim, ainda que o legislador pátrio não quisesse uma tutela de consequências irreversíveis, ficou evidenciado que algumas situações da vida vão reclamar antecipação, mesmo quando irreversível. Por esta razão, havendo modificação ou revogação da medida, será do exequente da mesma a responsabilidade pelos danos causados. Esta previsão ajuda a evitar um uso desmedido e desarrazoado da tutela antecipada, uma vez consciente o autor que será responsabilizado pelos excessos cometidos, o que afastará uma utilização abusiva da medida.

Também, verificam-se plenamente conexas a norma do §2º, com a redação do art. 475-O que prevê a necessidade de restituição das partes ao estado anterior, sobrevindo decisão que altere a anteriormente concedida (inciso II). Para os casos patrimoniais, esta reposição poderá ocorrer através de compensação pecuniária, para reparar os eventuais prejuízos a serem liquidados. Ainda, o inciso III alude sobre a prestação de caução para os casos que podem gerar grave dano ao executado, o qual encontra previsão semelhante para as medidas cautelares, no art. 804, CPC.

Em face à provisoriedade da tutela antecipada, a prestação de caução se apresenta como contracautela que vai garantir eventual abuso ou dano sofrido pelo réu, quando da execução da medida antecipatória. Ainda que não garanta o retorno das partes ao estado anterior, quando se tratar de uma tutela específica e *in natura*, permitirá um mínimo compensatório pelos danos sofridos. Mas, aqui não se trata de

aplicação indistinta da caução de maneira a autorizar qualquer antecipação de tutela, ainda que presente o risco de irreversibilidade. A possibilidade só se mostra razoável para aquelas situação extremas, em que ponderados os valores em jogo, e avaliado todo o contexto fático, se mostra imprescindível a antecipação dos efeitos, tratando-se a caução de uma garantia de eventual reparação, reduzindo, assim, o alcance da irreversibilidade da medida.

Todavia, uma vez que a reparação pecuniária não permite a reversibilidade do bem *in natura*, não se pode reduzir toda a questão, e sempre, em perdas e danos, pois, estar-se-ia desprestigiando o direito do réu a uma tutela adequada, e a proteção do seu direito, no caso de se sagrar vencedor da demanda. Por esta razão, trata-se de uma solução extrema, e excepcional, para as situações de risco de perecimento de um direito de alto valor social, que reclama a tutela sumária, ainda que haja receio de irreversibilidade no provimento.

Pelo conjunto apresentado, verifica-se que há casos específicos, que reclamam uma tutela de caráter sumário, face ao risco de perecimento do direito informado, em que pese o risco de irreversibilidade no provimento antecipado. Assim, o §2º será mitigado, a fim de garantir plena efetividade ao processo, e inclusive para que não se restrinja a missão pela qual o instituto da tutela antecipada foi previsto. Todavia, somente o caso concreto, através da atuação do juiz, permitirá uma correta elucidação da questão, para que sejam garantidos os princípios constitucionais e os direitos das partes, bem como para que se efetivem àqueles direitos mais caros à ordem jurídica.

Os tribunais nacionais, e em especial análise o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, aplicam este entendimento, possibilitando o afastamento do requisito negativo do art. 273, de acordo com os bens jurídicos em confronto e a situação fática apresentada, especialmente visando proteger bens jurídicos de elevado valor, como a vida, saúde, entre outros. Considerando ainda, os casos onde a irreversibilidade se mostra de maneira recíproca, razão pela qual a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo julgador se mostra a maneira mais adequada à solução do conflito.

Então, verifica-se que a jurisprudência se firma neste sentido, atuando na possibilidade de flexibilização do instituto da tutela antecipada, sob pena do mesmo cair no vazio, devendo-se entender a “irreversibilidade” de maneira relativa, a partir do contexto fático apresentado. A norma já apresenta requisitos positivos mínimos necessários à concessão, que balizam e impedem um abuso de provimento, a partir dos quais o juiz poderá verificar o contexto fático-probatório garantindo às partes um processo justo, ao fazer o uso correto e ponderado dos instrumentos processuais, como o da tutela antecipada.

Ainda, imperioso referir acerca do Projeto de Lei nº 8046/2010, tramitando no Congresso Nacional, acerca do novo Código de Processo Civil. Observa-se que o mesmo não apresenta previsão normativa similar ao art. 273, §2º, do atual CPC. Todavia, o Projeto consolida a responsabilização na efetivação da medida, respondendo o requerente pelo prejuízo causado, em caso de reversão da tutela antecipada anteriormente concedida, conforme art. 274²⁵², ou ainda, através da exigência, pelo juiz, de caução real ou fidejussória, conforme art. 276²⁵³, para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Em que pese o Projeto não faça referência ao risco de irreversibilidade no provimento, deve-se enfatizar que não se afasta a necessidade do juiz, ao analisar o caso concreto, verificar este risco, e apresentar a solução mais justa e adequada às partes. Como enfatizado, são inúmeras as situações cotidianas que apresentam

²⁵² “Art. 274. Independentemente da reparação do dano processual, o requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da medida, se:

I – a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

[...]

III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer dos casos legais;

[...]

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida”.

(BRASIL. **Projeto de Lei n. 8046/2010**. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 09 dez. 2012.

²⁵³ “Art. 276. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Parágrafo único. Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente”.(BRASIL. Projeto de Lei n. 8046/2010. Disponível

em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 09 dez. 2012.

risco de irreversibilidade quando concedida a tutela antecipada, de modo que, é inegável a necessidade de avaliar os bens jurídicos envolvidos no conflito, para que se possa preservar não só o direito mais provável, como àquele mais caro ao ordenamento pátrio.

Assim, ainda que consolidada a responsabilização do requerente na efetivação da medida, a reparação pecuniária nem sempre será o suficiente, ou a garantia desta indenização bastará para que se conceda a medida sem receios, sendo inafastável avaliar os bens da vida em litígio, para que não seja imposto um risco, antes inexistente, a um direito de elevado valor, ou então, se deixe de tutelar outro de mesma ordem. Novamente, apenas a prudência do juízo a aplicação integrada, por ele, das normas e princípios que permeiam o processo civil, frente ao caso concreto, permitirão a prestação de uma tutela efetiva, adequada e tempestiva.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 77-112.

ALVIM, J. E. Carreira. A antecipação de tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 53-75.

ASSIS, Araken de. Antecipação da tutela. **Revista da ESMape**, Recife, v.2, n.4, p.28-54, abr./jun. 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 616 p.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização**. São Paulo: Malheiros, 1998. 395 p.

BENASSE, Marcos Antonio. **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001. 178 p.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 178 p.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Aspectos da tutela antecipada no direito processual brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 2000. v.350, p.3-19.

_____. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 01-17.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. v. 4, tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. In: SILVA, Ovídio Baptista da Silva. (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência: Fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996. 392 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil**: Comentado artigo por artigo. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 81, p. 198-211, 1996.

_____. Antecipação da tutela: Algumas questões controvertidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n. 13, p. 5-13, 2001.

_____. **O Novo processo civil brasileiro**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Genesis**: revista de direito processual civil, Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, v. 2, n. 5, p. 324-42, maio/ago. 1997.

PASSOS, J. J. Calmon de. Da antecipação de tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 187-213.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A antecipação da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 129-42.

_____. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 748, p. 32-46, fev. 1998.

_____. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 19-51.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento n. 1998.04.01.025110-0/RS**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Armindo Tatsch. Relator: Wellington Mendes de Almeida. Porto Alegre, 09 dez. 1998. DJ 09/12/1998, p. 999.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 2006.71.99.004808-7/RS**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Miguel Ângelo Telo. Relator: Sebastião Ogê Muniz. Porto Alegre, 18 mai. 2007. Disponível em:
<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1665197&termosPesquisados=artigo|273|irreversibilidade>

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame Necessário n. 5029490-53.2012.404.7100/RS**. Recorrente: União e Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Neuza Teresinha Moura de Sousa. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 13 set. 2012. Disponível em:
<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5262188&termosPesquisados=irreversibilidade|antecipada>

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 144.656/ES**. Recorrente: Estado do Espírito Santo. Recorrido: Leste Brasileira Importadora e Exportadora Ltda. Relator: Min. Adhemar Maciel. Brasília, 06 out. 1997. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700523330&dt_publicacao=27-10-1997&cod_tipo_documento=>>

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 417.005/SP**. Recorrente: STU – Sorocaba Transportes Urbanos Ltda. Recorrido: Doraci Roberto. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 25 nov. 2002. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=605477&sReg=200200234942&sData=20021219&sTipo=5&formato=PDF>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 502.173/RJ**. Recorrente: União. Recorrido: André Gomes Bonifácio e Outros. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 02 ago. 2005. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=1957894&num_registro=200300304446&data=20050829&tipo=5&formato=PDF>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 736.826/RJ**. Recorrente: União. Recorrido: Jaime Maciel de Almeida. Brasília, 12 dez. 2006. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2784848&num_registro=200600096831&data=20071128&tipo=5&formato=PDF>.