

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**AMANDA LIMA DA COSTA**

**TUTELA ANTECIPADA:** a relativização do requisito da reversibilidade fática da medida  
como garantia à efetividade da jurisdição

São Luís  
2014

**AMANDA LIMA DA COSTA**

**TUTELA ANTECIPADA:** a relativização do requisito da reversibilidade fática da medida como garantia à efetividade da jurisdição

Monografia apresentada à coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nelson de Melo Moraes Rêgo.

São Luís  
2014

Costa, Amanda Lima da Costa

Tutela Antecipada: a relativização do requisito da reversibilidade fática da medida como garantia à efetividade da jurisdição/ Amanda Lima da Costa. \_\_\_\_2014.

78f.

Impressão por computador (fotocópia).

Orientador: Nelson Melo de Moraes Rêgo

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2014.

1. Direito Processual Civil 2. Tutela Antecipada 3. Efetividade da jurisdição I. Art.273, §2º. 4 Título.

CDU 347.64

**AMANDA LIMA DA COSTA**

**TUTELA ANTECIPADA:** a relativização do requisito da reversibilidade fática da medida como garantia à efetividade da jurisdição.

Monografia apresentada à coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, para a obtenção do grau de bacharela em Direito.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/2014

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Doutor Nelson Melo de Moraes Rêgo  
(Orientador)

---

1º Examinador (a)

---

2º Examinador (a)

À minha amada mãe, *Silvânia*, por todo amor, cuidado, apoio e incentivo.

Ao meu pai, *Melchiades*, com carinho, pelas lições da vida.

Ao meu namorado, *Daniel*, com muito amor, por tudo que representa na minha vida.

Ao meu irmão, *Rafael*, pelo grande exemplo de retidão e caráter.

À minha cunhada, *Andressa*, pela motivação diária e senso de responsabilidade.

Às minhas avós, *Zélia e Nair*, pelo amor que delas transborda.

Ao meu padrasto, *Sérgio*, pelo exemplo de erudição, humanidade e generosidade.

## AGRADECIMENTOS

Nesse momento tão especial, em que tenho em minhas mãos o exemplar de um trabalho pessoal, resultado de muito esforço, não posso, jamais, deixar de agradecer a todos aqueles que muito contribuíram para a conclusão e o sucesso desta empreitada.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por me conceder saúde e paz para trilhar esse caminho. Só tenho a agradecer-lo pelas condições de vida que me proporcionou nesta Terra, pela família maravilhosa e amigos fantásticos, sem os quais eu não seria capaz de usufruir deste momento de pura realização.

À minha amada mãe, *Silvânia*, que sempre esteve ao meu lado em todos os momentos de minha vida. Obrigada pelas virtudes da responsabilidade, da ética, do amor ao próximo, do respeito que sempre me ensinaste. Agradeço por toda a dedicação empreendida para que tivéssemos o melhor acesso à educação de qualidade. E, sobretudo, obrigada por ser tão presente e representar tudo em nossas vidas.

Ao meu irmão, *Rafael*, pela leitura atenta e crítica dos originais desse estudo, pela correção acurada e, sobremaneira, por ser o meu grande referencial de ser humano.

Ao meu namorado, *Daniel*, pelo suporte que me concede, por sua calma, tranquilidade, amor, e paciência. Não tenho palavras para descrever a sua importância fundamental na consecução deste trabalho. O seu apoio incondicional faz dele tão meu quanto seu.

À minha avó, *Zélia*, pelo amor que dela emana e que me concede paz, tranquilidade e me faz acreditar num mundo melhor.

Às minhas queridas amigas, *Isabela e Mizzi*, por terem partilhado comigo experiências fantásticas ao longo destes cinco anos de curso. Saibam que deixam em mim marcas profundas de amizade, companheirismo e amor. Que esse laço firmado entre nós não se enclausure nos bancos universitários, mas que perdure forte e tenaz por todas as nossas vidas. Sem vocês, esta pesquisa não seria a mesma.

À minha cunhada, *Andressa*, pela parceria constante, por ratificar os valores de responsabilidade, organização e por ser um grande exemplo de profissional, esposa e mulher dedicada.

Ao meu padrasto, *Sérgio*, por todo o apoio que sempre me deu, e por horas de debates acerca do tema, escutando-me atentamente e contribuindo para a solidificação do conhecimento.

À minha sogra, *Virgínia Gonçalves*, que me brindou com seu auxílio na feitura do *abstract*.

Ao meu orientador, Prof. Dr. *Nelson Melo de Moraes Rêgo*, pelo exemplo de profissional irretocável, professor e magistrado, sendo um grande facilitador e incentivador de minha formação profissional.

Agradeço igualmente a todos aqueles que contribuíram com o meu crescimento profissional e pessoal ao longo de todo esse tempo. Que lembrem-se sempre que “cada pessoa que passa em nossa vida passa sozinha e não nos deixa só, porque deixa um pouco de si e leva um pouquinho de nós”.

*"O sonho é uma fonte infinita de inspiração"*  
Luiz Tambucci

*"A educação é a arma mais poderosa que  
temos para mudar o mundo."*  
Nelson Mandela

## RESUMO

Esta pesquisa tem a finalidade de apresentar um estudo sistemático do instituto da Tutela Antecipada - como corolário lógico da efetividade da jurisdição - o qual tem seu conteúdo normativo insculpido no artigo 273 do Código de Processo Civil. Ao desenvolver o tema, o problema apresentado será o pressuposto negativo da irreversibilidade da medida, que prevê a impossibilidade de concessão do pedido antecipatório quando houver o perigo de que a situação fática modificada pela concessão da medida não seja passível de reversão, sendo, pois, impossível de retornar ao *status quo ante*. Sendo assim, o ponto fulcral da presente pesquisa é a análise acerca da atuação do magistrado, em situação excepcional, não prevista pelo legislador, quando diante da *irreversibilidade recíproca* deverá proferir a decisão mais justa possível para o caso concreto. Para tanto, pretende-se, inicialmente, contextualizar o surgimento da técnica antecipatória, bem como delimitar o seu fundamento constitucional e demonstrar que se trata de instrumento essencial à efetividade da atuação jurisdicional e, assim, mitigar o efeito nefasto do tempo. Em seguida, buscar-se-á estudar o aspecto estrutural do instituto, focando, sobretudo, nos pressupostos de sua concessão. Assim, a pesquisa analisará mais detidamente o pressuposto negativo da irreversibilidade dos efeitos da medida, para, então, perquirir acerca da possibilidade de, no caso concreto, propor a sua relativização. Será exposto ainda o entendimento jurisprudencial das cortes brasileiras no que toca à concessão da técnica antecipatória em face da irreversibilidade recíproca. Por fim, proceder-se-á a uma breve exposição acerca das alterações do instituto previstas no projeto do Novo CPC.

**Palavras-chave:** Tutela Antecipada. Efetividade da jurisdição. Art.273, §2º, CPC. Irreversibilidade Recíproca. Novo CPC.

## ABSTRACT

This research aims to present a systematic study of the Institute of Injunctive Relief - as a logical corollary of the effectiveness of jurisdiction - which has its normative content present in Article 273 of the Civil Procedure Code. In developing the theme, the problem presented will be the negative assumption of irreversibility of the measure providing for the impossibility of granting anticipatory request when "there is danger of irreversibility of advance provision". Thus, the performance of the magistrate, in extreme situations, not provided by the legislature, when faced with the reciprocal irreversibility shall render the fairest possible decision for the case will be analysed. Therefore, it is intended, first, to contextualize the emergence of procedural technique that is the object of research, as well as defining its constitutional basis and demonstrate the existence of reasons, even in the face of an apparent conflict of principles. Then the structural aspect of the institute, focusing mainly on the assumptions of grant will be sought. Thus, the research will examine more closely the negative assumption of irreversibility of the effects of the measure, for then to assert about the possibility of its relativity. The legal understanding of Brazilian courts with respect to the grant of anticipatory technique in the face of mutual irreversibility will be exposed. Finally, a brief statement about the institute's amendments provided for in the New CPC project will be carried out.

**Keywords:** Injunctive Relief. Effectiveness of jurisdiction. Art.273, paragraph 2, CPC. Reciprocal irreversibility. New CPC.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2</b>	<b>A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO</b> .....	13
2.1	O pensamento jurídico atual e o processo civil constitucionalizado.....	13
2.1.1	Sistema normativo: a necessária distinção entre regras e princípios .....	19
2.2	Técnica processual e tutela de direitos: a ínsita circularidade entre o direito material e o processo civil moderno .....	21
2.3	Acesso à Justiça: efetividade e distribuição do ônus do tempo .....	24
2.4	A harmonização da tensão entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica no que toca à técnica antecipatória.....	28
<b>3.</b>	<b>ASPECTOS ESTRUTURAIS DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA E O PRESSUPOSTO DA REVERSIBILIDADE DA MEDIDA</b> .....	33
3.1	Técnica Processual x Tutela de Direitos: breve distinção entre Tutela Antecipada e Tutela Cautelar .....	32
3.2	Cognição, conceito, natureza jurídica e fundamento .....	37
3.2.1	A positivação da antecipação de tutela genérica no ordenamento jurídico brasileiro .....	39
3.3	A exegese do artigo 273 do Código de Processo Civil. ....	40
3.4	§2º do Art. 273: a vedação à irreversibilidade dos efeitos da medida .....	49
3.4.1	O real alcance do termo “ <i>irreversibilidade</i> ” .....	50
3.4.2	Das razões que informam a regra da vedação à irreversibilidade .....	52
<b>4.</b>	<b>A FLEXIBILIZAÇÃO DO § 2º, ART 273, POR MEIO DA PROPORCIONALIDADE A FIM DE EFETIVAR O DIREITO MATERIAL DE MAIOR RELEVÂNCIA NO CASO CONCRETO</b> .....	55
4.1	<i>Irreversibilidade Recíproca</i> : situação não prevista pelo legislador.....	55
4.2	A tutela do direito mais provável .....	58
4.3	A solução dos casos de irreversibilidade recíproca por meio do Princípio da Proporcionalidade e do Juízo de Ponderação .....	60
4.4	A irreversibilidade recíproca à luz dos tribunais brasileiros.....	65
4.5	As tutelas de urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil .....	72
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	72
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	76

## 1 INTRODUÇÃO

É indubitável que a insatisfação da sociedade no que se refere a pouca eficiência da Justiça para solucionar adequadamente as lides é generalizada. Sendo assim, diante da morosidade excessiva que assola o Poder Judiciário e a dificuldade em concretizar os direitos materiais, é que se tem como atual missão dos juristas, operadores do direito e legisladores buscarem instrumentos capazes de realizar e tornar efetivos os direitos declarados pelo Estado.

Ora, não há que se falar em direitos cristalizados no âmbito das meras declarações solenes, é necessário que o Estado cumpra as missões de implementar, na prática o direito substancial tutelado.

Vale lembrar que Constituição Federal é hoje a grande protagonista do ordenamento jurídico pátrio, e cuidou de proclamar a Justiça como valor soberano da sociedade.

Sendo assim, no atual momento, o direito processual - erigido à ordem constitucional – deve romper as barreiras de um mero procedimento objetivo e buscar, além de garantir a segurança jurídica e o acesso à jurisdição, concretizar os valores substanciais estabelecidos na Lei Maior. Com efeito, é patente que as técnicas processuais são instrumentos de que devem se valer o Estado para a efetivação dos direitos materiais.

Nesse sentido, tem-se que a constitucionalização das normas processuais reflete a incessante e tão atual busca pela efetividade. É nesse contexto, que a técnica da Tutela Antecipada nasce de uma necessidade eminentemente prática: a crise do Poder Judiciário, que com sua morosidade excessiva, revela um Estado inapto a proporcionar a tutela jurisdicional definitiva de modo tempestivo e adequado. Desse modo, é de se notar que a problemática da efetividade processual e da realização da justiça social é tema relevante e atual.

A técnica antecipatória é corolário lógico do direito fundamental ao Acesso à Justiça, entendido aqui em seu sentido amplo, uma vez que não envolve apenas o direito de acionar o Estado-juiz, mas sim, a adequada, tempestiva, expedita e justa tutela do direito. É nesse sentido que o instituto estudado busca resgatar a igualdade entre as partes maculada pelo tempo do processo, que, ao imputar demora excessiva, gera ao autor o ônus de suportar o estado das coisas, o qual tem pressa em modificar. Sendo assim, o instrumento processual em comento é de suma importância para mitigar os efeitos nefastos da morosidade excessiva, de modo a não prejudicar o autor que demonstra ter razão.

Contudo, vale lembrar que apesar de as dilações processuais exacerbadas constituírem forte ônus à parte autora, o tempo do processo (sem extensões desnecessárias) é fundamental para garantir ao réu a segurança jurídica que espera do direito. Assim, ao sopesar os direitos fundamentais em tensão (efetividade *versus* segurança jurídica), e considerando, sobretudo, a busca pela concretização dos escopos sociais da Constituição e o alcance da justiça social e da dignidade da pessoa humana, o legislador considerou como prevalente o direito do jurisdicionado a uma tutela tempestiva e efetiva, o que, por certo, uma das formas de acesso à justiça.

Nesse sentido, em apertada síntese, o que motivou a presente pesquisa científica foi perquirir acerca dos fundamentos da técnica processual antecipatória e de que modo ela atua para minimizar a ineficácia da Justiça Civil e proporcionar ao cidadão a efetiva tutela da sua posição jurídica. Buscou-se ainda debruçar-se sobre um recorte cirúrgico e extremamente instigante: A possibilidade de se relativizar o pressuposto negativo da irreversibilidade fática da medida, a fim de, em alguns casos excepcionais, possam ser evitadas injustiças inaceitáveis e promovida a garantia da eficácia de um direito que provavelmente existe.

Desse modo, a presente pesquisa tem o objetivo de esquadrihar as características da Tutela Antecipada e demonstrar que se trata de instrumento fundamental para a efetivação dos direitos materiais abstratamente considerados. Sendo assim, defende-se a relativização do pressuposto negativo citado, visto que a sua aplicação irrestrita e obtusa ensejaria, na verdade, o próprio esvaziamento da técnica antecipatória, o que significa um retrocesso no que toca a efetividade da jurisdição.

Este trabalho de conclusão de curso adota como método de abordagem o hipotético-dedutivo, já que se utiliza da formulação de hipóteses a serem testadas pelo processo de inferência dedutiva. Tem a fórmula monográfica como método de procedimento. E quanto à técnica de pesquisa, utilizou-se o método documental e bibliográfico, por meio da observação direta e sistemática.

Nessa perspectiva, a monografia está estruturada em três capítulos, antecedidos pela introdução e sucedidos pelas considerações finais, que buscam dar supedâneo aos objetivos específicos da pesquisa.

O primeiro capítulo enfrentará a temática da constitucionalização do Direito e do Processo Civil, bem como demonstrará a atual fase vivida por este, denominada de *Neoprocessualismo* ou *Formalismo Valorativo*, em que se dá destaque máximo aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais e na construção do atual direito processual civil. Nesta primeira etapa se buscará demonstrar que a técnica

antecipatória encontra o seu fundamento diretamente na Constituição Federal, o que ratificará a tese de que as técnicas processuais, sobretudo o objeto do presente estudo, são elementos fundamentais para a realização dos direitos materiais, o que revela a relação mutualística entre Processo e Direito Material.

O segundo capítulo enfrentará o perfil estrutural da antecipação da tutela. Assim, será discorrido acerca do conceito do instituto, natureza jurídica, fundamento e, sobretudo, sobre a profundidade da cognição exercida pelo magistrado no momento da análise do pedido antecipatório. Em relação aos pressupostos para a concessão da medida, será estudado de forma detida e cuidadosa o requisito negativo da irreversibilidade dos efeitos do provimento, de modo que seja possível entender o que significa “irreversibilidade do provimento” e o real alcance desse termo, bem como estudar detidamente as razões que informam a existência da regra contida no § 2º do artigo 273.

Por fim, o terceiro e último capítulo abordará a problemática que instigou a realização da pesquisa. Assim, far-se-á um exame acurado da questão da *irreversibilidade recíproca*, situação em que a decisão do magistrado enseja efeitos imutáveis para ambas as partes. Com efeito, o problema posto não é de fácil resolução e desafia o esforço intelectual de renomados doutrinadores, razão pela qual não se pretende esgotar o tema e nem tampouco apresentar uma única resposta correta para o caso. Nesse sentido, a presente pesquisa defenderá que se o pressuposto negativo de irreversibilidade da medida for aplicado de modo obtuso, sem que se analise as peculiaridades do caso concreto, estar-se-á fadado a vilipendiar o escopo precípua do instituto ora estudado.

Desse modo, na análise do caso concreto, relativizar a regra prevista no § 2º, art. 273 é abrir as portas do Poder Judiciário e oportunizar a efetividade de direitos materiais.

Para resolver casos complexos de irreversibilidade recíproca, em que é patente o conflito de direitos fundamentais, é indispensável que o julgador lance mão do princípio da proporcionalidade e, pelo resultado da ponderação, eleja, à luz do caso em questão, o bem jurídico mais caro ao direito.

## **2 A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO.**

O primeiro capítulo deste trabalho se propõe a analisar de modo global o contexto da criação da técnica da Tutela Antecipada. Assim, parte-se de uma análise constitucional do processo, tendo em vista que a Lei Maior é o vértice máximo do ordenamento jurídico pátrio e, portanto, todas as normas infraconstitucionais devem ser aplicadas de modo que se concretizem os escopos e os valores nela previstos. Sendo assim, há que se observar a importância do processo civil como elemento fundamental à concretização dos direitos materiais assegurados pelo sistema normativo. Há, portanto, que se entender a profundidade e a extensão da relação firmada entre o direito material e o direito processual, de modo que se faça clara a essencialidade da técnica antecipatória para atuar como elemento facilitador do amplo acesso do cidadão ao Judiciário, visto não apenas como o direito de provoca-lo, mas, sobretudo, de modo a alcançar a solução efetiva de seu problema.

### **2.1 O pensamento jurídico atual e o processo civil constitucionalizado**

Há não muito tempo, no Estado Liberal de Direito, vivia-se sob a égide do império da lei, que imputava ao Poder Judiciário a mera função de fazer com que as normas positivadas fossem cumpridas, de modo a extirpar as tradições jurídicas inerentes ao Absolutismo e ao Antigo Regime de posto.

Contudo, atualmente, a Constituição é o vértice do ordenamento jurídico pátrio e o juiz o protagonista da interpretação e da produção do Direito no caso concreto. Superou-se, portanto, o tempo em que o órgão judicante era a mera boca da lei, sem qualquer legitimidade de interpretação e produção.

Nos dias hodiernos, o pensamento jurídico, denominado pós-positivismo, trouxe consigo a compreensão do direito por meio dos princípios, que se incorporaram implícita ou explicitamente às Constituições, o que revelou a ruptura com o Estado Liberal marcado pelo positivismo e ancorado em um direito construído basicamente por regras (MARINONI, 2011, p.50).

Assim, o ora Estado Social Democrático de Direito tem suas raízes fincadas na Supremacia da Constituição, a qual possui força normativa. Há a aproximação do Direito aos ditames éticos e se sobrepõe os direitos fundamentais arrimados na Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido, Marinoni (2011, p.52) destaca que “*não há qualquer dúvida, hoje, de que toda norma constitucional, independentemente do seu conteúdo ou forma da sua vazão, produz efeitos jurídicos imediatos e condiciona o ‘modo de ser’ das regras*”.

Com efeito, é papel dos princípios estabelecerem os valores e os critérios que serão revelados nas regras. O doutrinador Marcelo Novelino (2012, p. 178) ensina que para que se possa aplicar as regras infraconstitucionais de modo adequado é imprescindível fazê-lo sob a observância dos princípios constantes na Constituição Federal.

Assim, é fundamental ter em mente a real ideia de constitucionalização, de que todo o sistema jurídico deve ser erigido à luz da Lei Maior, que funciona como um crivo, por meio do qual serão consagrados os valores nela insculpidos.

Assim, a constitucionalização do direito ensejou a imperativa necessidade de se proceder à releitura de toda a ordem infraconstitucional, tendo como paradigma inafastável a Constituição. Instituiu-se, portanto, uma ordem objetiva de valores.

E, assim, considerando que a Constituição Federal tem o escopo precípua de dar unidade ao sistema jurídico, depreende-se que a norma infraconstitucional, em muitos casos, representa a harmonização de direitos fundamentais (ZAVASCKI, 1995, p.2).

Vale anotar importante passagem do Ministro Luís Roberto Barroso (2005, p 10), em seu artigo *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*, que esclarece a importância dessa alteração de paradigma.

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Assim como todo o sistema jurídico brasileiro, o processo civil também sofreu e ainda sofre a sua devida constitucionalização. O direito processual contemporâneo tem como premissa fundamental as diretrizes constitucionais.

É nesse contexto que Fredie Didier (2012, p. 32) preleciona que a constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo e, então, tal fenômeno pode ser visto em duas dimensões:

Primeiramente, há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais [...] De outro lado, a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como caracterizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas. Intensifica-se cada vez mais o diálogo entre processualistas e constitucionalistas, com avanços recíprocos.

Interpretar o sistema processual civil sob seu viés constitucional é entender o quão comprometido este deve estar com o Estado Democrático de Direito e, por óbvio, com a tutela jurisdicional efetiva (CRUZ; CRUZ, 2009, p.3). Esse comprometimento perpassa diretamente pela existência de instrumentos hábeis a tornar a atuação judicante eficiente, uma vez que esta é imprescindível para a própria criação e adaptação do direito às necessidades sociais modernas.

Assim, Alexandre Câmara (2013, p.9) delinea que o processo deixou de ser visto “*como mero instrumento de atuação do direito material e passou a ser encarado como um instrumento que se serve o Estado a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos*”.

Com efeito, Danilo Cruz e Karine Cruz (2009, p.9) ratificam que:

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmo democrático do Estado de Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.

Nesse sentido, é indubitável que o novo processo civil, em sua ótica constitucional, é elemento *sinequa non* à efetividade dos objetivos e fundamentos da Constituição. Desse modo, é necessário pensar em técnicas processuais hábeis a representar o Estado Democrático de Direito, sobretudo, tutelando e efetivando os direitos de liberdade, igualdade, legalidade e tendo como valor norte a dignidade da pessoa humana.

Note-se que o processo civil passou a adaptar-se ao pensamento jurídico contemporâneo, acompanhando, assim, as mudanças sociais vividas, de modo que se busca, por meio da atuação jurisdicional e de técnicas processuais adequadas, alcançar as legítimas aspirações da sociedade.

É nesse contexto, que se revela a mudança de paradigma imposta após a promulgação da Constituição de 1988 e seu caráter cidadão, que trouxe consigo o ideal de respeito à dignidade da pessoa humana:

Ocorre que o direito material mudou, a Constituição Federal de 1988 erigiu outra orientação. A chamada Constituição Cidadã elevou, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Trouxe para o início do texto constitucional o capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, originalmente relegados ao seu final. Essa nova ordenação topológica não é ausente de significação. O capítulo foi fortemente influenciado pelos ideais propostos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e tem se denunciado, à evidência na doutrina, a preocupação com a realização dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho não patrimonial ali afirmados. É a busca não só pela declaração, mas pela efetividade e efetivação desses direitos. A ideologia dominante nos ordenamentos constitucionais atuais é justamente esta: não basta indicar um rol de direitos fundamentais é preciso efetivá-los. (ZANETTI JÚNIOR, 2005, p.251)

Dito isso, é fundamental que se analise a atual fase do desenvolvimento do processo civil a fim de se aclarar a importância das técnicas processuais, sobretudo, a antecipação dos efeitos da tutela – objeto do presente estudo – para a efetivação de direitos materiais, observando-se, sobremaneira, o alcance dos escopos constitucionais.

Considerando que as mudanças históricas impuseram o esgotamento do processo civil clássico<sup>1</sup> e ensejaram o seu renascimento sob uma nova roupagem, é necessário analisar sob qual perspectiva será alicerçado o presente estudo. Para tanto, faz-se fundamental localizar o leitor acerca da metodologia adotada.

Freddie Didier (2012, p.25) é categórico ao sinalizar que: *“o processo é um método de exercício da jurisdição e esta se caracteriza por tutelar situações jurídicas concretamente deduzidas em um processo. Tais situações jurídicas são substanciais e correspondem ao mérito do processo.”*

Desse modo, o processualista sublinha que não há processo oco: todo processo traz a afirmação de uma situação jurídica carecedora de tutela. É nesse sentido, que se tem tal situação jurídica afirmada como o direito material processualizado. Não há, assim, que se falar em processo neutro em relação ao direito material tutelado pelo Estado-juiz.

---

<sup>1</sup> O processo Civil Clássico é desenvolvido durante o Estado Liberal, o qual tinha como finalidade principal garantir a liberdade dos cidadãos. Sendo assim, foi marcado por uma rígida delimitação entre o Poder Público e a esfera privada. Nesse período, não era permitido ao julgador interpretar a lei à luz da realidade social. É nesse contexto, que Montesquieu conclui que os juizes são apenas “a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”. O Estado Social era eminentemente legislativo, no qual a lei tinha o papel de proporcionar à sociedade a segurança necessária que se esperava. Foi um período posterior ao Estado Absolutista, com isso, o objetivo era delimitar claramente a atuação do Estado diante da liberdade dos cidadãos. Vide a obra de Montesquieu: “O Espírito das Leis” e/ou MARINONI, Luiz Guilherme. Do Processo Civil Clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social. Disponível em: <[www.abdpc.org.br/abdpc/artigos.asp?ordem1=artigo](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos.asp?ordem1=artigo)>. Acesso em: 25 nov. 2014.

É de se presumir que o processo civil deve ser pensado para servir ao direito material, uma vez que seu escopo-mor é a devida efetivação daquele. Ora, não haveria sentido a existência das técnicas processuais desprovidas de um objetivo maior, o qual é consubstanciado na efetiva tutela de direitos.

Segundo Alexandre Câmara (2008, p.7), a evolução histórica do direito processual divide-se em três fases bem distintas: a) praxismo; b) processualismo; e c) instrumentalismo.

O praxismo é a fase do processo civil em que ainda não existia a “ciência” do processo, ou seja, período em que havia a congregação de todas as manifestações culturais, sem haver qualquer separação entre processo e direito material. Aquele era analisado apenas sob seu viés prático, não despertando interesse científico.

Segundo Câmara (2013, p.8), durante essa fase não se pode nem falar propriamente em Direito Processual, já que as poucas técnicas processuais consistiam em mero apêndice do direito material. Assim, o autor destacou o seguinte: *“Dizia-se, então, que o direito material, sendo essencial, era verdadeiro direito substantivo, enquanto o processo, mero conjunto de formalidades para a atuação prática daquele, era um adjetivo”*.

Já na fase processualista, Didier (2012, p.31) destaca que houve a demarcação das fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o respectivo desenvolvimento científico das categorias processuais.

É nesse período que, segundo Alexandre Câmara (2013, p.8) se inicia o desenvolvimento da teoria do processo como relação jurídica e o Direito Processual passa a ter autonomia, ocupando, agora, lugar de destaque no ramo do direito público.

Após o delineamento claro dos principais pressupostos do Processo Civil e sua ratificação como ramo autônomo, passa-se para a fase do instrumentalismo processual que é, segundo Câmara, exatamente o momento vivido hoje. Sendo assim, o autor destaca:

O processualista dedica seus esforços no sentido de descobrir meios de melhorar o exercício da prestação jurisdicional, tornando tal prestação mais segura e, na medida do possível, mais célere, tentando aproximar a tutela jurisdicional o mais próximo possível da justiça (CÂMARA, 2012, p.10).

Nessa nova fase do processo, as técnicas processuais não estão apenas a serviço do direito material, mas, sobretudo, efetivando de fato os objetivos e fundamentos democráticos do Estado. Assim, o escopo precípua da jurisdição passa a ser assegurar ao titular de um direito a efetividade da tutela jurisdicional prestada.

Fredie Didier (2012, p.31) expoente de vanguarda, discorda do pensamento supracitado, uma vez que advoga ser mais adequado delinear uma quarta fase da evolução do direito processual. Assim, obtempera que apesar de guardadas todas as conquistas da fase instrumentalista, a ciência do processo avançou, rompendo tais limites.

Segundo o doutrinador baiano, estar-se-ia vivendo, em verdade, a fase do *neoprocessualismo*.

Fala-se, então, em Neoprocessualismo: o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico. Já há significativa bibliografia nacional que adota essa linha. O termo Neoprocessualismo tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao Neoconstitucionalismo. [...] também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos desse estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a revisão das categorias processuais (cuja definição é arca do processualismo do século XIX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo *neo*.

O autor Fredie Didier (2012, p.30) cita ainda recente estudo liderado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que cunhou a nomenclatura da aludida atual fase metodológica do Processo Civil como *formalismo-valorativo*.

Assim, o momento vivido seria de destaque máximo aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais e na construção do atual processo civil.

Dito isso, é indubitável que em dias atuais, independentemente da nomenclatura que se impute, as técnicas processuais são, sobretudo, instrumentos de efetivação dos direitos e fundamentos insculpidos na Constituição Federal, vértice máximo do ordenamento jurídico pátrio.

Vale lembrar que a técnica antecipatória é instrumento processual essencial à efetivação dos direitos materiais previstos na lei e discutidos em juízo e que, portanto, a sua concessão, em sede liminar ou em outro momento processual, não pode ser obstaculizada por um olhar obtuso do julgador.

Depreende-se, portanto, que as normas que estabelecem a medida ora estudada, assim como as demais regras processuais, devem ser sempre interpretadas sistematicamente à luz da Constituição Federal, sempre buscando, sobretudo, realizar os escopos sociais e finalísticos desta.

### 2.1.1 Sistema normativo: a necessária distinção entre regras e princípios.

Segundo o escólio do constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho (2002, p.1125), a Constituição é um sistema normativo aberto, o qual se compõe de regras e princípios. Sendo assim, é imprescindível à Carta Magna a coexistência das duas espécies normativas para que alcance seu desiderato de comando.

Ora, um ordenamento jurídico composto apenas de regras não representaria a contento a sociedade plural e aberta a qual busca tutelar. Se assim fosse, precisaríamos de compêndios ainda mais analíticos de regras, as quais abarcassem todas e quaisquer situações prováveis e possíveis de ocorrerem no plano fático. De outra banda, caso o sistema se alicerçasse unicamente nos princípios, ter-se-ia uma patente insegurança jurídica. (NOVELINO, 2012, p.119).

Assim, é de fundamental importância delinear a distinção entre regras e princípios para a adequada análise do sistema jurídico pátrio e a interpretação das normas infraconstitucionais à luz da Constituição.

Nesse passo, tem-se que a norma jurídica classifica-se como gênero, o qual tem como espécies as regras e os princípios. Nas palavras de Robert Alexy (2002, p.83): “*Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser*”.

Vale lembrar que os estudos de Ronald Dworkin e de Robert Alexy foram divisores de água no que toca à construção dos conceitos e das estruturas das regras e dos princípios.

As distinções feitas por Dworkin (RODRIGUES, 2005, p.19) levam em consideração o caráter lógico da estrutura dos conceitos. Segundo o autor, as regras são aplicadas de forma disjuntiva, no modo ou *tudo ou nada*, enquanto que os princípios presumem uma dimensão de peso. Assim, nota-se que quando diante de um conflito de regras, uma será válida e a outra não. Já quando houver princípios em rota de colisão, ambos possuirão a mesma hierarquia e, portanto, haverá a prevalência de um sobre o outro, dependendo do valor imputado a cada no caso concreto.

Para o autor inglês, os princípios denotam exigências da sociedade por justiça, equidade e moral (DWORKIN, p.34, 2010).

Assim, os critérios utilizados por Dworkin para estabelecer as distinções supracitadas não consistem em análise de grau, mas sim no que toca à estrutura lógica das

referidas normas. Logo, tem-se que o pensador inglês baseou-se no modo de aplicação e no relacionamento normativo entre as duas espécies normativas (ÁVILA, 2010, p.37).

Marcelo Novelino (2012, p.125) sublinha que para Ronald Dworkin, “*enquanto as regras impõem resultados, os princípios atuam na orientação do sentido de uma decisão.*” Por isso, o constitucionalista considera que: “*Quando se chega a um resultado contrário ao do apontado pela regra é porque ela foi mudada ou abandonada; já os princípios, ainda que não prevaleçam, sobrevivem intactos*”.

Robert Alexy, parte das premissas de Dworkin, e aprofunda ainda mais as linhas divergentes dos conceitos ora estudados.

Para Alexy, os princípios são mandamentos de otimização. Logo, concedem razões aos juízos concretos de dever ser. Segundo o autor, os princípios são normas com alto grau de generalidade, enquanto as normas são mais específicas. Para ilustrar, lança como exemplo a liberdade religiosa, princípio com alta carga de generalidade (ALEXY, p.84,2002).

A propósito, os princípios só tem o condão de se concretizar com a sua aplicação no caso concreto, conforme as regras de colisão. Nesse passo, Alexy critica o pensamento dworkiniano no sentido de que a distinção não pode, jamais, ser baseada nos critérios de tudo ou nada. Ora, para o autor sempre que houver a tensão entre dois princípios, o julgador deverá resolver o conflito por meio da ponderação dos princípios em rota de colisão, sendo assim, surgirá a regra de prevalência, segundo a qual o princípio também será aplicado com base no modo *ou tudo ou nada* (ÁVILA, 2010, p.37).

Estabelecidos tais parâmetros, há que se lembrar, que, no ordenamento jurídico contemporâneo, cabe aos princípios revelarem os valores e os critérios que devem orientar a aplicação e a atuação das regras diante das peculiaridades do caso concreto (MARINONI, 2011, p.49).

Assim, enquanto as regras se esgotam em si mesmas, os princípios representam o fundamento normativo para que o legislativo produza as regras e para que o julgador tome as decisões.

Não é demais repisar que a análise dos princípios sempre é feita em referência às peculiaridades do caso concreto, sendo assim, lhe é imputado determinado valor, ou peso, por meio do qual será possível compará-lo ao outro princípio que se encontra em colisão.

Há que se lembrar ainda que os princípios são razões *prima facie*, pois podem ser afastados por argumentos opostos de outro princípio colidente, já as regras são insculpidas por razões definitivas, caso não tenha previstas alguma exceção.

Os princípios compõem o alicerce do sistema jurídico, sendo, portanto, mandamentos de caráter geral que se espraiam pelas regras e lhe dão supedâneo. Trata-se do núcleo essencial do ordenamento jurídico e são, em parte, responsáveis por dar à Constituição seu caráter aberto, uma vez, que torna possível que esta acompanhe as mudanças vividas pela sociedade.

## **2.2 Técnica processual e tutela de direitos: a ínsita circularidade entre o direito material e o processo civil moderno.**

Como já se viu, há não muito tempo, em outra fase da dogmática processual, o direito material e o processo civil eram vistos de modo apartados, com uma nítida demarcação entre tais ramos do direito. Foi o período em que se buscou incessantemente a autonomia destes.

À luz desse pensamento, o processo era tido como mero procedimento, sendo despiciendo que se adequasse às necessidades do direito material. Assim, não se dava ao processo a devida importância para a efetiva realização do direito substantivo, pelo que não havia qualquer relação entre efetividade e técnica processual.

Todavia, na contemporaneidade, sob a égide do Estado Constitucional, não é possível que o processo cumpra seu papel de instrumento da prestação da tutela jurisdicional se for desenvolvido à revelia do direito material. Sendo assim, é indubitável que há a patente necessidade de adequação do conjunto de técnicas processuais ao direito material.

Nesse sentido, *“a ideia de adequação do processo ao direito material exige, em um primeiro momento, que o processo seja visto como técnica processual destinada à efetividade dos direitos, para depois se compreender que o processo como técnica indiferente ao direito material é algo inservível”* (MARINONI, 2008, p.21).

Com isso, depreende-se que a limitação da atuação do magistrado tendo como instrumento um processo civil escravizado à legislação pode obstaculizar o efetivo alcance das necessidades da sociedade e dos escopos previstos na Constituição.

Note-se que atualmente há a integração entre processo e direito material, de modo que as necessidades daquele devem proporcionar a máxima efetividade deste. Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2008, p.22):

Para que tal raciocínio possa ser empreendido, é fundamental conhecer as necessidades do direito material, que nada mais são do que os resultados jurídicos substanciais que o processo deve proporcionar para que os direitos sejam efetivamente protegidos. Tais resultados constituem as chamadas “tutela dos direitos”.

Fredie Didier (2012, p.25) destaca que *“a separação que se faz entre ‘direito’ e ‘processo’, importante do ponto de vista didático e científico, não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob tutela”*.

É patente, portanto, que ao ingressar em juízo o autor está exercendo a sua pretensão à tutela jurisdicional do direito. Ou seja, só há que se falar em existência, de fato, de um direito material, quando este, proclamado pela norma, encontra no processo civil o instrumento adequado para a sua concretização (MARINONI, 2011, p.27).

Com efeito, para ilustrar, Fredie Didier Jr lança mão da seguinte comparação:

Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementariedade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como *valor* que deve presidir a criação, a interpretação e aplicação das regras processuais.

Assim, não há como analisar o processo apartado de seu viés teleológico, por meio do qual traz em seu vértice a necessidade patente de a técnica processual buscar concretizar os direitos substanciais tutelados pelo Estado.

Segundo Mitidiero (2014, p.57) *“direito e processo interagem para a promoção da segurança jurídica e, portanto, para a realização do império do direito, sem o qual o Estado Constitucional não passa de ilusória e desastrosa convicção”*. Para Hermes Zaneti Júnior (2014, p.203/234.), essa relação tem a circularidade como seu elemento ínsito.

Assim, ter um direito é ter uma posição juridicamente tutelável, pelo que o processo deve ter o condão de proporcionar àquele que o possui a estrutura necessária para extrair do Estado a tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2011, p.30) preleciona que *“em uma perspectiva mais rente ao direito material, é possível equiparar a ‘tutela’ a um ‘bem da vida’, uma vez que o jurisdicionado procura o Poder Judiciário para obter um ‘bem jurídico’ ou a ‘tutela’ do direito que afirma possuir”*.

Quando se fala em tutela jurisdicional deve se fazer uma ligação direta com o direito de ação, e não apenas com as ações que culminarem na procedência do pedido. Nesse

sentido, a tutela jurisdicional deve ser analisada sob a perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais, ou seja, passa-se a se preocupar com o verdadeiro resultado substancial proporcionado pelo processo (MARINONI, 2011, p.30).

Assim, a autonomia da ciência do processo não se confunde com sua neutralidade. Do contrário, o processo civil deve estar aberto a conceder a máxima efetividade ao direito substancial, para tanto deve se adequar as necessidades do caso concreto.

Com efeito, *“a técnica processual só tem validade quando atua a fim de preencher as necessidades do direito material, ou seja, das várias tutelas do direito. Assim, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva deve ser visto como elo entre o direito material e o processo”* (MARINONI, 2011, p.30).

Desse modo, tal ligação entre a técnica processual e o direito material é também, de fato, um elemento de legitimação. Não há dúvidas de que a existência de uma técnica processual adequada legitima o direito material tutelado pelo Estado, assim como a recíproca é verdadeira.

Nesse sentido, Daniel Mitidiero (2014, p. 59) afirma que *“no Estado Constitucional, importa antes de qualquer coisa, o ângulo teleológico do assunto”*. Desse modo, segundo ele, *“o direito de ação ganha novo significado – o foco é deslocado do conceito para o resultado propiciado pelo seu exercício. Vale dizer: a ação passa ser teorizada como meio de prestação da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva aos direitos”*.

Destarte, é nesse passo que para cada situação juridicamente tutelável deve existir uma técnica processual adequada a sua verdadeira necessidade. Recai ao legislador criar técnicas processuais hábeis a retirar do mundo das ideias o direito tutelado e trazer para o mundo dos fatos, bem como cabe ao operador do direito, a análise de qual técnica processual é hábil a efetivar a contento o direito material vindicado no caso concreto.

Considerando a relação de circularidade entre o direito material e o processo civil, tem-se que as técnicas processuais estão imbricadas ao plano material pelo *nexo de finalidade*, que une a técnica ao direito substantivo (ZANETI JR, 2005, p.192).

Sendo assim, é cediço que as técnicas processuais devem responder às necessidades do direito material, ou seja, primeiramente, devem perquirir sobre qual a instrumentalização necessária para retirar o direito da teoria e concretizá-lo na prática.

Nesse passo, tem-se que a necessidade premente da sociedade moderna é tornar a tutela jurisdicional mais efetiva, tempestiva e adequada. Assim, o legislador busca

reiteradamente criar técnicas processuais que respondam a esse clamor, dentre elas, a técnica antecipatória, ou Tutela Antecipada.

Nesse sentido, a tutela antecipatória, expressamente prevista no Código de Processo Civil (art.273), é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. (MARINONI, 2011, p.29)

Sendo assim, a relação entre o direito material e o direito processual deve ser circular, na qual existe, em verdade, *mutatis mutandis*, uma simbiose entre ambos os ramos do direito, por meio da qual a técnica processual retira do direito material o valor necessário para a sua atuação, assim como o direito material tem o processo como seu instrumento de realização. No que pese as suas autonomias científicas, não há como pensá-los apartados, já que a relação é de meio e fim.

Desse modo, faz-se imperioso entender que a técnica antecipatória é um dos instrumentos adequados à concretização do direito material ao Acesso à Justiça. É o que se abordará doravante.

### **2.3 Acesso à Justiça: efetividade e distribuição do ônus do tempo.**

Vale lembrar que o direito de ação não mais consiste em apenas proporcionar ao jurisdicionado o ingresso em juízo. O seu sentido atual é muito mais amplo. Nas acertadas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

O direito de ação não é simplesmente o direito à resolução do mérito ou a uma sentença sobre o mérito. O direito de ação é o direito à efetiva e real viabilidade da obtenção da tutela do direito material. É óbvio que o direito de ação tem como corolário o direito de influir sobre o convencimento do juiz e, assim, o direito às alegações e à prova. Isto, porém, é praticamente inquestionável em sede doutrinária e jurisprudencial, não exigindo maior atenção. O que realmente importa destacar é a circunstância de que, se as tutelas prometidas pelo direito substancial têm diversas formas, a ação, para poder permitir a efetiva obtenção de cada uma delas, terá que se correlacionar com técnicas processuais adequadas às diferentes situações substanciais carentes de proteção jurisdicional. É por isto que o direito de ação exige a estruturação de técnicas processuais idôneas, aí incluídas a técnica antecipatória, as sentenças e os meios executivos. (MARINONI, 2011, p 12)

É com esse objetivo de estruturar técnicas apropriadas para realizar o direito material e proporcionar o amplo acesso à jurisdição, que o legislador criou a técnica antecipatória.

Portanto, note-se que a tutela antecipada nasceu como instrumento hábil a responder às necessidades sociais, que buscam, sobretudo, a tutela jurisdicional tempestiva de seus direitos. A técnica surge exatamente quando os processualistas modernos se dão conta de que a Justiça Civil está cada vez mais elitista e apartada da sociedade e que a morosidade de exercício da tutela jurisdicional enseja, em verdade, o trancamento das portas do Judiciário, gerando, até mesmo, a deslegitimação do Poder Público (MARINONI, 2011, p.21)

É nesse sentido que Daniel Mitidiero (2014, p.56) entende que o desenvolvimento conceitual da Tutela Antecipada não deve ser visto apenas em seu microcosmo de tutelas de urgência. Deve, pois, ser a manifestação do direito fundamental à tutela adequada e efetiva – que é derivado diretamente do conceito de processo justo.

Insta destacar que a técnica antecipatória pode ser utilizada tanto para salvaguardar a parte do efeito dilapidador do tempo, como para evitar o abuso do direito de defesa daquele que provavelmente não tem razão. No primeiro caso, trata-se de tutela de urgência, já no segundo, de tutela de evidência. Contudo, em ambas as situações o escopo precípuo do legislador, ao prever a aludida técnica, é o de equacionar o ônus do tempo no processo.

Assim, *“diante da urgência, a técnica antecipatória pode viabilizar a conservação do direito para realização eventual e futura ou a fruição imediata do direito alegado em juízo. Em face da evidência, a técnica antecipatória permite a fruição imediata do direito da parte”* (MITIDIERO, 2014, p. 63).

O Ministro Luiz Fux (2014, p. 614) assevera que *“a tutela de evidência, assim como a tutela antecipada e a tutela cautelar, são baseadas na urgência, já que o processo ordinário com sua lentidão gerará um atraso na satisfação da pretensão”*. Segundo o ministro, o dano gerado ao direito evidente da parte é a espera injusta pela tutela jurisdicional definitiva. Ou seja, mesmo quando se trata de tutela de evidência há perigo de dano engendrado pelo dilatar excessivo do tempo.

Marinoni (2011, p. 22), como um dos responsáveis pelo advento do instituto, adverte que a *“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”*.

É nesse contexto que Daniel Mitidiero (2014, p.53) afirma que:

A técnica antecipatória tem por função distribuir de forma isonômica o ônus do tempo do processo. Essa distribuição pode ocorrer tanto em face da alegação de urgência – leia-se, de perigo de dano- como em face da necessidade de outorgar o devido valor à evidência do direito posto em juízo. É por essa razão, que não é possível afirmar que “tutelas cautelar e antecipatória compartilham do mesmo gênero, gênero esse destinado à prevenção do dano ao provável direito da parte” e que ambas as espécies pode ingressar no gênero “tutelas de urgência” ou “processo de urgência”. Percebe-se que não se trata de um simples problema terminológico: quando se fala em tutela de urgência como gênero no qual se inserem as espécies tutela satisfativa sumária e tutela cautelar acentua-se a suposta finalidade comum- a urgência. Esse elemento, contudo, não está presente na tutela satisfativa sumária fundada na evidência, de modo que não é possível a partir dele sistematizar o fenômeno em sua inteireza. [...] Daí a razão pela qual nos parece apropriado trabalhar o tema focalizando-o a partir da técnica antecipatória e de sua *finalidade comum* de equacionamento do ônus do tempo no processo.

Com efeito, as técnicas processuais devem ser vistas, sobretudo, por uma ótica constitucionalizada de tutela dos direitos. Desse modo, o estudo do processo preocupa-se em outorgar-lhe função de adequada e efetiva proteção aos direitos abstratamente concebidos. Não há que se analisar a ciência do processo por um viés puramente processual, nem tampouco ter o direito apenas como ideais consolidados por proclamações abstratas.

Desse modo, Marinoni (2011, p.23) destaca que “*o processo não deve prejudicar o autor que tem razão, a doutrina jamais compreendeu, porque não quis enxergar o que se passava na realidade da vida, que o tempo do processo não é um ônus do autor*”.

Com efeito, lançar mão da tutela antecipada é retirar do réu uma de suas grandes vantagens em detrimento do autor, qual seja a demora do processo. Ora, é indubitável que o autor não pode aguardar a lentidão da Justiça sem que recaia sobre si grandes prejuízos. O tão só fato de o processo exceder a duração razoável a proporcionar-lhe segurança jurídica já é suficiente para imputar ao autor que tem razão grande dano (MARINONI, 2011, p.48).

É nesse contexto que a parte deve requerer a aplicação da técnica antecipatória, a fim de eliminar um mal que teima em se instalar na atuação jurisdicional do Estado.

Luiz Guilherme Marinoni (2011, p.48) adverte que:

Não há razão para a timidez no uso da técnica antecipatória. É necessário que o magistrado compreenda que não pode haver efetividade, em muitas hipóteses, sem risco. A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal.

Nesse aspecto, deve-se pressupor que toda demanda contenciosa sempre tutelar um conflito entre um demandante e um demandado. Aquele busca a satisfação de sua

pretensão resistida por este. Assim, em verdade, a técnica antecipatória busca distribuir de forma equânime o ônus do tempo no processo, conforme as peculiaridades e as necessidades do caso submetido à jurisdição, pelo que deve prevalecer o direito mais provável, em detrimento do improvável.

Com efeito, observados os objetivos da tutela sumária, o que importa para a técnica processual antecipatória é exclusivamente instrumentalizar o equilíbrio entre as partes, de acordo com a posição processual destas em relação ao direito material.

*“A tutela sumária serve à prestação de tutela adequada e efetiva aos direitos. Ela não se esgota no fenômeno da urgência. A técnica antecipatória serve para adequar o processo às especificidades do direito material alegado em juízo, a fim de que o processo seja capaz de promover a efetividade da tutela jurisdicional”* (MITIDIERO, 2014, p.55).

Assim, a técnica antecipatória surge para neutralizar os males do tempo tanto em relação à tutela cautelar como em relação a tutela satisfativa.

José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p.115) lembra que *“o tempo decorrido entre o pedido e a concessão da tutela satisfativa, em qualquer de suas modalidades, pode não ser compatível com a urgência de determinadas situações, que requerem soluções imediatas, sem o que ficará comprometida a satisfação do direito”*.

Luiz Guilherme Marinoni (2004, p.1), em brilhante apontamento, preleciona que:

A rigor, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. É imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que se realize o devido processo legal e todos os seus consectários em sua plenitude, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É garantia de segurança jurídica. Bem pensadas as coisas, o processo “demorado” é uma conquista da sociedade: os “poderosos” de antanho poderiam decidir *imediatamente*. Como bem pontua Athos Gusmão Carneiro, a “própria palavra processo (sw ‘procedere’= seguir avante) traz insíta que o tempo é um dos elementos inafastáveis à atividade processual”. Assim, deve ser lida como temperamentos a assertiva de que o tempo é inimigo, quando se trata de processo jurisdicional. Trata-se, e verdade, de um grande aliado. O que atormenta o processualista contemporâneo, contudo, é a demora irrazoável, o abuso do tempo. Um processo demasiado lento coloca em risco a efetividade da tutela jurisdicional. Essa seria a função constitucional das tutelas cautelar e antecipada: a harmonização de tais direitos fundamentais (segurança e efetividade) em tensão.

Luigi Ferrajoli (*apud* MAIA, 2014, p.24), em seu conceito de *atuabilidade*, defende que é necessário efetivar os direitos existentes, exatamente por ser essa efetividade a condição para o reconhecimento de sua existência. Ora, de nada adianta a criação dos direitos limitados à teoria, sem que haja mecanismos para, de fato, realiza-los.

Assim, satisfazer um direito é, em verdade, o escopo precípua de quem ajuíza uma ação. Desse modo, a satisfação do direito é a sua realização concreta. Não há que se falar

em concretização do direito apenas quando da cristalização da coisa julgada material. O que importa ao autor que tem razão é ter os efeitos práticos do direito afirmado.

Segundo o escólio de Daniel Mitidiero (2014, p.57):

Satisfazer um direito não é declará-lo definitivamente existente. Apenas quem parte de uma compreensão puramente processual das relações entre direito e processo pode supor que o direito à satisfação do direito equivale à formação da coisa julgada. Quem consegue ver o processo sob um ângulo de visão externo – ligado à tutela do direito e não simplesmente às abstratas categorias processuais – percebe facilmente que semelhante compreensão do tema não passa de uma visão eclipsada da realidade.

Assim, o autor afirma que “*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*”.

Desse modo, é indubitável que o direito à técnica antecipatória exsurge diretamente da Constituição, sendo, portanto, corolário lógico do direito fundamental ao Acesso à Justiça.

Contudo, há que se destacar que falar em tutela antecipada é, evidentemente, tocar na tensão criada, e ponderada pelo legislador, entre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e o direito fundamental à segurança jurídica (direito ao contraditório, ampla defesa e cognição exauriente dos elementos da ação).

Sendo assim, é imperioso analisar a alteração do artigo 273 e do art.461, §3º do CPC de modo a entender quais os elementos considerados pelo legislador para concluir pela prevalência da efetividade e diferir o contraditório e a ampla defesa, generalizando a técnica antecipatória como corolário do acesso à justiça, proporcionado pela distribuição do ônus do tempo no processo.

#### **2.4 A harmonização da tensão entre o direito a efetividade da jurisdição e o direito a segurança jurídica no que toca à técnica antecipatória.**

A Reforma do Código de Processo Civil, pela Lei 8.952/94, alterou o artigo 273 e o art. 461, § 3º. Com isso, concedeu-se ao julgador, no sistema jurídico brasileiro, o *poder geral de antecipação*. Segundo Fredie Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira (2012, p.475), tal poder é “*aquele conferido ao órgão jurisdicional para que conceda medidas provisórias e*

*sumárias que antecipem a satisfação do direito afirmado, quando preenchidos os respectivos pressupostos legais*”. Trata-se, portanto, da generalização, por meio de normas infraconstitucionais, da tutela antecipada satisfativa no ordenamento jurídico pátrio.

O poder geral de antecipação supera os limites da lei ordinária e tem seu alicerce maior na própria Constituição. Logo, a técnica antecipatória, sob o viés constitucional, representa a harmonização e a concretização de direitos fundamentais que se colocam em rota de colisão. Sendo assim, a sua legitimidade não decorre apenas do Código de Ritos, mas sim, e, sobretudo, do sistema constitucional organicamente considerado (ZAVASCKI, 2007, p.62).

É cediço que a Constituição estabeleceu em seu artigo 5º um conjunto de direitos e garantias fundamentais que, abstratamente considerados, convivem em harmonia e guardam entre si total compatibilidade. Contudo, na prática nem sempre é assim. É indubitável que os princípios fundamentais do sistema jurídico devem, no limite máximo de possibilidade fática, serem cumpridos.

Por isso, há que se falar que em alguns casos concretos, as peculiaridades destes impedem a aplicação simultânea de princípios fundamentais constitucionais. Para ilustrar, lembre-se dos constantes conflitos entre o direito à intimidade privada e o direito a liberdade de informação. Há ainda situações em que estão em rota de colisão o direito fundamental à vida e o direito à liberdade religiosa.

Note-se que quanto à tutela antecipada, o direito do autor à efetividade da jurisdição esbarra no direito do réu ao contraditório e a ampla defesa, bem como à cognição exauriente, por meio da qual o magistrado julgará a lide com arrimo no juízo de certeza.

Sendo assim, é necessário que se harmonize a atuação de tais princípios, uma vez que, conforme já visto, estes jamais se anulam, já que o conflito entre eles é de caráter axiológico, pelo que se deve imputar-lhes pesos/valores diversos. Desse modo, a harmonização entre direitos fundamentais pode se dar por duas vias, quais sejam a legislativa e a atuação judicial.

O doutrinador Teori Albino Zavascki (2007, p.64) preleciona tal posicionamento:

A concordância prática entre direitos fundamentais eventualmente tensionados entre si é obtida mediante regras de conformação oriundas de duas fontes produtoras: há a regra criada pela via da legislação e há a regra criada pela via judicial direta, no julgamento dos casos específicos em conflito. A primeira (solução pela via legislativa) pode ocorrer sempre que forem previsíveis os fenômenos de tensão e de conflito, sempre que for possível intuí-los, à vista do que comumente ocorre no mundo dos fatos. Quanto à construção da regra pela ordem judicial direta, ela se tornará necessária em duas hipóteses: ou quando inexistir regra legislada de solução, ou quando esta (construída que foi a base de mera intuição) se mostrar insuficiente

ou inadequada à solução do conflito concretizado, que não raro se apresenta com características diferentes das que foram imaginadas pelo legislador.

Nesse passo, para que seja legítima a atuação do juiz ou do legislador é necessário que se leve em consideração três aspectos fundamentais. Primeiramente, a regra que restringir determinado direito fundamental em face de outro de maior peso só terá respaldo jurídico se for realmente *necessária*, ou seja, é imprescindível que o conflito seja real, sendo impossível existir outra forma de solução que não passe pelo privilégio de um direito em detrimento de outro. Segundo, não se admite *excessos*, pelo que a restrição deve se dar no restrito limite de sua necessidade. E por fim, deve-se manter incólume o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais em colisão, não sendo, jamais admitida a real eliminação de um princípio (MARINONI, 2011, p.48).

No caso em apreço, a técnica antecipatória busca harmonizar a tensão existente entre duas garantias fundamentais dos litigantes, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e o direito fundamental à segurança jurídica, que são corolários lógicos de um devido processo legal.

O inciso LIV, insculpido no artigo 5º da Constituição Federal, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. É cediço que o termo devido processo legal é oriundo da expressão inglesa “*due processo of law*”, e significa dizer que o processo, como método de exercício do poder normativo, deve estar em consonância com o sistema orgânico do Direito.

Note-se que a Constituição brasileira estabelece o princípio do devido processo legal por meio de uma cláusula geral – espécie de texto normativo vago, em que a hipótese fática é indeterminada e o efeito jurídico também o é. Sabe-se que o princípio em questão busca evitar o uso arbitrário do poder, revestindo-se, portanto, de um caráter garantidor dos interesses dos litigantes. (DIDIER, 2012, p.46).

Sendo assim, o direito fundamental ao devido processo legal tem um conteúdo complexo, já que traz a reboque muitos outros princípios e direitos fundamentais que caracterizam o processo como devido, justo, adequado e efetivo. Assim, segundo Humberto Ávila (2010, p.32) o aludido princípio tem a função de criar um terreno fértil à promoção do ideal de protetividade. Logo, do devido processo legal derivam tantas outras garantias fundamentais processuais.

Nas palavras de Fredie Didier (2012, p.49): “*Além de público, paritário, tempestivo, etc., adjetivos que correspondem às normas constitucionais expressamente consagradas, o processo para ser devido, há de ter outros atributos. Um processo para ser*

*devido, precisa ser adequado, justo e efetivo*”. Tem-se, portanto, que o princípio do contraditório e da ampla defesa, da boa-fé processual, da adequação, da efetividade, da duração razoável, entre outros, são todos corolários do princípio central do devido processo legal.

Do feixe de direitos fundamentais exurgidos do Devido Processo Legal, o direito à segurança jurídica e o direito à tutela jurisdicional efetiva são os que mais importam ao objeto do presente estudo. Com isso, passa-se a analisá-los de modo pontual.

No que tange ao direito à efetividade da jurisdição, vale lembrar que nos dias atuais a missão do processo civil é dar efetividade ao direito tutelado pelo Estado com toda a eficiência que se espera da atuação judicial.

Note-se que ao vedar a resolução dos conflitos pelos próprios cidadãos na esfera privada (autotutela) o Estado atraiu para si a obrigação de resolver de forma efetiva aqueles imbrólios que são levados ao seu conhecimento.

Se o Estado proibiu a autotutela privada é correto afirmar que está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses. Nessa perspectiva, então, deve surgir a resposta intuitiva de que a inexistência de tutela adequada a determinada situação conflitiva significa a própria negação da tutela a que o Estado se obrigou no momento em que chamou a si o monopólio da jurisdição, já que o processo nada mais é do que a contraprestação que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela (MARINONI, 2011, p. 58).

Nesse passo, ressalte-se que o jurisdicionado não deve ter apenas o direito a uma resposta qualquer do Estado, mas sim a uma resposta adequada e efetiva para realizar o direito material que lhe assiste.

Luiz Fux (2014, p.11), ministro do Supremo Tribunal Federal, destacou que “*no horizonte, delineia-se de forma cada vez mais nítida um processo servil às aspirações democráticas dos brasileiros, capaz de prestar a cada cidadão lesado em seus direitos a resposta célere e eficaz do aparato jurisdicional do Estado*”.

Tem-se, portanto, que ao indivíduo que foi impedido de resolver os problemas por meio da autotutela, é devida a atuação do Estado no sentido de proporcionar uma jurisdição adequada e expedita. Ou seja, a obrigação imposta ao cidadão de se submeter ao Poder Judiciário para resolver suas contendas não pode representar, por si só, um castigo. Segundo Zavascki (2007, p.66), deve-se, a todo custo, evitar as famigeradas vitórias de Pirro, em que o deslinde final da lide representaria ao vencedor o final de um grande sofrimento percorrido.

É nesse contexto que o instituto da Antecipação dos Efeitos da Tutela é corolário lógico do direito à tutela jurisdicional adequada.

Assim, é indubitável que técnicas de antecipação do provimento final, arrimadas em juízo de quase certeza e fundado receio de dano irreparável, ou mesmo por evidência do direito tutelado, são umas das formas de se garantir a concretização do acesso à justiça.

José Roberto dos Santos Bedaque (2006 p. 116) foi categórico ao asseverar que “*a grande luta do processualista moderno é contra o tempo*”. Assim, é fato que a dilação exacerbada desta grandeza gera, por vezes, o perdimento do bem da vida tutelado. Diante disso, ponderou-se a necessidade de criar mecanismos para mitigar a ação nefasta do tempo nos direitos submetidos ao juízo.

Com efeito, Luiz Guilherme Marinoni (2011, p.60), com propriedade no assunto, pondera que:

A morosidade não só significa um peso muito grande para o litigante, como também inibe o acesso à justiça. A lentidão leva o cidadão a desacreditar no Poder Judiciário, o que é altamente nocivo aos fins de pacificação social da jurisdição, podendo até mesmo conduzir à deslegitimação do poder. Portanto, é tarefa da dogmática – preocupada com a construção do processo justo e isonômico – pensar em técnicas que justifique racionalmente a distribuição do tempo do processo.

Sobre esse ponto, Fernanda Tomazoni (2007, p 27) destaca que quando se trata da técnica antecipatória é patente a existência de tensão entre direitos fundamentais envolvidos. Assim, note-se que há um embate entre o direito à efetividade do processo, que se consubstancia no amplo acesso à justiça, o qual vai de encontro à segurança jurídica (cognição plena e exauriente antes da condenação). Segundo a autora, o que ocorre, é que, por vezes, esse segundo direito é sacrificado quando se verificam os requisitos autorizativos da técnica antecipatória.

Contudo, essa antinomia gerada entre a o princípio da efetividade e o da segurança jurídica é apenas aparente. A efetividade do direito, alcançada por uma aceleração no tempo do processo, em verdade, enseja o preponderância da efetividade e a postecipação da defesa. Considerando que a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação para o autor pode ensejar a ineficácia total de sua pretensão material, o legislador optou, ponderando os bens jurídico em aparente conflito, pelo diferimento da defesa. Vale repisar, que não há a aniquilação da segurança jurídica, o momento processual para a defesa e o contraditório do réu é apenas diferido.

### **3 ASPECTOS ESTRUTURAIS DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA E O PRESSUPOSTO DE REVERSIBILIDADE DA MEDIDA.**

Realizada uma abordagem conceitual acerca da antecipação dos efeitos da tutela, foi possível conhecer, mesmo que pontualmente, parte de seus aspectos teóricos, históricos e teleológicos. Desse modo, constatou-se que a medida surge, a partir da ponderação legislativa de interesses, em face da necessidade de se conferir ao processo menos morosidade e mais efetividade, o que é um o pilar de sustentação da técnica estudada.

Assim, nesse momento, faz-se fundamental analisar também o aspecto estrutural do instituto ora estudado, o qual tem o escopo contribuir para tornar o processo mais justo, tempestivo e efetivo.

Nesse sentido, é imprescindível perquirir de que forma o magistrado conhece e valora as provas e os fatos trazidos a juízo quando a parte lança mão da técnica antecipatória, para realizar e efetivar direitos. É necessário também que nos debruçemos sobre o tipo de procedimento empregado, a fim de delimitarmos quem tem legitimidade para a sua obtenção e qual a extensão da cognição exercida pelo juiz.

Para que seja possível entender os fundamentos do instituto jurídico estudado, deve-se analisar minuciosamente a dogmática do artigo 273 que o instituiu, e está insculpido no Código de Processo Civil, a fim de delimitar o seu alcance e seus pressupostos.

#### **3.1 Técnica processual X Tutela Jurisdicional: breve distinção entre Tutela Antecipada e tutela Cautelar.**

A técnica antecipatória propicia ao magistrado a possibilidade de proferir decisões que estabelecem provimentos provisórios, alcançados por meio de cognição sumária, com o fito de atingir a finalidade buscada pela parte ao propor a ação, que pode ser tanto a realização, como o asseguramento de um direito (DIDIER *et al*, 2012, p. 456)

Ou seja, não é demais repisar que a técnica antecipatória é um meio para atingir a um fim maior – satisfazer de forma antecipada os direitos materiais do autor. Enquanto isso, a tutela sumária é o resultado da atuação da técnica empregada.

Desse modo, há que se lembrar que tutela e técnica estão em planos distintos: a primeira é resultado, a segunda é meio para a sua obtenção.

Como técnica processual, a técnica antecipatória só poder ser bem compreendida na perspectiva da tutela dos direitos. É um *prius* absolutamente indispensável o conceito de tutela de direito na teorização da técnica antecipatória – pelo menos se quisermos que o processo seja realmente idôneo para a realização do direito material. (MITIDIERO, 2014, p.52)

É nesse contexto que se faz indispensável superar essa confusão entre tutela cautelar e técnica antecipatória. Como já dito: estas fazem parte de planos distintos!

Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira (2012, p.458) afirmam que muitos confundem a tutela antecipada (provisória) com a tutela cautelar (definitiva). *“Possuem pontos em comum, é verdade, mas não deixam de ser substancialmente distintas. Rigorosamente, possuem naturezas jurídicas distintas, uma, a tutela antecipada, é uma técnica processual; a outra é uma espécie de tutela jurisdicional [...]”*.

Com efeito, a tutela antecipada é um instrumento para que se alcance a satisfação do direito de forma prematura, ou seja, é meio pelo qual é possível obter o fim esperado – a tutela do direito-. Já a cautelar é o próprio resultado prático que se pode alcançar pelo processo (DIDIER *et al*, 2014, p.468).

Note-se que tutela cautelar e tutela satisfativa são tipos de tutelas jurisdicionais de direito. Segundo Mitidiero (2014, p.57) *“a tutela cautelar é tão definitiva, quanto a tutela satisfativa”*. Assim, note-se que, se configurados os requisitos autorizativos da técnica antecipatória, ambas as referidas tutelas podem ter os seus provimentos finais antecipados.

Segundo Fredie Didier (2012, p.461), a tutela definitiva *“é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados cristalizados pela coisa julgada material e prestígia, sobretudo, a segurança jurídica”*.

A tutela cautelar, segundo o autor, apesar de ser temporária, é definitiva, uma vez que consubstanciada em cognição exauriente de seu objeto e apta a se tornar imutável. Temporários são apenas os seus resultados práticos.

Um dos principais traços distintivos da tutela antecipada e da tutela cautelar é no que toca à função. A técnica antecipatória visa proporcionar à satisfação imediata integral ou parcial do pedido, enquanto a cautelar tem caráter assecuratório assegurando a eficácia da tutela definitiva satisfativa. (DIDIER *et al*, 2012, p.471).

A tutela cautelar, como já dito, trata do direito material e, portanto, cuida-se de tutela jurisdicional deste. Já a tutela antecipada é técnica processual hábil a efetivar o acesso à

jurisdição justa e efetiva porque proporciona àquele que demonstra ter direito a fruição deste de forma prematura, sem que se precise aguardar indefinidamente por uma tutela definitiva.

Note-se que, apesar de semelhantes, os requisitos autorizativos da concessão da medida não são os mesmos. A tutela antecipada tem caráter satisfativo e não assecuratório, pois, busca antecipar os efeitos fáticos do provimento final.

Enquanto a cautelar faz referência ao direito que constará em um processo principal, a técnica antecipatória possibilita a análise superficial do pedido final dentro dos autos do mesmo processo.

Vale destacar que, segundo Fredie Didier, *et al* (2012, p.462), “a tutela jurisdicional oferecida pelo estado-juiz pode ser definitiva ou provisória. A definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal”.

Note-se que, segundo o doutrinador baiano, a tutela definitiva pode ser satisfativa ou não. Se o provimento final satisfizer por completo o direito do autor e não servir de instrumento para a efetivação de outro direito, será tutela definitiva satisfativa. Contudo, se apenas acautelar outro direito, será definitiva não satisfativa.

Nesse sentido, Didier (2012, p.464) preleciona que a ação cautelar é uma tutela definitiva. Em suas palavras:

É temporária por ter sua eficácia limitada no tempo. Sua vida dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Mas, cumprida a sua função acautelatória, perde a eficácia [...]. Mas essa temporariedade não exclui sua *definitividade*. Já dissemos e repetimos, a decisão cautelar concede uma *tutela definitiva*, dada com cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) e apta a se tornar imutável. Temporários são seus efeitos fáticos, práticos, afinal a cautela perde sua eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado (ou quando denegado). Mas a decisão que a concedeu, ainda assim, permanece imutável, inalterável em seu dispositivo.

É nesse sentido, que Didier (2012, p.465) destaca que “a entrega de todo o tipo de tutela definitiva – ainda que não satisfativa (cautelar) – pode demorar mais do que o esperado, colocando em risco sua efetividade. Trata-se de um dos males do tempo no processo”. Assim, para evitar os efeitos nefastos da morosidade do processo e da efetiva entrega da tutela definitiva, utiliza-se a técnica antecipatória, que oportuniza a imediata satisfação ou asseguramento do direito deduzido.

Sendo assim, se a cautelar é uma tutela jurisdicional definitiva não poderá jamais ser provisória. Enquanto isso, a tutela antecipada tem como pilar de sustentação a

provisoriamente de sua concessão (DIDIER, 2012, p.466). Ou seja, ao fim e ao cabo, a decisão que antecipa os efeitos da tutela será substituída pelo julgamento definitivo do caso.

A natureza jurídica da antecipação dos efeitos da tutela é satisfativa, uma vez que antecipa total ou parcialmente a realização fática do direito discutido.

Não é demais repisar que a cautelar tem como característica inerente a referibilidade ao direito afirmado em uma ação principal, de modo que é necessário haver tal ligação entre a cautelar e a pretensão do processo satisfativo a ser proposto no prazo de 30 dias previsto em lei.

Luiz Guilherme Marinoni (2011, p.43) ao tecer as considerações prévias acerca da tutela antecipada, em sua obra que trata exclusivamente do assunto, destaca que:

A técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão. O direito que pode ser evidenciado de plano exige uma tutela imediata e o legislador responde a tal necessidade tornando viável a antecipação, quando, evidenciado o direito, a defesa é exercida de modo abusivo. No caso de risco de lesão, a tutela antecipatória funda-se na probabilidade da existência do direito e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Desse modo, não há que se falar que só existe jurisdição quando o procedimento é hábil a concretizar a coisa julgada material. Note-se que a conjuntura atual é no sentido de buscar a celeridade do processo e, sobretudo, a sua efetividade, o que significa dizer que o jurisdicionado não pode e não deve aguardar o exacerbado tempo do processo para ter o seu direito realizado pela coisa julgada material.

Nesse aspecto, Marinoni (2011, p.44) afirma que *“a realização de um direito através da tutela antecipatória é a realização de um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente”*.

Assim, note-se que a técnica antecipatória possibilita àquele que tem o direito evidente ou sob o qual recaia o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação usufruir dos efeitos fáticos da sentença.

Noutras palavras, segundo Marinoni (2011, p. 45) *“a tutela antecipatória produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da sentença”*.

Saliente-se que não há a antecipação da sentença em si, mas de seus efeitos externos, aqueles que reverberam na relação de direito material. Ou seja, não se está a adiantar a sentença que será proferida ao final, o que importa ao requerente é a satisfação dos efeitos perseguidos.

### 3.2 Cognição, conceito, natureza jurídica e fundamento.

Segundo o dicionário (HOUAISS, 1980, p.205), “*cognição é a faculdade, ato ou ação de conhecer; é a aquisição de conhecimento*”, o que se dá por meio da percepção, do raciocínio, da memória. Sendo assim, no que toca à seara jurídica, é por meio da cognição que o juiz conhece os elementos que compõem a lide em questão, analisando os fatos, os argumentos jurídicos e as provas.

A cognição serve como instrumento de integração do processo ao direito material. Segundo Kazuo Watanabe (2000, p.65), “*ela é importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada*”.

Com efeito, Gondinho (1999, p.12) preleciona que “*a construção de tutelas jurisdicionais diferenciadas é possível através da combinação dos vários tipos de técnicas cognitivas*”.

Desse modo, é patente que a técnica da cognição oportuniza a estruturação e o manejo de variados tipos de procedimentos judiciais, os quais adequados à tutela jurisdicional efetiva do direito afirmado em juízo.

Segundo o escólio de Kazuo Watanabe (2000, p. 59), a cognição é “*um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento*”.

As lições de Frederico Marques, citadas por Watanabe (2000, p.59), são no sentido de que “*o juízo é fruto e resultado da cognição do juiz, o que vale dizer que o elemento lógico e intelectual constitui o seu traço predominante e fundamental*”.

Desse modo, o uso das técnicas de cognição adequadas são instrumentos hábeis a identificar os procedimentos que, de fato, conduzem à efetivação dos direitos materiais buscados.

Assim, partindo de uma ótica mais ampla, técnica de cognição é sistematizada em dois planos distintos, quais sejam o vertical (profundidade) e o horizontal (extensão, amplitude) (WATANABE, 2000, p.60).

No plano horizontal, a cognição cinge-se aos elementos objetivos do processo em análise, ou seja, limita-se às questões processuais, condições da ação e mérito. Logo, nesse plano, a cognição pode ser classificada como plena ou parcial, conforme permita sua extensão.

Já no plano vertical, a cognição será classificada como exauriente (completa) e sumária (incompleta).

Luiz Guilherme Marinoni (2011, p.54) ensina que *“a restrição da cognição no plano vertical conduz ao chamado juízo de verossimilhança ou às decisões derivadas de uma convicção de verossimilhança”*. Ou seja, o pedido de tutela antecipada é deferido ou indeferido com base na cognição incompleta, em que não há o conhecimento total e exaustivo dos elementos que compõem a lide.

Em contrapartida, a tutela de cognição exauriente é a análise completa do objeto do pedido, por meio da realização plena do contraditório e da ampla defesa. Assim, consiste no juízo de certeza que o procedimento proporciona ao magistrado. A cognição exauriente é alcançada pelo julgador após ser percorrido todo o procedimento previsto para a demanda em questão.

Marinoni (2001, p.56) aduz que *“o juiz, quando concede tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe”*.

Watanabe (200, p.125) simplifica que *“cognição sumária é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical”*. Nesse sentido adverte ainda que:

Na ótica do instrumentalismo substancial a que aludimos no capítulo inicial do trabalho, a cognição sumária constitui uma técnica processual relevantíssima para a concepção do processo que tenha ‘plena e total aderência à realidade sócio jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.

Nas palavras de Daniel Mitidiero (2014, p.94), *“a antecipação da tutela é tomada mediante cognição sumária das alegações do caso. Essa é a regra no processo civil quando o legislador fala em verossimilhança da alegação fundada em prova inequívoca (art.273, caput)”*.

Segundo José dos Santos Bedaque (2006, p.117), *“todas as tutelas sumárias são precedidas de cognição não exauriente. Trata-se do elemento comum a todas elas, cuja função é impedir que o tempo de duração do processo possa comprometer a sua efetividade”*

Em trecho de sua obra, Luiz Guilherme Marinoni (2011, p.32) destaca que:

É preciso distinguir procedimento de cognição sumária de procedimento “formalmente” sumário ou acelerado. O procedimento de cognição sumária não permite o conhecimento aprofundado do objeto cognoscível, ou seja, não possibilita

a cognição exauriente. O procedimento de cognição sumária restringe a possibilidade de produção de prova, permitindo apenas um juízo de probabilidade. O procedimento ‘ formalmente’ sumário abre oportunidade para o conhecimento aprofundado da matéria de fato, porém, em tempo menor àquele que seria despendido pelo procedimento ordinário.

Com efeito, destaque-se que a técnica antecipatória, sobre a qual se debruça o presente estudo, é eminentemente realizada por meio de cognição sumária que conduz a um juízo de probabilidade, o qual fundamenta a decisão proferida.

Desse modo, passa-se, doravante, a uma análise pontual acerca dos fundamentos do instituto da antecipação da tutela.

### **3.2.1 A positivação da antecipação de tutela genérica no ordenamento Jurídico brasileiro.**

No ano de 1994, a Lei 8.952 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, de forma ampla, e abarcando, sobretudo, o processo de conhecimento, o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, técnica processual indispensável á efetivação de direitos materiais.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 277), “*tutela jurisdicional antecipada é, no sistema do Código de Processo Civil brasileiro, a proteção que se dá a uma das partes (geralmente o autor) em momento precoce e com apoio em uma cognição superficial*”.

Ou seja, a técnica antecipatória é uma medida requerida pela parte e concedida pelo juiz, quando presentes os seus requisitos autorizativos, que adianta os efeitos fáticos do provimento final da ação. Logo, se justifica pelo objetivo maior de imputar ao processo a efetividade necessária, já que o tempo dilatado deste, por si só, enseja forte ônus àquele que, de fato, tem razão.

Vale destacar que a lei supracitada não criou de fato uma inovação processual oriunda da alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil. Não se pode olvidar que o Código de Defesa do Consumidor, nascido em 1990, já previa dispositivo semelhante, bem como alguns procedimentos especiais, como a possessória.

José Miguel Garcia Medina (2005, p.3), acerca do não ineditismo do instituto pela Lei 8.952/94, destaca que:

A tutela antecipatória não é inovação oriunda da modificação do artigo 273, do Código de Processo Civil, através da Lei 8.952/94, já existia, no direito brasileiro, disposição assemelhada. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu artigo 84, § 3º, já previa a antecipação dos efeitos da tutela. Mesmo assim, a inovação é importante, porquanto a alteração prevista pelo Código de Defesa do Consumidor só se aplicava às ações que se submetiam ao referido diploma.

Alexandre Freitas Câmara (2013, p. 497) também afirma que “*esse tipo de tutela jurisdicional já vinha regulado no Direito brasileiro há muito tempo, mas era cabível apenas nas hipóteses para as quais fosse expressamente prevista, como nas ações possessórias*”. Destaca, então, que com a reforma do Código de Processo Civil surgiu o poder geral de antecipação de tutela, o qual possibilita a aplicação da técnica a qualquer módulo processual de conhecimento.

Para Fredie Didier, *et al* (2012, p. 475), o poder geral de antecipação “*é aquele conferido ao órgão jurisdicional para que conceda medidas provisórias e sumárias que antecipassem a satisfação do direito afirmado, quando preenchidos os pressupostos legais. Cuida-se, portanto, de positivação da atipicidade (generalização) da tutela antecipada satisfativa*”.

Destaque-se, então, que com a ordinarização da técnica antecipatória as cautelares satisfativas que eram utilizadas de forma deturpada para alcançar provimentos de urgência, foram substituídas por tal técnica processual.

Assim, faz-se necessário estudar detidamente os aspectos mais importantes da Tutela Antecipada genérica, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil.

### **3.3 A exegese do artigo 273 do Código de Processo Civil.**

O artigo 273 do diploma processual que, após a reforma de 1994, passou a dispor sobre o poder geral de antecipação, assim o delimitou:

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.

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. (BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

O referido dispositivo insculpido no diploma de ritos traz em seu *caput*, como se vê, a previsão acerca da concessão da técnica antecipatória pelo juiz. Todavia, a literalidade do artigo afirma que o juízo ‘poderá’ conceder a medida pleiteada no caso de configurarem-se os requisitos autorizativos.

Ocorre que, não se trata de mera liberalidade do juiz. Ora, se presentes os requisitos supracitados, o julgador deve obrigatoriamente antecipar os efeitos da sentença, total ou parcialmente.

É o que se vê da abalizada doutrina de Alexandre Câmara (2013, p.498): “*inexiste qualquer discricionariedade judicial, sendo dever do juiz conceder a tutela antecipada nos casos em que se façam presentes os requisitos de sua concessão, sendo vedada a concessão se algum requisito estiver ausente*”.

Com efeito, o dispositivo, objeto deste estudo, traz que a medida será concedida a ‘requerimento’ da parte. Nesse ponto, é de fundamental importância analisar quem possui legitimidade para requerer o uso da técnica antecipatória.

Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira (2012, p. 514) prelecionam que “*todo aquele que alegar ter direito à tutela jurisdicional está legitimado a requerer a antecipação dos seus efeitos; essa é a regra, que não comporta exceções*”.

Note-se que todo aquele que, por meio de prova robusta e verossimilhança das alegações, demonstra ter razão, em sede de cognição sumária, quanto ao objeto da lide, tem o direito de obter a tutela jurisdicional adequada e efetiva. Logo, pode lançar mão da técnica antecipatória para efetivar os efeitos concretos do direito que alega e que só alcançaria no deslinde do caso.

Nesse passo, Didier (2012, p.515) destaca que autor, réu e terceiros intervenientes- que, a partir da intervenção, se tornam parte – podem requerer a antecipação

dos efeitos da tutela, basta que sejam preenchidos os requisitos legais para tanto. Até mesmo o assistente simples pode fazê-lo, precisando apenas da anuência do assistido.

Quanto à legitimidade do Ministério Público para requerer a concessão da medida, não há consenso doutrinário. Alguns autores defendem que o fato de o MP requerer a antecipação da tutela vilipendia a sua imparcialidade, como fiscal da lei. (GUIMARÃES; CEOLIN, 2010, p.8) Já outra vertente advoga que tal situação é completamente possível, uma vez que a missão constitucional do *parquet* é assegurar determinados direitos, nas situações previstas em lei em que haverá sua intervenção.

Vale destacar que Alexandre Câmara (2013, p.498) e Fredie Didier (2012, p.516) se filiam à teoria de que o Ministério Público não pode, na condição de *custos legis*, requerer a antecipação dos efeitos da tutela. Segundo os autores, isso interferiria na sua condição de sujeito imparcial do processo.

Reitere-se que o artigo é cristalino ao estabelecer que o juiz poderá (deverá!) conceder a medida antecipatória a requerimento da parte, se presente os pressupostos legais. Sendo assim, é patente que o legislador veda a atuação de ofício do magistrado. Ou seja, para lançar mão da técnica antecipatória no bojo de sua decisão, o juiz deverá ser provocado pela parte interessada. Contudo, apesar de parecer lógico tal posicionamento, há parte da doutrina – mesmo que tímida – que discorda de tal posicionamento.

Câmara (2013, p. 498) é categórico ao afirmar que não cabe ao juiz conceder a medida *ex officio, in verbis*:

Exige o artigo 273 do CPC, a fim de que se possa antecipar a tutela jurisdicional, que haja requerimento da parte interessada. Proíbe-se, assim a concessão *ex officio* da tutela antecipatória. A necessidade de requerimento da parte foi alvo de severas críticas formuladas por importante teórico do tema, enquanto outro setor da doutrina a aplaudiu. Parece-me que a lei processual, ao exigir o requerimento da parte, manteve-se consentânea com o sistema processual vigente, onde prevalece o princípio da demanda, não podendo o órgão jurisdicional conceder à parte algo que não foi por ela pleiteado. Ademais, não se pode olvidar a hipótese de a tutela antecipada ser indevida, causando danos à parte adversa, os quais precisarão ser reparados.

Fredie Didier (2012, p.516) sublinha que “*não parece possível a concessão ex officio, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei*”. O doutrinador entende que a interpretação do artigo deve partir de uma análise sistemática do processo civil pátrio e, sendo assim, há que se respeitar a regra da congruência.

Ademais, não se pode olvidar que a concessão da medida antecipatória é feita pela conta e risco daquele que a requereu. Ou seja, em caso de revogação da medida ao final, o

demandante responde civilmente pelas perdas e danos que ensejou. Desse modo, se fosse possível a concessão da tutela antecipada de ofício pelo juiz, em caso de reforma da decisão, este responderia pelos danos causados? Note-se que a responsabilidade civil do juiz só se configura quando demonstrado o dolo ou a fraude, nos termos do artigo 133 do CPC.

Já Daniel Mitidiero (2014, p.93) defende que o entendimento acima esposado deve ser mitigado. Nas suas palavras:

A doutrina de um modo geral nega a possibilidade de o juiz antecipar a tutela jurisdicional de ofício. E quando admite, a franquia está circunscrita normalmente ao âmbito da antecipação da tutela cautelar, partindo-se do equivocado pressuposto de que aí o órgão jurisdicional estaria apenas protegendo o processo, sem incidir sobre o direito material, atuando apenas para “preservar a utilidade do resultado do processo”. É preciso repensar o problema. É certo que, a princípio, a antecipação de tutela está reservada aos casos em que há requerimento da parte (arts. 273, caput, 461 §3º e 800, CPC). Como a técnica antecipatória adianta no tempo proteção ao direito da parte, seja para satisfazê-lo desde logo, seja para acautelá-lo para realização futura, é natural que seu emprego esteja condicionado ao requerimento da parte interessada. No entanto, depois de proposta a ação visando a tutela do direito, a liberdade e a autonomia privada prestigiadas pelo princípio da demanda encontram-se devidamente resguardadas: o direito só será protegido mediante tutela satisfativa ou tutela cautelar porque a parte assim entendeu conveniente e conforme o seu interesse. [...] A solução para o problema está em possibilitar ao juiz a consulta à parte que poderá se beneficiar pela antecipação da tutela. O juiz poderá consultar a parte sobre se tem interesse na obtenção da tutela antecipada. Com isso, equilibra-se a iniciativa judicial, inspirada na promoção da igualdade entre os litigantes e à adequação da tutela jurisdicional, e o respeito à liberdade da parte, que pode não ter interesse em fruir de decisão provisória ao longo do procedimento, mormente em face do regime de responsabilidade civil inerente à tutela sumária.

Nesse sentido, a atuação do juiz de ofício para antecipar o provimento final não vilipendiaria a sua imparcialidade, nem tampouco a regra da congruência. Ora, segundo tal vertente da doutrina, o juiz ao conceder a medida não estaria ultrapassando os limites do pedido, uma vez que apenas anteciparia os efeitos finais do direito que a parte já almeja e provocou o judiciário para tanto. Assim, segundo tais doutrinadores, conceder a medida de ofício, em alguns casos, seria a única forma de não deixar perecer o direito.

Com efeito, a antecipação do provimento final trata-se de técnica processual adequada a adiantar a fruição do bem tutelado em juízo, o qual provavelmente será concedido ao demandante ao final.

Desse modo, o escopo precípuo da técnica empregada é dar efetividade ao processo, adiantando no tempo os efeitos da sentença favorável. Assim, é imprescindível saber quais os efeitos que podem ser antecipados.

Nesse sentido, Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira (2012, p.490) destacam que *“se a tutela antecipada não tiver o condão de dar efetividade à jurisdição, e a tutela*

*jurisdicional for útil e servível se conferida em caráter definitivo, não deve ser concedida a medida antecipatória”.*

Percebe-se, então, que só devem ser antecipados os efeitos que, de fato, provoquem ou impeçam alterações no plano concreto, ou seja, que dependam diretamente da prática de atos materiais e que sejam realmente necessários para efetivar o direito. Segundo Câmara (2013, p.499), *“o CPC fala em antecipação dos efeitos pretendidos no pedido inicial. Essa tutela, salta aos olhos, é a eficácia da sentença de mérito que acolhe o pedido do demandante, ou seja, é a sentença de procedência do pedido”.*

Na abalizada lição de Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira (2012, p.491):

Não se antecipa a própria tutela (declaratória, constitutiva ou condenatória), mas sim, os efeitos dela provenientes. Não se declara, constitui ou condena antecipadamente – só ao fim do processo, mediante cognição exauriente. Através da decisão antecipatória, apenas se permite que o requerente usufrua dos efeitos práticos (sociais, executivos) do direito que quer ver tutelado, imediatamente, antes mesmo do seu reconhecimento judicial.

Nesse passo, convém destacar que as sentenças podem ser classificadas como: condenatórias, declaratórias ou constitutivas. Assim, vale indagar: é possível antecipar todos os três tipos principais de efeitos da sentença? O efeito declaratório da sentença pode ser antecipado? E o constitutivo? Só é permitida a antecipação dos efeitos da tutela condenatória?

Alexandre Câmara (2013, p.499) reputa impossível antecipar os efeitos da tutela declaratória e da tutela constitutiva. Segundo ele, o efeito declaratório só pode ser exarado com base em juízo de certeza acerca da existência ou inexistência do direito afirmado. Assim, entende que a mera cognição sumária é insuficiente para subsidiar o fundamento da decisão que concede a antecipação dos efeitos da tutela. Sem contar, que defende ser um grande contrassenso a possibilidade de o magistrado afirmar a existência de um direito com base em mero juízo de probabilidade, o que obstaculiza a configuração da natureza satisfativa da medida.

O aludido doutrinador segue o mesmo raciocínio no que toca aos efeitos da sentença constitutiva. Desse modo, preleciona que *“os efeitos constitutivos, de ordinário, só podem se produzir depois da afirmação da existência de um direito à modificação de uma situação jurídica, o que exige cognição exauriente”.* Com base em seu pensamento, tem-se, portanto, que a prolação de uma decisão interlocutória com efeitos precários que ‘constituem’ um direito seria completamente inócua e, como é cediço, não devem ser exaradas decisões inúteis e dispensáveis.

Para ilustrar tal vertente doutrinária, Câmara (2013, p.500) lança mão do seguinte exemplo: “*Imagine-se uma decisão que antecipasse a tutela numa ‘ação de dissolução de sociedade’.* Dissolvida parcialmente, ainda não seria possível sua liquidação, o que revela sua total inutilidade”. Portanto, segundo o autor, é impossível aplicar a técnica antecipatória em ações que se busque constituir determinada relação jurídica. Afirma, todavia, ser possível apenas quando expressamente previsto em lei.

Com efeito, a norma permite apenas antecipar os efeitos da sentença condenatória. Nesse sentido, Mancuso (*apud* CÂMARA, 2013, p.500) que em sua obra, Tutela Antecipada: uma interpretação do art. 273 do CPC, conceitua tutela antecipada como “*nada mais do que uma condenação antecipada*”.

O uso da técnica antecipatória estaria limitado, portanto, à apenas ações em que houver imposição de uma prestação ao demandado— de dar, fazer ou não fazer.

Já Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira fazem coro com parte da doutrina diametralmente oposta. Segundo eles, “*atualmente a celeuma está razoavelmente pacificada; admite-se tutela antecipada em tais processos*” (constitutivos e declaratórios).

Assim, ao citar José dos Santos Bedaque, Teori Zavascki e Athos Gusmão Carneiro<sup>2</sup>(2012, p.492), Fredie Didier *et al* afirma que “*a antecipação que se opera não é da declaração ou da constituição, vez que estas serão sempre definitivas- só assim serão úteis para a parte; o que pode ocorrer é a antecipação dos efeitos fáticos, práticos, palpáveis da tutela declaratória ou constitutiva*”

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p.269) também discorrem que a tutela antecipada pode ser concedida no bojo de qualquer modalidade de sentença. Assim, “*o que interessa para saber se há ou não possibilidade de antecipação de tutela é se do provimento final é possível retirar alguma eficácia prática: sendo positiva a resposta, caberá tutela antecipatória*”.

É nesse sentido que Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira (2012, p.491) exemplificam ainda que:

---

Em uma ação de invalidação de duplicata, visando desconstituir o título de crédito, o autor pode requerer uma medida antecipatória que imponha a precipitação do efeito prático daí decorrente, *in casu*, a ordem de sustação do protesto do título realizado por indicação do réu e a este último impor o comportamento omissivo de não mais levá-lo a protesto.

De outra banda, Alexandre Câmara (2013, p.501) entende que o exemplo supracitado faz, em verdade, referência a uma medida de natureza eminentemente cautelar, uma vez que se busca salvaguardar a utilidade de uma futura decisão.

Contudo, do ponto de vista prático, essa celeuma acerca da natureza da decisão em processos declaratórios e constitutivos – se cautelar ou antecipatória- tornou-se um tanto quanto esmaecida, uma vez que o legislador passou a prever a fungibilidade entre estas, nos termos do § 7º, artigo 273 do CPC.

Superados tais aspectos, é fundamental analisar os requisitos autorizadores previstos pela lei para a concessão da tutela antecipada.

Inicialmente, há que se destacar que a antecipação da tutela genérica, insculpida no artigo 273 do Código de Processo Civil, é técnica cabível em todos os procedimentos comuns, sejam ordinários, sumários ou sumaríssimos.

Da leitura do dispositivo supracitado, percebe-se a existência de circunstâncias distintas para a concessão da medida antecipatória. Segundo Didier (2012, p.497):

O art. 273, CPC, prevê duas hipóteses em que se admite a antecipação de tutela: i) no inciso I, a antecipação de tutela assecuratória, cabível quando ‘haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’; ii) no inciso II, a antecipação de tutela punitiva, cabível quando ‘fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu’.

Nesse passo, tem-se que na tutela assecuratória há o perigo iminente de que o alongar do tempo cause danos irremediáveis à parte que pleiteia. Assim, antecipa-se para salvaguardar o bem vindicado com o fito de que, ao longo do processo, não seja perdido ou dilapidado.

Já na segunda hipótese, em que há a antecipação por abuso de direito de defesa ou patente interesse do réu em protelar o processo, o magistrado oportuniza a fruição imediata do bem sob o fundamento da punição e em decorrência da evidência do provável direito do autor. Ou seja, quando o réu busca, de má-fé, usar o ônus do tempo a seu favor e em detrimento do demandante que demonstra ter razão, terá que arcar com os prejuízos de ver o bem pretendido ser usufruído de plano pelo autor.

Segundo Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira (2012, p.498) “a concessão da tutela antecipada é um efeito jurídico decorrente de enunciado normativo composto por conceitos juridicamente indeterminados, como, por exemplo, prova inequívoca e perigo de dano irreparável”. Nesse diapasão, os autores defendem que quando o legislador define a

consequência jurídica proveniente dos conceitos jurídicos indeterminados, ele retira do magistrado a aplicação de discricionariedade na aplicação destes.

Ou seja, preenchidos os requisitos legais, a parte que pleiteia tem direito subjetivo à concessão da tutela antecipada. O que existe, de fato, é uma maior liberdade para examinar os requisitos, uma vez que o legislador não determinou o alcance dos termos utilizados. Assim, o que vem a ser prova inequívoca? E verossimilhança das alegações?

É nesse contexto, que os pressupostos para a concessão da medida antecipatória são divididos em dois grupos. O primeiro é composto pelos pressupostos genéricos, quais sejam, prova inequívoca e verossimilhança das alegações. O segundo perfaz-se dos requisitos alternativos, perigo da demora, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, revelado pela evidência do direito do autor. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA. 2012, p.501).

Nas palavras de Fernanda Ruiz Tomazoni (2007, p.45) “*os fatos alegados quando do requerimento da tutela antecipada devem permitir ao juiz formar um convencimento de certeza para a concessão da medida, ainda que relativa, já que a instrução, dependendo do momento da concessão, pode ser precária*”.

Contudo, vale lembrar que o juízo de certeza só é alcançado por meio de cognição exauriente, após o crivo do contraditório e da ampla defesa. Assim, não há que se falar em juízo de certeza alcançado por meio de cognição sumária. O que se tem, nesse momento processual, é a probabilidade de existência do direito afirmado, ou seja, um juízo de quase certeza.

Alexandre Câmara (2013, p.500), por sua vez, afirma que a expressão “prova inequívoca conducente à verossimilhança das alegações” soa aparentemente paradoxal. Segundo ele, o termo prova inequívoca leva a entender que seria aquela cabal, “*idene de dúvidas, ou seja, capaz de formar no julgador o juízo de certeza*”.

Entretanto, o próprio texto normativo declara que basta a existência de “verossimilhança das alegações”. Ou seja, basta que o requerente demonstre a probabilidade do direito alegado, já que a certeza só é possível após a cognição exauriente dos fatos.

Assim, entende-se que o legislador buscou, sobretudo, delimitar que para a concessão da tutela de forma prematura é necessário que o requerente demonstre a aparência da verdade, a fim de que o julgador, por meio de cognição sumária e juízo de probabilidade, possa alicerçar sua decisão. Nesse passo, não basta que as alegações do autor pareçam verdade, é indispensável que elas estejam arrimadas em uma prova robusta.

Nas lições de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p.214) tem-se que a verossimilhança preponderante é aquela que oportuniza ao julgador sacrificar um direito que se demonstra improvável em benefício do provável.

Note-se, pois, que na análise da tutela antecipada sempre existirá conflito de direitos. Assim, há situações em que haverá que se mitigar o direito ao contraditório e a ampla defesa em benefício da efetividade da jurisdição daquele direito que se mostra mais provável, ponderando-se, sobretudo, a natureza e o ‘peso’ dos bens jurídicos que se confrontam.

É nesse contexto que o requisito da irreversibilidade – que será estudado de forma aprofundada adiante - não pode ser tido de forma inflexível pelo julgador, de modo a obstaculizar a efetividade de direitos materiais que, ponderados, se mostram mais prováveis e de maior peso do que os que com ele se colidem.

O requisito geral – prova inequívoca conducente à verossimilhança das alegações -, previsto no *caput* do artigo, é elemento imprescindível para a concessão da medida pleiteada. Nesse sentido, José Miguel Garcia Medina (2012, p.285) destaca que “*o requisito do caput deve estar sempre presente, somando-se, alternativamente, às condições indicadas em um de seus incisos*”.

Assim, no inciso I está prevista a tutela antecipada contra o fundado receio de dano, espécie de tutela de urgência. Com efeito, Marinoni e Mitidiero (2008, p.269) prelecionam que “*o dano que enseja tutela antecipatória é o dano concreto (não eventual), atual (iminente ou consumado) e grave (capaz de lesar significativamente a esfera jurídica da parte)*”.

O dano é tido como irreparável quando não será mais possível reverter os efeitos por ele engendrados e de difícil reparação quando a análise do caso concreto denota que o dano causado não poderá ser reparado de forma efetiva (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p.270).

Já no inciso II, há a previsão da tutela antecipada de evidência, a qual, diante do nítido abuso do demandado, que ao valer-se de suas prerrogativas de defesa busca protelar indefinidamente o processo, e da evidência do direito do autor, concede ao demandante a imediata fruição do bem. Note-se que a concessão da técnica, nesses casos, independe do perigo de dano, pois se alicerça na evidência do direito alegado.

Reitere-se que para a concessão da medida antecipatória é necessário estar presente o requisito do *caput* somado, alternativamente, a um dos incisos previstos no art. 273, do CPC.

Vale lembrar que nos termos do § 1º do multicitado dispositivos a decisão que conceder a tutela antecipada deverá ser fundamentada de forma clara e precisa.

A propósito, a leitura de tal disposição soa como uma repetição dispensável, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio, por meio, sobretudo da Constituição da República, estabelece que qualquer decisão do Judiciário deve ser devidamente fundamentada.

Contudo, Neiva Guimarães e Ana Caroline Ceolin (2010, p.12) advertem que, apesar de parecer que esse parágrafo não é necessário, a concessão da antecipação da tutela é um remédio que requer muito cuidado para ser deferido, uma vez que há a antecipação do mérito. Assim, percebe-se que o legislador achou por bem reforçar a necessidade de fundamentação racional e clara para tanto.

Dito isso, não é demais repisar que a adequada e efetiva prestação da tutela jurisdicional pelo Estado perpassa diretamente pela necessidade de que existam técnicas processuais hábeis a concretizar os direitos de forma tempestiva. Nesse sentido, percebe-se que a técnica antecipatória é corolário lógico desse desiderato.

Assim, convém lembrar que a ponderação efetuada pelo magistrado dos valores e dos interesses em conflito é fundamental para alicerçar a decisão proferida no que toca à antecipação pleiteada.

Em tempo, há que se dar destaque à análise do § 2º insculpido no artigo 273 do Código de Processo Civil. A referida regra veda a concessão de medidas antecipatórias que ensejem efeitos irreversíveis. É nesse sentido que vale lembrar que tal dispositivo é de suma importância para harmonizar os princípios em tensão quando da criação do instituto da tutela antecipada. Contudo, não se pode aplicá-lo em casos que permitam a desnaturação da própria técnica, tornando-a inócua ao fim que se destina.

### **3.4 A regra do § 2º do Art. 273: A vedação à irreversibilidade dos efeitos da medida.**

O pressuposto negativo da irreversibilidade está albergado pelo §2º do artigo 273 e é objeto de uma das maiores polêmicas acerca do instituto da Antecipação dos Efeitos da Tutela, sobre a qual ora se debruça.

Antes de se adentrar, de fato, na questão que toca à irreversibilidade, é necessário analisar qual o real sentido que o legislador buscou atribuir aos termos da regra prevista no §2º do artigo 273, CPC. Para tanto, deve-se fazê-lo de modo cuidadoso, com atenção, uma

vez que sua interpretação não é tarefa deveras simplória. Note-se ainda que tal análise acerca do objetivo terminológico da lei é fundamental para que se possa avançar às etapas seguintes.

### **3.4.1 O real alcance do termo “irreversibilidade”.**

O dispositivo em comento estabeleceu que “*não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*”.

Provimento é o próprio teor da decisão que defere ou indefere a pretensão do demandante, ou seja, é o juízo exarado pelo julgador com o objetivo único de decidir a demanda exatamente nos termos em que foi ajuizada (GUIMARÃES; CEOLIN, 2010, p.8).

Já os efeitos antecipatórios consistem na própria realização material daquilo que foi determinado na decisão judicial proferida. Logo, trata-se da reverberação real do provimento, com a concretização do *mandamus* no mundo dos fatos.

Desse modo, da interpretação literal do dispositivo depreende-se que a antecipação do provimento em si não pode ser irreversível. Ou seja, se o intérprete analisar os termos isoladamente ou apenas no contexto da frase, concluirá que o que deve ser sempre reversível é o aspecto jurídico da decisão interlocutória, pois se arrima apenas em juízo de probabilidade.

Contudo, é patente que é da irreversibilidade dos efeitos provocados pela medida concedida que o legislador se refere (CÂMARA, 2012, p.505).

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2007, p.759), para os efeitos do §2º esculpido no artigo 273 do CPC, o procedimento é reversível quando oportuniza ao juiz as condições de restabelecimento pleno nos limites do mesmo processo.

Sendo assim, a regra em questão trata especificamente do núcleo essencial do instituto da Tutela Antecipada, uma vez que busca proteger o demandado do julgamento prematuro da causa, sem que lhe seja oportunizado o devido processo legal e seus corolários lógicos.

Para Teori Albino Zavascki (2007, p.101) “*antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender*”.

Nesse sentido, a reversibilidade se refere, portanto, aos fatos que decorrem da execução da decisão exarada e não à decisão em si, visto que não é o objetivo do legislador

garantir a reversibilidade técnica jurídica da decisão, já que essa é inerente à própria natureza do instituto (ZAVASCKI, 2007, p.102).

A irreversibilidade jurídica toca exclusivamente os casos de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada material (TOMAZONI, 2007, p, 60). Contudo, não é o caso do instituto ora estudado, uma vez que a tutela antecipada não tem o condão de ser imutável, pois a revogabilidade e a precariedade são características inerentes à sua própria natureza.

Luiz Fernando Bellinetti, citado por Fernanda Tomazoni (2007, p.60), destaca que a irreversibilidade da antecipação do provimento final só pode se referir exclusivamente aos efeitos fáticos dessa medida, já que, como dito, todo provimento arrimado em juízo de probabilidade – por isso, provisório – deve ser substituído por uma decisão definitiva ao final. Assim, a decisão sempre será reversível, seus efeitos, nem sempre.

É óbvio, que a lei visa a proteger essa provisoriedade vedando a concessão de medidas as quais, no plano real, revelarão consequências inalteráveis em caso de decisão final de improcedência.

Contudo, há quem pense diferente. Luiz Guilherme Marinoni (2011, p.195) entende que a norma em comento veda, em verdade, a concessão de medida antecipatória em ações referentes ao estado e a capacidade das pessoas. Assim, exclama: “*ora, é pouco mais que absurdo imaginar que alguém pode ser provisoriamente filho ou provisoriamente solteiro*”. Para o autor, é indubitável que a concessão da tutela antecipada pode, sim, ensejar efeitos irreversíveis, porque o que o legislador vetou foi a concessão em ações de determinada natureza.

No mesmo sentido, Daniel Mitidiero (2014, p.127) afirma que a vontade da lei é de proibir a irreversibilidade do provimento em si, o que corrobora com a real natureza da tutela antecipada, já que provisória e revogável. Nesse passo, para ao autor, a lei não proíbe a prolação de medidas cujos efeitos sejam irreversíveis, o que não descaracteriza a natureza jurídica da tutela antecipada.

No que pese o entendimento perfilhado por Marinoni e Mitidiero, há que se falar que o legislador não andou bem tecnicamente ao editar o § 2º do artigo 273, visto que da sua interpretação literal tem-se um sentido equivocado, sendo, portanto, indispensável que o intérprete vá além e analise a regra sob a luz de todo o sistema jurídico. Ora, o que deveria estar contido de forma expressa no referido artigo é a vedação à antecipação de medidas com efeitos irreversíveis. Estaria resolvido o imbróglio.

Portanto, entende-se que o imperativo legal ora analisado visa a proibir a concessão de medidas antecipatórias cujos efeitos sejam irreversíveis no plano fático, e não

ratificar a natureza da tutela antecipada dispondo que a decisão em si deve ser reversível ao final.

Ora, conceder de forma prematura um provimento que acarretará a irreversibilidade das mudanças fáticas provocadas é esbarra no direito do réu de contraditar o alegado pelo autor. Portanto, do que adiantaria conceder uma decisão que no plano técnico jurídico pode, ao final, ser alterada se a decisão definitiva esbarrará na imutabilidade da realidade fática? A decisão final que, por hipótese, julgue improcedente o pedido, em nada alterará o caso concreto e, portanto, será inútil.

Analisado o alcance terminológico do dispositivo em comento, faz-se necessário abordar quais as razões, os fundamentos que informam a regra da vedação à irreversibilidade dos efeitos da medida.

### **3.4.2 Das razões que informam a regra da vedação à irreversibilidade.**

É indubitável que as regras albergadas pelo ordenamento jurídico pátrio trazem consigo razões e fundamentos que lhe dão supedâneo e, por óbvio, concedem-lhe motivos para existir.

Nesse sentido, importa questionar: qual o real motivo de existência da regra da reversibilidade dos efeitos da técnica antecipatória?

De uma leitura rápida do dispositivo é possível perceber que o legislador, após a ponderação dos direitos em conflito, buscou preservar, sobretudo, o princípio fundamental da segurança jurídica já diferido, em face da existência da técnica antecipatória que privilegiou a efetividade da jurisdição.

Ora, sem tal previsão legislativa seria possível admitir o julgamento precoce do objeto da ação, antecipando de forma imutável seus efeitos, o que leva ao vilipêndio do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, seria o mesmo que julgar o mérito da causa precocemente, sendo até mesmo despiciendo ao interessado prosseguir com o processo (ZAVASCKI, 2007, p.101), uma vez que seu interesse fora integralmente satisfeito de modo irreversível.

Nesse mesmo sentido, João Batista Lopes (2003, p.34) entende que o que se pretende, em verdade, é evitar o surgimento do fato consumado a partir da antecipação dos efeitos da tutela, fato que iria diretamente de encontro à revogabilidade e a provisoriedade do

provimento. Ou seja, mesmo que pelo viés jurídico seja provisória a medida, no plano dos fatos ela é definitiva, porque imutável.

Humberto Theodoro Júnior (2007, p.759) aduz que a lei buscou, por meio do aludido dispositivo, salvaguardar o direito ao devido processo legal e a seus respectivos consectários lógicos, como os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Nessa lógica, Fredie Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira (2012, p. 504) informam que *“pretende, com isso, o legislador, coibir abusos no uso da providência, como ocorria com as cautelares atípicas. É um meio de preservar o adversário contra os excessos no emprego da medida”*.

O que se percebe é que com o advento do multicitado dispositivo (art. 273, CPC), foi ordinarizada a medida antecipatória, passando a ser aplicada a todos os procedimentos. Em contrapartida, procurou-se delimitar com maior precisão a real área de sua incidência (ZAVASCKI, p.102, 2007). Ora, o que se quer é evitar o abuso no uso da medida e o desprestígio do devido processo legal.

Note-se que o objetivo do legislador é legítimo, a regra da vedação à irreversibilidade é pertinente e adequada a garantir o princípio do devido processo legal. Ademais, é extremamente necessária, pois, apesar de ser um mandamento firme, é a única regra com o condão de manter a situação (*status quo*) do demandado sem alvejar seus direitos de contraditório e da ampla defesa (NETTO, 2005, p.107).

Contudo, o ponto fulcral da presente pesquisa cinge-se exatamente à possibilidade de superação, no caso concreto de *irreversibilidade recíproca*, do aludido dispositivo que veda a concessão de medida antecipatória com efeitos irreversíveis.

Assim, note-se que vedação à irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento pode ser superada diante da análise do caso concreto. Essas situações, de fato, denotam o conflito existente entre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, corolário lógico do direito de ação, e o também direito fundamental à segurança jurídica.

Nesse sentido, Fredie Didier (2012, p.559) aduz que *“diante desses direitos fundamentais em choque, deve-se invocar o princípio da proporcionalidade, para que sejam devidamente compatibilizados”*.

O autor afirma que a exigência legal deve *“ser lida com temperamentos, pois, se levada às últimas consequências, pode conduzir à inutilização da antecipação da tutela. Assim, deve ser abrandada de modo que preserve o instituto”*.

Todavia, há quem diga que não é possível afastar a garantia do devido processo legal para, sem contraditório, conceder uma medida irreversível (DINAMARCO, p.146, 2001).

No que pese corrente minoritária no sentido de que a regra estudada é absoluta, entende-se, juntamente com maior parte da doutrina brasileira, que é possível relativizar a incidência da regra do §2º, art.273.

Assim, é fundamental analisar de que modo o requisito legal de reversibilidade pode ser afastado a fim de que a tutela jurisdicional seja prestada de forma efetiva, tempestiva e adequada.

Saliente-se que quando se configuram todos os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil é dever do julgador conceder a tutela antecipada pleiteada. Contudo, há situações mais complexas, em que, de fato, se está diante de um caso difícil.

Há situações de difícil solução, quando os próprios direitos constitucionais garantidos estão em conflito. Assim, tal complexidade se revela quando o indeferimento da medida, sob a alegação de irreversibilidade dos seus efeitos para réu, enseja ao mesmo tempo consequências irreversíveis para o demandante. Nesses casos, como se deve resolver o problema?

#### **4 A FLEXIBILIZAÇÃO DO §2º, ART. 273, POR MEIO DA PROPORCIONALIDADE A FIM DE EFETIVAR O DIREITO MATERIAL DE MAIOR RELEVÂNCIA NO CASO CONCRETO.**

Já é sabido que as necessidades sociais modernas ensejaram a generalização do instituto da Tutela Antecipada. O processo legislativo para a alteração dos multicitados artigos 273 e 461 do CPC fora precedido de juízo de ponderação. Lembre-se que a ponderação dos interesses e dos princípios é feita pela via legislativa e, na ausência de lei ou na aplicação injusta desta, pela via judicial.

Discorrer acerca do instituto da Antecipação dos Efeitos da Tutela é tocar na tensão engendrada pelo princípio da efetividade da jurisdição e pelo princípio da segurança jurídica. É destacar que tal sopesamento desses valores fora feito pela via legislativa, contudo, não houve previsão legal acerca da situação extrema em que qualquer que seja a decisão proferida pelo juízo ensejará dano irreversível para uma das partes.

Nesse sentido, é fundamental entender os meandros dos casos de irreversibilidade recíproca e analisar quais as possíveis soluções para superar essa questão, com o fito de alcançar a decisão mais justa possível para ambos os litigantes.

##### **4.1 *Irreversibilidade Recíproca: situação não prevista pelo legislador.***

Ao conceber a técnica antecipatória o legislador privilegiou o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e diferiu a segurança jurídica para momento posterior, a fim de harmonizar tais direitos. Assim, com o objetivo de não aniquilar a segurança jurídica, estabeleceu-se o §2º do artigo 273, que veda a concessão de medidas com efeitos irreversíveis, de modo a reequilibrar os princípios em comento, salvaguardando o direito ao contraditório e à ampla defesa (ZAVASCKI, p.8, 1995).

Entretanto, há casos, cada vez mais recorrentes, em que a não concessão da medida ensejará dano também irreversível ao autor. Nessas situações, a doutrina majoritária é pacífica no sentido de que é possível flexibilizar a aplicação da regra de modo a se encontrar a decisão mais justa possível.

Note-se que o aludido § 2º é uma regra criada para o réu, de modo a protegê-lo de uma decisão com efeitos definitivos, a qual prejudicaria a possibilidade de sua

argumentação alterar posteriormente a decisão proferida. Portanto, como se sabe, a finalidade da regra em comento é a proteção da segurança jurídica do réu.

Contudo, o legislador não é onisciente, e, portanto, a realidade fática extrapola os limites previstos por este. Sendo assim, quando a decisão antecipatória proferida pelo julgador ensejar danos irreversíveis tanto para o autor como para o réu, a finalidade, o objetivo, da norma deixa de existir.

Ora, “*ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*” - onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir. Nesse sentido, se o legislador buscou proteger o réu de danos irreversíveis, não pode fechar os olhos para o autor, deixando recair sobre ele a irreversibilidade e cerrando-lhe as portas do judiciário. Se a regra do § 2º for aplicada indiscriminadamente, sem que se analisem as peculiaridades do caso concreto e se sopesem os direitos em conflito, em muitas situações deixar-se-á de concretizar os escopos da Constituição, deixando perecer o direito que, no caso, possa ter mais relevância.

Tendo por base essas premissas, é possível que se constate a ocorrência de três situações, que impõe soluções diversas com base em técnicas diferentes de interpretação e aplicação das normas.

Nesse sentir, considerando que estão presentes todos os pressupostos já citados – prova inequívoca conducente à verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação- quando a concessão da medida provisória não for irreversível ao autor, mas assim o for para o réu, aplica-se a regra prevista no §2º do artigo 273, pela técnica tradicional da subsunção.

Por sua vez, se a medida ensejar dano irreparável ou efeitos irreversíveis para o autor e não ensejar efeitos irreversíveis para o réu, a questão também será resolvida pela subsunção básica. Aplica-se o artigo 273, uma vez que a vedação contida no §2º, do art. 273 não teria substrato fático para incidência. Por fim, se houver irreversibilidade para ambas as partes, estará o julgador diante de um problema que não permite solução por meio da simples técnica da subsunção.

Fredie Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira (2012, p.504) destacam que:

Mesmo sendo irreversível a medida antecipatória – ex.: cirurgia em paciente terminal, despoluição de águas fluviais, dentre outros-, o seu deferimento é essencial, para que se evite um mal maior para parte/requerente. Se o deferimento é fadado à produção de efeitos irreversíveis para o requerido, o seu indeferimento também implica consequências irreversíveis para o requerente. Nesse contexto, existe, pois, o perigo da irreversibilidade decorrente da não-concessão da medida. Não conceder a tutela antecipada para a efetivação do direito à saúde pode, por exemplo, muitas vezes, implicar consequência irreversível da morte ao demandante.

Nesse passo, não se pode deixar de aprofundar o conhecimento acerca do extremo conflito de princípios fundamentais que surge da situação de irreversibilidade recíproca.

A concessão de medidas antecipatórias irreversíveis enseja o julgamento prematuro do mérito, sem que seja oportunizado ao réu o direito à cognição exauriente, consistente na análise detida dos fatos, das provas e dos fundamentos jurídicos pelo julgador. Assim, a irreversibilidade fática ocasionada por uma decisão provisória, apesar de não acobertada pela coisa julgada material, gera a desnecessidade de continuação do processo em questão, uma vez que será totalmente inútil a decisão proferida ao final diante do fato já consumado. (BEDAQUE, 1998, p.326). Isso não significa que o processo terminará logo após o deferimento da medida liminar com caráter irreversível, mas que, na prática, não será mais possível o retorno à situação fática anterior.

É indubitável que a irreversibilidade recíproca revela a existência de casos complexos, em que, como demonstrado, não é suficiente para seu deslinde a subsunção do fato à norma.

Sendo assim, nesses casos especiais, a decisão imediata encontrada por meio de cognição sumária, que privilegia a efetividade da jurisdição e, por óbvio, a tutela do direito material, sacrifica o direito fundamental do autor ao contraditório e à ampla defesa. (THEODORO JR, 2007, p.677), mas em benefício de uma tutela efetiva do direito do autor, que se demonstrou de maior envergadura do que a simples proteção genérica e abstrata do direito do réu ao contraditório.

Em verdade, o contraditório será diferido, mas não se pode negar que restará prejudicado, uma vez que uma das finalidades da participação do réu no processo é a possibilidade de influenciar na formação da convicção do julgador.

O dogma da irreversibilidade estabelecido pelo legislador tem o condão de negar ao autor o direito fundamental a uma tutela jurisdicional tempestiva e efetiva, mesmo que ele tenha razão. (NETTO, 2005, p.108). Contudo, não se pode afirmar que o pressuposto negativo previsto no § 2º do artigo 273 deve ser tido como inexistente, visto que tal vedação é importante e adequada ao instituto ora estudado. Logo, o caminho para resolver tal imbróglio seria promover uma leitura ampliada desta regra, de modo que em caso de irreversibilidade recíproca poderá ser concedida a medida antecipatória.

Note-se que se destacou o termo “poderá”, já que não são em todos os casos de irreversibilidade recíproca que o julgador deverá conceder a medida antecipatória. Há que se analisar as peculiaridades do caso concreto.

A leitura ampliada da regra a que se faz referência deve ser feita à luz do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. O deferimento do pedido antecipatório, além de indispensável a presença dos requisitos da prova inequívoca conducente à verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação deve se considerar que a realização do direito material pleiteado pelo autor não tem aplicação imediata, uma vez que existe para o réu um direito igualmente fundamental, qual seja o contraditório e a ampla defesa, que legitima a existência do § 2º.

Nesse sentido, é fundamental entender o *modus* de atuação do magistrado em situações como essa. Qual a técnica adequada para que seja proferida a decisão mais justa possível no caso concreto? Considerando que existem direitos fundamentais em conflito, qual deve ser efetivamente tutelado? Como fundamentar?

#### **4.2 A tutela do direito mais provável.**

Segundo Daniel Mitidiero (2014, p.128), a possibilidade de relativizar a regra que veda a concessão de medidas com efeitos irreversíveis é a solução que atende à própria natureza do instituto antecipatório, visto que sua lógica consiste exatamente em privilegiar o direito mais provável em detrimento do direito que se mostra improvável.

Luís Guilherme Marinoni (2011, p.197) entende que a sistemática da tutela antecipada é exatamente essa: tutelar de forma efetiva aquele direito que gera no julgador um juízo de quase certeza, ou seja, que fundado em prova inequívoca enseje a verossimilhança das alegações. Assim, vedar a utilização da técnica antecipatória, nesses casos, é esvaziar o seu escopo precípua.

Com efeito, a solução inicial para tais casos complexos é sacrificar o direito da parte que parece não ter razão e privilegiar o direito mais provável. *Tomaseo*, especialista de renome no que toca as tutelas de urgência na Itália, garante que nisso consiste a ética da jurisdição de urgência. (*apud* MARINONI, 2011, p.197).

Contudo, apesar de majoritária, tal corrente doutrinária não é uníssona. Candido Rangel Dinamarco (2002, p.144) discorda do posicionamento citado, visto que defende que o sistema jurídico não tolera sacrifício de direito algum. Ou seja, se o direito alegado é improvável é, portanto, possível que exista, o que, por si só, impede a concessão de medida irreversível.

Nesse contexto, tem-se que andou mal o nobre doutrinador supracitado. Ora, a natureza da tutela antecipada se alicerça exatamente no juízo de probabilidade. Todos os seus conceitos se arrimam na análise superficial dos fatos e dos fundamentos jurídicos, por meio da qual, por uma prova robusta, possa se vislumbrar a provável vitória do demandante ao final.

Diante dessa perspectiva, o julgador concede a medida antecipatória por acreditar que o direito exista. E, nessa situação, não se está a falar em âmbito do direito material, pois, sabe-se que o direito ou existe ou não existe, sendo, tecnicamente, equivocado falar em direito provável. Aqui, trata-se de análise sob a ótica do direito processual, sendo, portanto, no âmbito da cognição sumária possível denominar como provável o direito em análise (MARINONI, 2011, p.196).

Marinoni (2011, p.197), ao defender seu posicionamento, destaca que *“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 antecipada se funda no princípio da probabilidade”*.

Corroborando com o posicionamento acima esposado, Fredie Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira (2012, p.505) afirmam que *“toda vez que forem constatados a verossimilhança do direito e o risco de danos irreparáveis (ou de difícil reparação) resultantes de sua não satisfação imediata, deve-se privilegiar esse direito provável, adiantando sua fruição, em detrimento do direito improvável da contraparte”*.

Nesse sentido, deve ser conferida a primazia à efetividade da tutela jurisdicional em desprestígio à segurança jurídica da outra parte, que terá que suportar os efeitos irreversíveis decorrentes da decisão e, quando possível, em caso de improcedência do pedido, buscar a reparação pelo equivalente econômico. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, p.505).

Todavia, não se pode olvidar que a segurança jurídica é direito fundamental do demandado não sendo possível afastá-la abruptamente, sem que haja uma análise detida dos fatos que compõem o caso concreto. Sendo assim, há um grave conflito aparente entre direitos fundamentais, os quais possuem mesma hierarquia, problema sobre o qual deve o julgador se debruçar.

Tem-se, pois, que após a análise acurada acerca do direito mais provável, o magistrado voltará seus olhos aos bens e valores em conflito, com redobrada prudência, e sopesará os valores a eles atribuídos de modo a encontrar a decisão mais justa possível.

Nesse sentido, o julgador não pode desconsiderar a necessidade de ponderação do valor jurídico dos bens em confronto, visto que, apesar de um dos direitos se mostrar mais

provável, o valor jurídico dos direitos discutidos é elemento fundamental para que o juiz possa decidir se antecipa ou não a tutela (MARINONI, 2011, p.201).

Assim, não é demais repisar que o direito processual e o direito material travam uma relação mutualística, por meio da qual um dá sentido ao outro. Sendo assim, a técnica processual deve servir de instrumento concretizador da tutela de um direito, de modo que não se pode apenas pensar no direito mais provável, à luz do Processo Civil, há que se ponderar, sobretudo, os direitos materiais que buscam tutela.

Teori Albino Zavascki (2007, p.103) obtempera que deve o julgador *“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 representará, no plano dos fatos, a concessão ou a denegação da tutela em caráter definitivo”*.

Com efeito, cabe ao julgador, por meio do juízo de ponderação, extraído do postulado da proporcionalidade, dar proteção ao direito que, no caso em concreto, tenha maior importância/peso. *“Não se trata, portanto, de pressuposto cuja obediência é inexorável”*. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2012 p.505).

#### **4.3 A solução dos casos de irreversibilidade recíproca por meio do Princípio da Proporcionalidade e do Juízo de Ponderação.**

Inicialmente, para facilitar o entendimento do leitor, tendo em consideração que não é este o objeto de estudo da presente pesquisa, é necessário destacar, de forma pontual, que existem divergências doutrinárias quanto à natureza jurídica da proporcionalidade. Há quem a considere um princípio, há quem diga que se trata de um postulado. Humberto Ávila (2009, p. 122) define que a proporcionalidade é um postulado normativo. Sendo assim, destaca: *“postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do fenômeno jurídico, por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito”*. Segundo o autor:

Os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem diretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente às normas que indiretamente prescrevem comportamentos.

Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados (ÁVILA, 2009, p.124).

Desse modo, para Ávila, a Proporcionalidade não compõe as normas jurídicas, uma vez que não se trata de um princípio, nem tampouco de uma regra, mas sim de um postulado.

Contudo, grande parte da doutrina brasileira considera a Proporcionalidade um princípio (COSTA, 2013, p.7). Nesse sentido, entende-se que se trata de uma norma fundamental do sistema, tida como o princípio dos princípios, um supra princípio, pois vinculado à proteção e à garantia dos direitos fundamentais em face dos poderes do Estado.

Sendo assim, ante a inexistência de consenso doutrinário acerca de sua natureza jurídica, a presente pesquisa se referirá à proporcionalidade em alguns momentos como princípio, outros como postulado, conforme o entendimento do autor que esteja sendo citado.

Estabelecidos tais parâmetros, retorne-se ao problema ora analisado.

A questão a ser solvida surge quando o julgador está diante de casos concretos em que os dois polos da lide têm seus direitos em iminência de perecer de modo irreversível. Como cediço, trata-se da irreversibilidade recíproca, situação não prevista pelo legislador.

O limite da decisão judicial exsurgirá de um juízo sumário, contudo, irreversível, que, se o pleito for deferido, certamente sacrificará o contraditório e a ampla defesa a fim de que se possa privilegiar a efetividade da tutela de um direito material. Em caso de indeferimento, será privilegiada a segurança jurídica do réu, em detrimento da efetividade do direito vindicado pelo autor. (MARINONI, 2011, p. 200).

Com isso, as medidas antecipatórias irreversíveis devem ser proferidas no limite da necessidade estrita, ante a inexistência de qualquer outra medida menos gravosa. Diante de tais situações extremas, a decisão a ser tomada pelo magistrado deve ser feita à luz do princípio da proporcionalidade, de modo que seja possível, na análise do caso concreto, tutelar o direito de maior peso, que será alcançado segundo os ditames do juízo de ponderação.

Karl Larenz ensina que o princípio da proporcionalidade é aplicado exatamente nos casos em que o problema cinge-se à determinação de onde se situa o limite da satisfação lícita de um interesse em detrimento de outro de mesma hierarquia, digno de tutela (MARINONI, 2011, p.201).

Note-se que em casos de irreversibilidade recíproca existem dois direitos dignos de tutela, que, contudo, no caso concreto, estão se colidindo a ponto de não poderem coexistir de forma harmônica.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade mostra-se como um método racional, passível de aplicação diante de uma situação concreta de meio e fim, pelo qual será possível estruturar racionalmente a fundamentação para que se determine a prevalência de um direito ou bem-jurídico sobre outro de mesma hierarquia. Destarte, a proporcionalidade é instrumento para a solução de conflitos, de modo a imputar ao julgador uma atuação legítima, sobretudo, em casos de restrição de direitos fundamentais. (COSTA, 2013, p.1).

Segundo o escólio de Robert Alexy (2002, p.112) a máxima da proporcionalidade é derivada do caráter principiológico das normas. Sendo assim, tal supra princípio atua na justificação interna da decisão jurídica, ou seja, sua função é auxiliar na estruturação do raciocínio de modo que o juiz considere determinadas premissas para justificar a decisão externamente, sendo oportunizada a fiscalização e o reconhecimento de erros.

Nesse passo, a Proporcionalidade tem a função de demonstrar ao jurisdicionado quais as premissas utilizadas na análise do caso concreto, para legitimar e justificar a decisão proferida que restringiu determinado princípio a fim de satisfazer outro. Tem o objetivo também de estabelecer a relação entre as premissas utilizadas e a conclusão no que toca à aplicação dos princípios e, por fim, constitui um critério para aferir a possibilidade de restrição desses princípios, de modo que seja possível verificar a correção dos enunciados que justificam a decisão (NOVELINO, 2012, p.440).

Com efeito, o princípio – ou máxima- da proporcionalidade é composto por três sub princípios ou máximas parciais: Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

Quando o magistrado está diante de uma situação de irreversibilidade recíproca deve analisar se a medida adotada é apta a fomentar os objetivos almejados. Ou seja, se a restrição do direito do réu será adequada para efetivar o direito do autor, ou vice e versa. Em caso de não preenchimento desta fase, deverá perquirir se não existe outro meio menos invasivo que alcance os mesmos fins objetivados.

Superada as fases supracitadas, o magistrado deverá valer-se da proporcionalidade em sentido estrito, ou melhor, a denominada ponderação dos bens em conflito.

Novelino (2012, p.442), ao citar Luís Roberto Barro e Canotilho destaca que:

A proporcionalidade em sentido estrito está vinculada à verificação do custo-benefício da medida, aferida por meio de uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. A interferência na esfera dos direitos dos cidadãos só será justificável se o benefício alcançado for maior que o ônus imposto. Nesse caso, meio e fim são equacionados mediante um juízo de ponderação, para que sejam pesadas as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim.

Desse modo, o julgador quando diante da irreversibilidade recíproca, em que qualquer que seja a solução por ele encontrada ensejará a restrição do direito fundamental à jurisdição efetiva do autor ou a restrição do direito fundamental à segurança jurídica (contraditório, ampla defesa, cognição exauriente) do réu, deverá sopesar os bens jurídicos conflitantes e atribuir pesos a eles, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Aquele que possuir mais relevância em relação ao Direito, prevalecerá.

O doutrinador espanhol Luis María Díez-Picazo (2005, p.52) preleciona que:

La verdadera dificultad surge cuando hay colisión. Es entonces cuando hay que realizar una ponderación entre los distintos valores em presencia. No está de más recordar que <<ponderar>> equivale a <<sopesar>>. Se trata de, así, de evaluar las razones a favor de un valor y outro, a fin de hallar el punto de equilibrio entre ambos que resulte más apropiado para el caso concreto. Aquí, como es obvio, el riesgo es caer em el puro subjetivismo, que conduce a decidir según las preferencias personales des intérprete. Para conjurar este peligro, la técnica de la ponderación debe ajustarse a tres exigências.

Note-se que o trecho supracitado busca demonstrar que o juízo de ponderação é uma técnica racional a fim de evitar que a decisão proferida pelo julgador seja contaminada pelo seu subjetivismo exagerado a ponto de que este decida conforme suas preferências. Assim, há uma estrutura racional a ser seguida, de modo que se encontre o valor mais significativo no caso concreto.

Segundo o autor, primeiramente é sempre necessário levar a cabo uma cuidadosa análise das características do caso concreto, tanto nos seus aspectos fáticos, como jurídicos. Só assim será possível entender o conflito em questão e perquirir se não há outro modo de solucionar o caso sem sacrificar um dos valores. Em seguida, deve o intérprete determinar qual dos direitos é mais digno de proteção, para evitar a tentação do mero subjetivismo. Há que se recordar que a escolha não deve recair no direito abstratamente considerado, mas sim buscar entender qual dos valores em conflito é mais digno de proteção no caso concreto. Por fim, o julgador deve buscar o ponto justo de equilíbrio entre os valores opostos (DÍEZ-PICAZO, 2005, pp.53/54).

Vale lembrar que na decisão da tutela antecipada, alcançada por meio de cognição sumária, o julgador ainda não sabe se o direito afirmado realmente existe. Contudo, ele sabe que há verossimilhança extraída de uma prova inequívoca. Assim, é patente que o direito merece tutela imediata em razão do perigo da demora fazê-lo perecer. Nesse caso, percebe-se que a criação da técnica antecipatória fundamenta-se exatamente no direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva. Ora, se o tempo do processo pode gerar o perdimento do direito

que é provável de existir, nada mais justo que o magistrado evite esse mal e satisfaça de logo os interesses do autor. (MARINONI, 2011, p.202).

Há casos, porém, que existem dois direitos fundamentais em colisão, e assim apenas as peculiaridades do caso concreto podem determinar qual deles deve prevalecer. Embora a solução da colisão ente direitos fundamentais dessa necessariamente se dar na sentença, quando da tutela final, é evidente que a necessidade de antecipação da tutela obriga o juiz a ponderar entre os direitos com os olhos nas circunstâncias presentes no curso do processo e, assim, através de um juízo de cognição sumária. Isto quer dizer que, diante de dois direitos fundamentais em colisão, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado na sentença e na decisão que trata da tutela antecipatória (MARINONI, 2011, p.203).

Note-se que os direitos fundamentais possuem uma reserva de compatibilização quando confrontados com outros direitos fundamentais. Assim, a harmonização só poderá ser feita pelo julgador mediante a análise dos pesos dos bens em disputa. Contudo, não se pode olvidar que o valor atribuído a cada bem é sempre em relação ao caso concreto, já que os princípios aparentemente em conflitos têm valores relativos que são condicionados a situação em questão.

Para ilustrar tem-se o exemplo do conflito entre o direito fundamental à vida e o direito fundamental à liberdade religiosa, revelado por pedido de tutela antecipada para que o paciente (fiel) necessitando de tratamento urgente seja obrigado a fazer a transfusão de sangue sob o argumento de que deve prevalecer o direito fundamental à vida. Sabe-se que os fiéis signatários da religião denominada Testemunha de Jeová não aceitam a transfusão sanguínea, pois, baseados na Bíblia refutam o uso ou o consumo de sangue (animal ou humano). Assim, o aparente conflito entre direito fundamentais é transponível por meio das técnicas de hermenêutica constitucional, buscando-se harmonizar os valores envolvidos.

Note-se que os pesos dos direitos supramencionados irão variar conforme as peculiaridades do caso concreto. Ora, a jurisprudência tem se delineado no sentido de que se o paciente for maior de idade, estiver consciente, e puder exprimir validamente sua recusa à terapia, tendo o gozo pleno de suas faculdades mentais, é seu direito decidir sobre qualquer intervenção em seu corpo, prevalecendo, portanto, a liberdade religiosa. Contudo, em casos de perigo iminente, em que o paciente for menor de idade, ou, se maior, estiver inconsciente, sem o gozo de suas faculdades mentais, se sobreporá à vontade dos familiares o direito a vida, sendo, pois, determinada a transfusão do sangue. Restou evidente que os valores dos princípios se amoldam ao caso concreto, não existindo qualquer tabelamento ou pré-determinação de valores.

Nesse sentido, Marinoni (2011, p.203) destaca que *“definir, na lei, que o juiz não pode conceder a tutela antecipada quando ela pode trazer prejuízos irreversíveis ao réu impediria a consideração das particularidades do caso concreto e comprometeria o juiz com uma decisão que, em certas circunstâncias, poderia não ser a mais adequada”*.

Desse modo, para que se concretize o dever do Estado em garantir a efetividade da jurisdição é imprescindível que se considere as características do caso concreto, o que exige definições mais abertas, como a admissão de risco de dano irreversível ao réu.

Segundo o doutrinador Arruda Alvim (2009, pp. 142/143), *“o legislador tem que admitir que sem flexibilidade e outorga de mais poder, será inviável aos juízes um desempenho socialmente aceitável”*.

É nesse sentido que o dogma da não concessão de medidas irreversíveis criado pelo legislador aparta o julgador da realidade fática, impedindo-o de alcançar os anseios da sociedade moderna. Nesse passo, é preciso admitir a ponderação de interesses na tutela sumária, construindo, assim, uma jurisdição mais sensível à realidade social.

*“O novo processo não é mais um ‘processo neutro’, mas um processo que sabe que, da mesma forma que todos não são iguais, os bens que constituem o litígio não tem o igual valor jurídico”* (MARINONI, 2011, p.24).

Retirar da técnica antecipatória a possibilidade de efetivar o direito que provavelmente existe em prol de evitar um mal ao direito do réu, que provavelmente não existe, é usurpar da técnica a sua função social e a realização dos escopos da Constituição.

#### **4.4 A irreversibilidade recíproca à luz dos tribunais brasileiros**

A análise do instituto da Tutela Antecipada é de extrema relevância por seu aspecto prático. Como se viu, a técnica nasce exatamente da necessidade social de ter o direito à efetividade da jurisdição concretizado, sobretudo, frente à realidade do Poder Judiciário, que estrangulado, impõe ao jurisdicionado uma morosidade excessiva à solução dos conflitos.

Note-se que a solução para os casos de irreversibilidade recíproca foi dada por meio da produção doutrinária e jurisprudencial do país, uma vez que o legislador silenciou acerca dessa situação. Assim, é de fundamental importância analisar de que forma os tribunais brasileiros tratam o assunto, para demonstrar que as colocações acima alinhavadas estão em consonância com os julgados de nossas cortes.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca da flexibilização do requisito da irreversibilidade. Note-se tal entendimento no caso envolvendo o estado do Espírito Santo e a empresa Leste Brasileira Importadora e Exportadora Ltda. Os ministros decidiram que deve ser relativizado o referido pressuposto, caso contrário, a previsão da Tutela Antecipada não alcançará o seu escopo precípua e sua própria natureza será esvaziada.

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. TUTELA ANTECIPATÓRIA. DIREITOS PATRIMONIAIS. CONCESSÃO: POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 273 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO. I. A exigência da irreversibilidade inserta no § 2º do art.273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena do novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina. II. Recurso Especial não conhecido.

Em outro caso, o STJ por meio da decisão de relatoria do ministro Ruy Rosado de Aguiar, também se manifestou no sentido de afastar a aplicação da regra do §2º na análise de um Recurso Especial em Agravo de Instrumento interposto contra decisão do juiz de primeiro grau que deferiu a tutela antecipada no bojo de uma ação de indenização por danos morais e materiais, em razão de um acidente de trânsito. O pedido da autora foi no sentido de ter custeado o seu tratamento de saúde por meio da técnica antecipatória, uma vez que afirmava que as lesões foram geradas em razão do acidente provocado pelo réu. Este invocou a regra prevista no § 2º do artigo 273 sob o argumento de que a concessão da medida teria efeito irreversível.

O Superior Tribunal de Justiça, no caso, entendeu que o pressuposto negativo não teria o condão de impedir a concessão da medida, visto que o dano a ser suportado pela autora seria de maiores proporções. Sendo assim, o relator reiterou que a demora na prestação do tratamento médico tem o condão de representar o próprio sacrifício do direito afirmado. Assim, é urgente relativizar a exigência do requisito, de modo que, pelo sopesamento dos bens jurídicos em jogo, possa prevalecer o interesse mais caro ao direito. É o que se vê da ementa colacionada abaixo:

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 conhecido. (STJ – Resp 417.005/SP. Recorrente: STU- Sorocaba Transportes Urbanos Ltda. Data do julgamento: 25/11/2002)

Verifica-se, portanto, que a Corte Superior tem o entendimento tranquilo de que é necessário analisar cada caso com cautela, de modo que o a aplicação do requisito da irreversibilidade não se dê irrestritamente, o que, de fato, ensejaria a eliminação do instituto da tutela antecipada e usurparia do autor o direito à tutela jurisdicional efetiva.

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região manifestou-se aduzindo que não merece prosperar a alegação de irreversibilidade no caso de deferimento do pedido para a concessão de medicamento, visto que quando houver irreversibilidade recíproca, o juiz deve conceder preponderância ao bem jurídico de maior valor, no caso, considerou-se, por óbvio, que o direito à saúde preponderou frente ao direito patrimonial do réu. *In verbis*:

AGRAVO INTERNO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO. I - O SUS é um sistema de atuação integrada e coordenada dos entes federativos que, embora tenham funções diferentes, são legitimados passivamente, para figurar na relação processual em virtude de responsabilidade solidária. II - A alegação de irreversibilidade não prospera, pois em hipóteses em que há irreversibilidade recíproca, deve-se dar preponderância ao bem jurídico de maior valor. III - Devido é o imediato fornecimento do medicamento comprovadamente prescrito por médicos, inclusive no âmbito de hospital público, já que se afigura urgente seja ministrado à parte agravada. IV- Agravo Interno não provido. Decisão monocrática confirmada. (TRF-2 - AG: 201102010022617 , Relator: Desembargadora Federal FATIMA MARIA NOVELINO SEQUEIRA, Data de Julgamento: 07/12/2011, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 19/12/2011).

É de se notar que, para proferir a decisão supracitada o julgador lançou mão do juízo de ponderação e atribuiu, à luz do caso concreto, pesos/valores aos bens jurídicos em conflito. Sendo assim, a partir da técnica hermenêutica pôde-se encontrar o direito que merecia maior tutela da jurisdição, primando, assim, pela efetividade, conforme o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

Em outro caso, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao julgar um agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu em parte a tutela antecipada pleiteada pelo autor para determinar a suspensão dos efeitos de um auto de infração, invocou também o princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação dos bens jurídicos conflitantes.

Em breve síntese, o estabelecimento do agravado estava instalado em um barco flutuante às margens do Lago Paranoá, e foi interdito devido à ausência de Alvará de funcionamento. Ressalte-se que o agravado ainda utilizava parte da margem do lago, bem público, para exercício de suas atividades comerciais. Desse modo, a permissão para que o

agravado continuasse exercendo sua atividade ensejaria dano irreparável à sociedade, visto que é imprescindível o devido exame pelos órgãos distritais de conformação com preceitos ambientais, urbanísticos, de saúde e segurança.

O Egrégio Tribunal considerou que se estava diante de um caso de irreversibilidade recíproca e assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TUTELA ANTECIPADA. IRREVERSIBILIDADE RECÍPROCA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. EXPEDIÇÃO DE PRÉVIO ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COMERCIAL EM CONFORMAÇÃO AOS PRECEITOS AMBIENTAIS, URBANÍSTICOS, DE SAÚDE E SEGURANÇA. LEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ PELA AGEFIS - AGÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL - DECORRE DE SEU REGULAR PODER DE POLÍCIA E É EXIGÊNCIA PREVISTA NOS ARTIGOS 2º, 3º, 4º E 6º DA LEI DISTRITAL N. 4.201/08, QUE LICITAMENTE CONDICIONA O EXERCÍCIO DE QUALQUER ATIVIDADE ECONÔMICA À EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. 2. **EM JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA DO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA A IRREVERSIBILIDADE RECÍPROCA EXIGE A PONDERAÇÃO DE INTERESSES PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, EM SEUS VETORES ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE STRICTO SENSU.** 3. A PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO, EVIDENCIADA PELA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE VALORES CAROS À SOCIEDADE, COMO A SAÚDE E A SEGURANÇA, NÃO AUTORIZA A CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA DE SUSPENSÃO LIMINAR DE ATO DE INTERDIÇÃO FULCRADO EM INEXISTÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO DE ATIVIDADE COMERCIAL CONSIDERADA DE RISCO. 4. RECURSO PROVIDO. (TJ-DF - AI: 11668620098070000 DF 0001166-86.2009.807.0000, Relator: SANDRA REVES VASQUES TONUSSI, Data de Julgamento: 29/04/2009, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: 05/05/2009, DJ-e Pág. 65). (Grifo Nosso)

Vale citar trecho da referida decisão: “a *irreversibilidade recíproca exige a ponderação de interesses pela aplicação do princípio da proporcionalidade, em seus vetores adequação, necessidade e proporcionalidade stricto sensu*”. Desse modo, percebe-se que, por meio da ponderação dos bens jurídicos, constatou-se a prevalência do interesse público, pela necessidade de proteção de valores caros à sociedade, como a saúde e a segurança.

Sobre a matéria tem-se ainda a lição do precedente do TJRJ, que teve como relator o desembargador Sergio Cavalieri Filho:

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Ausência de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação. Irreversibilidade Recíproca. Não há lugar para a tutela antecipada sem que a parte demonstre determinados pressupostos, se não de forma cabal, completa e definitiva, pelo menos em grau suficiente para justificar certas providências com base em um juízo de plausibilidade. **Em face da dificuldade em se conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade**

**dos efeitos do ato concessivo, deve o juiz procurar evitar com a concessão ou não da tutela o mal maior sempre que se defrontar com a chamada irreversibilidade recíproca.** Destarte, se a antecipação da tutela importar em dano irreparável para a outra parte, não pode ser ela concedida. Provimento parcial do recurso. (TJRJ 2002.002.20188 AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa DES. SERGIO CAVALIERI FILHO - Julgamento: 16/04/2003 - SEGUNDA CAMARA CIVEL)

Outro julgado que corrobora com a tese defendida por esta pesquisa é a do Tribunal do Rio Grande do Sul, por meio do qual foi restabelecido o auxílio-doença à agravante. A relatora do caso foi a Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira, que constatou a irreversibilidade da medida proferida, contudo, defendeu que a decisão mais justa seria flexibilizar o requisito negativo previsto na lei. Assim se manifestou:

Esclareço que, por certo, há risco de irreversibilidade da medida. Ocorre que tal circunstância não pode se constituir em obstáculo intransponível para o deferimento da antecipação da tutela. Cabe ao magistrado, analisando as peculiaridades da lide, ponderar os bens jurídicos tutelados. Em caso análogo aos dos autos, quando do julgamento do Agravo de Instrumento 70012030672, a Des<sup>a</sup>. Marilene Bonzanini Bernardi bem referiu que *“o risco do réu com o deferimento da medida é de longe menor que o risco da autora com o indeferimento. De um lado tem-se dinheiro, de outro a vida”*. (TJRS – Agravo de Instrumento 70015196025 – 9ª Câmara Cível – j. em 19.07.2006.).

Situação ainda mais complexa é quando, além dos direitos fundamentais processuais em conflito, os direitos materiais tutelados também são ambos fundamentais.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo como relator o desembargador Ênio Zuliani, analisou o conflito dos direitos fundamentais de liberdade de expressão (art. 5º, IV) e o direito à honra e à imagem (art. 5º, XIX). Foi no agravo de instrumento interposto contra decisão de primeira instância que deferiu o pedido de tutela antecipada liminar para obstar a publicação de pesquisa comparativa elaborada pela associação PRO TESTE, que realiza testes de segurança e qualidade de produtos, e constatou que determinada empresa disponibilizava produtos com problemas.

Assim, é patente o conflito entre a liberdade de expressão da ONG, ou seja, desta poder divulgar os resultados dos testes, e o direito de imagem e da honra objetiva da empresa, bem como de suas marcas.

Em caso de deferimento da tutela antecipada, que requereu que a Associação PRO TESTE fosse compelida a não publicar a pesquisa em questão, ter-se-ia o imediato dano irreparável ao direito fundamental à liberdade de expressão, o qual maculado, não retornaria ao *status quo ante*, bem como o indeferimento teria o condão de deixar ser maculada a honra da empresa, a qual também uma vez denegrida, não seria suscetível de reversão.

Nesse caso, o relator ponderou os interesses em conflito e optou pela decisão que buscasse a harmonização dos bens em tensão. Com isso, reformou a decisão que concedeu medida antecipatória liminar para obstar a publicação da pesquisa comparativa. Com efeito, permitiu uma espécie de publicação com direito de manifestação da empresa citada na pesquisa. Assim, o desembargador oportunizou ao agravado a possibilidade de se manifestar no site da Associação dando a sua verdade sobre a pesquisa e o teste.

Note-se que o julgador considerou preponderante a liberdade de expressão, bem como o direito da sociedade de obter informações acerca dos produtos disponibilizados no mercado. Desse modo, o magistrado ponderou os direitos fundamentais em conflito, privilegiando um e diferindo o outro, buscando, portanto, alcançar a harmonização desses direitos de mesma hierarquia. Sublinhe-se que a legitimidade dessa decisão está arrimada na argumentação racional proferida pelo julgador de modo que é capaz de dar validade ao *mandamus*. Senão, vejamos:

A PRO TESTE surgiu para ser formadora de opiniões e, evidentemente, deverá cumprir com sua missão institucional, porque, caso seja obrigada a não publicar o resultado dos testes que realiza, deverá encerrar seu ciclo existencial, exatamente por não lhe restar atividade útil para desenvolver. Resulta que, se o Judiciário esvaziar por completo, a função da PRO TESTE e outras entidades semelhantes, será o mesmo que intervir, de forma traumática, em problema político, de luta de classes (empresários e consumidores), com potencial risco de eliminar um segmento que é de vital importância para a construção da cidadania. É preciso, portanto, encontrar um meio democrático de se manter a convivência desses segmentos para o bem da comunidade. Eis o *punctum quaestionis*: como definir o direito preponderante? [...] o ideal é o equilíbrio nas informações, permitindo uma espécie de publicação com direito de manifestação da empresa citada na pesquisa, como ocorre atualmente no direito de informação, embora sem norma específica. [...] A notícia deve ser publicada, competindo aos que se sentirem prejudicados, provar a ilicitude para, com isso, obterem os ressarcimentos cabíveis. (TJSP, Rel. Ênio Zuliani, p.3).

Após uma análise acurada do instituto da Tutela Antecipada e seus efeitos irreversíveis à luz do ordenamento jurídico vigente – Lei 5.869/73, convém analisar pontualmente, algumas modificações pinceladas que são previstas para serem operadas no Novo Código de Processo Civil que está na iminência de ser aprovado.

Aproveita-se para ratificar que o teor da presente pesquisa e a tese de que os instrumentos processuais devem ser adequados a efetivar a tutela jurisdicional, estão alinhados com as novas tendências do processo civil que busca, sobretudo, dar efetividade à jurisdição, construir mais técnicas de aceleração do processo e, sobremaneira, cumprir com sua missão tão atual de ampliar o acesso do cidadão à Justiça.

#### 4.5 As Tutelas de Urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil

O projeto do Novo Código de Processo Civil conferiu nova sistematização e terminologia à tutela antecipada. Assim, é fundamental o estudo, mesmo que pontual, dessas principais inovações. Contudo, convém lembrar a advertência do professor Carlos Augusto de Assis (2014, p.251) *“tratar de direito projetado é sempre um risco. O projeto pode não redundar em lei ou, ainda que o seja, ninguém garante que o seu conteúdo será mantido”*.

O projeto é abalizado por renomados juristas, o que representa uma forte tendência do processo civil moderno. Assim, tem-se que o projeto inova significativamente em relação às tutelas de urgência, das quais é espécie a antecipação dos efeitos da tutela.

A comissão, presidida pelo Ministro Fux, foi responsável pela apresentação do anteprojeto no Senado Federal. Contudo, desde sua entrada na Casa legislativa foram inúmeras as alterações e substitutivos. Sendo assim, vale lembrar que o projeto a qual se faz referência é o original apresentado no relatório do Deputado Paulo Teixeira e que foi aprovado, em 13 de julho de 2013, pela Comissão Especial da Câmara.

O projeto deu outro sentido à nomenclatura da Tutela Antecipada. Assim, para o novo diploma de Ritos se prevê um conceito mais amplo que, doravante, abarca as tutelas provisórias de cognição sumária. Ou seja, a, tutela antecipada passa a ser tanto a tutela de urgência (satisfativa ou cautelar), como a tutela de evidência (ASSIS, 2014, p.252).

Nesse passo, o projeto suprimiu o capítulo do Processo Cautelar e passou a regulamentar toda a tutela sumária não-definitiva reunida no livro V, denominado “Da Tutela Antecipada”. Desse modo, tutela antecipada passará a ser gênero de tutela sumária, do qual são espécies tanto a tutela de urgência como a tutela de evidência.

Seguindo essa nova sistemática, o pressuposto negativo de irreversibilidade da medida foi repetido de modo muito semelhante ao que estabelece o atual Código de Processo Civil, apenas com uma redação melhor do texto normativo. Assim, onde antes se estabelecia que era vedada a “irreversibilidade do provimento antecipado”, refere-se, doravante, à “irreversibilidade dos efeitos da decisão”, o que vai ao encontro do entendimento já esposado pela presente pesquisa (ASSIS, 2014, p.258).

É indubitável, como já se viu, que da interpretação do atual dispositivo (§ 2º, art.273, CPC/73) é possível extrair este sentido, uma vez que o objetivo do legislador foi de evitar que a medida concedida, se revogada, o estado fático das coisas pudesse retornar à situação anterior ao deferimento.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande problema enfrentado há muito pelos operadores do direito é o fato da Justiça Civil ser elitista e inacessível (em seu sentido amplo), apartada da maioria da população, o que a torna deveras inefetiva e esvazia a maior parte de seu sentido. Por isso, nos últimos anos os estudos da ciência processual têm se debruçado verdadeiramente sobre tal dificuldade, com o fito de encontrar instrumentos de otimização.

É cristalino que a técnica antecipatória, temática abordada no presente trabalho, tem papel de destaque no palco das grandes discussões sobre as quais se debruçam os processualistas modernos. A patente necessidade de se proporcionar efetividade ao direito material e de se salvaguardar a igualdade entre as partes litigantes é a razão de existir do instituto. Note-se que os estudiosos foram sensíveis à questão da inefetividade do antigo procedimento ordinário – anterior à reforma de 1994.

Nesse passo, a criação da tutela antecipada (ou técnica antecipatória) alarga os horizontes e instrumentaliza o julgador com um mecanismo hábil a efetivar os direitos buscados em juízo, bem como a restaurar a igualdade entre as partes, maculada pela demora do processo.

Com efeito, destaque-se que só foi possível concluir que a Justiça Civil enfrenta uma grande crise de efetividade quando a ciência do processo passou a enxergá-la por um viés mais crítico. Essa mudança de perspectiva foi fundamental para fomentar os estudos quanto ao acesso à Justiça e à efetividade da jurisdição.

Tem-se, portanto, que o principal problema da justiça brasileira é a morosidade excessiva que se instala no trâmite processual. Com isso, pode-se depreender que as técnicas processuais, sobretudo a antecipação dos efeitos da tutela ora estudada, são fundamentais para a concretização do direito material.

É insuficiente a existência de um amplo direito material se não houver técnicas processuais idôneas a viabilizar a obtenção das tutelas pretendidas pelo direito substancial. Ter um direito abstratamente considerado sem a respectiva técnica que o concretize é vilipendiar o direito fundamental ao acesso à Justiça, prevista no artigo 5º, XXXV. A ineficiência do Estado em proporcionar a efetiva tutela do direito que reconhece, pode ser considerado, *mutatis mutandis*, um estelionato do Poder Público.

Sendo assim, a técnica antecipatória consiste em um instrumento eficaz e extremamente importante na luta hodierna contra a morosidade, a falta de efetividade e a

desigualdade do processo. É nesse sentido que ela surge como uma forma de distribuição do ônus do tempo entre as partes que litigam.

Faz-se fundamental, portanto, entender a importância do instituto inserido no ordenamento jurídico pátrio pela reforma de 1994. E, assim, enxergá-lo a luz do espírito de renovação que fomentou esta mudança: a principal preocupação é a de tornar o processo apto a realizar os seus escopos precípuos – leia-se, a concretização dos valores constitucionais-, de modo a dar a resposta adequada que a sociedade espera do direito.

É nesse sentido, que a proposta desta pesquisa foi analisar o requisito negativo estabelecido pelo legislador para a concessão da medida antecipatória, qual seja, a irreversibilidade dos efeitos do provimento. Ainda que não se questione a importância e a adequação da existência dessa regra para a manutenção da segurança jurídica do réu nas decisões proferidas com arrimo em cognição sumária, concluiu-se que a observância deste requisito não pode se revestir de um caráter absoluto e significar obstáculo intransponível para o deferimento do pedido.

Com efeito, a concessão do pedido de tutela antecipada, via de regra, enseja o conflito aparente de direitos fundamentais, no que toca ao âmbito processual, o princípio da segurança jurídica *versus* efetividade. Contudo, a solução legislativa, ao criar a técnica antecipatória, ponderou, de antemão, essa antinomia (reitere-se, aparente) e privilegiou a efetividade da jurisdição, diferindo a segurança jurídica, em especial o contraditório e a ampla defesa, para momento posterior.

Nesse sentido, o cerne do problema apresentado pela presente pesquisa é o caso específico da *irreversibilidade recíproca*, situação não prevista pelo legislador, mas que a doutrina e a jurisprudência buscaram superar, em que qualquer que seja a decisão proferida pelo juízo acarretará, indubitavelmente, dano irreversível para uma das partes. Diante dessa situação, pôde-se perceber que a análise acurada do caso concreto é fundamental para que se alcance a decisão mais justa possível.

Destarte, a doutrina majoritária é no sentido de que quando o magistrado estiver diante da irreversibilidade recíproca, este deve aplicar o princípio da proporcionalidade e, por meio do juízo de ponderação, sopesar os bens jurídico em tensão, para, então, decidir acerca da flexibilização ou não da regra prevista no §2º, artigo 273, que veda a concessão de medida antecipatória com efeitos irreversíveis.

Nesse caso, concluiu-se que a regra supracitada não pode se revestir de um caráter absoluto, nem tampouco ser um obstáculo intransponível, de modo que sua aplicação irrestrita ensejaria o esvaziamento do instituto estudado que, reitere-se surge como uma das soluções

para o maior desafio do processualista moderno: proporcionar efetividade ao direito e amenizar os efeitos nefastos do tempo.

É cediço que a técnica antecipatória pretende garantir uma tutela adequada, tempestiva e efetiva e, indeferir tal pedido pode, em verdade, significar a denegação da própria prestação jurisdicional.

Por meio do presente trabalho pôde-se perceber que o direito está longe de ser uma ciência exata, expressada por fórmulas prontas, certas e instantaneamente aplicáveis. O fenômeno da vida cria realidades fáticas diversas, sendo, portanto, impossível que o legislador preveja todas e quaisquer situações que possam ocorrer. É cediço que os fatos estão sempre a frente da previsão legal. Sendo assim, a atuação do juiz para dirimir o conflito de interesses das partes é fundamental para que se chegue o mais próximo possível da justiça no caso concreto.

A regra insculpida no artigo 273 do Código de Processo Civil é genérica, sendo aplicável aos procedimentos em geral, o que imputa ao julgador a prudência, a ponderação e a análise acurada dos fatos para que se possa alcançar o máximo de efetividade de que se espera da atuação estatal, de modo que não se vilipendie os princípios constitucionais espriados pelo Processo Civil.

Não é demais repisar as linhas que permearam o presente trabalho, no sentido de que uma das maiores preocupações do processo civil moderno é o escopo constitucional da efetividade, de modo a alcançar o bem comum e a realidade social. Assim, diante da questão extrema, mas corriqueira, da irreversibilidade dos efeitos da medida para ambas as partes, depreende-se que é imprescindível, em alguns casos concretos, abrandar o rigor normativo da regra insculpida no §2º, do artigo 273. Caso contrário, a técnica processual não cumprirá a finalidade para a qual foi destinada.

Nesse sentido, nos casos em que o direito do autor, então mais provável, conforme prova robusta e verossimilhança das alegações indicarem, indeferir o pedido antecipatório sob o argumento de que há uma regra que veda a concessões em caso de irreversibilidade para o réu é denegar a própria prestação jurisdicional, e imputar ao julgador o dever de deixar perecer o direito que justamente lhe parece mais provável. É provocar um mal maior para proteger um mal menor.

Sendo assim, à luz do princípio da proporcionalidade, o juiz deverá conceder a tutela antecipada irreversível quando o prejuízo a ser evitado alvejar bem jurídico de maior importância/peso que o dano irreversível a bem de menor peso da parte ré. Contudo, ressalve-se que se, quando do sopesamento dos interesses em conflito, o bem jurídico do réu for de

maior valor social também não será possível a concessão da medida que antecipa a tutela definitiva.

Desse modo, é indiscutível a importância de que se reveste a atuação do magistrado. Por meio de sua análise acurada do caso concreto, ponderando o conjunto de elementos que circundam a lide poderá buscar a decisão mais condizente com a justiça social, salvaguardando, assim, a efetividade do direito material prevalecente.

O tema trazido à baila por meio desta pesquisa é extremamente interessante e desafiador. Buscou-se, portanto, analisar profundamente o instituto da tutela antecipada e encontrar possíveis soluções para a questão prática da irreversibilidade recíproca enfrentada diariamente pelos magistrados brasileiros. Contudo, não houve qualquer pretensão de esgotar o tema, de modo que se lançou uma alternativa eficiente para resolução de casos difíceis como o ora exposto. Desse modo, defende-se que o magistrado deve lançar mão da proporcionalidade para resolver antinomias aparentes descortinadas pela questão do pressuposto negativo de irreversibilidade da medida.

Tem-se que, por não prever situações de irreversibilidade recíproca, o legislador deixou uma lacuna a ser preenchida pela atuação do juiz na análise do caso concreto e pela doutrina jurídica. Uma alternativa legal para dirimir qualquer dúvida acerca da intenção do legislador seria incluir no texto da norma expressão que denote o seguinte sentido: “§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, salvo se a não concessão da medida causar dano irreversível à bem jurídico de maior valor do autor”.

Sabe-se que é iminente a promulgação de um novo Código de Processo Civil, estabelecido pelo Projeto de Lei 8.046/2010 que tramita no Congresso Nacional, já aprovado pela Câmara dos Deputados e remetido ao Senado Federal, ante a extrema necessidade de se dar unidade ao diploma de Ritos, corrompida pela série de reformas pontuais já efetuadas.

Sendo assim, vale questionar acerca do problema proposto no presente trabalho à luz do novo CPC.

A pesquisa em questão cuidou de destacar pontualmente que o Novo CPC dará nova roupagem ao instituto da Tutela Antecipada, alterando sua sistematização e até sua nomenclatura. Contudo, destaca que, conforme o projeto apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, o requisito da reversibilidade da medida ficará incólume, tendo, apenas uma alteração textual para melhor, já que o legislador deixará expresso que o que não pode (em regra) ser irreversível são os efeitos do provimento e não o provimento em si.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derechos Sociales y Ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoría de Los Derechos**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Antecipação da Tutela**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

ÀVILA, Humberto. **A Teoria dos Princípios**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)> 2005. Acesso em: 13.10.14

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998.

BEDAQUE, José Roberto. Zavascki, Teori Albino. CARNEIRO, Athos Gusmão *apud* DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Bahia: Juspodivm, 2012, p.492.

BERMUDES, Sergio. **A Reforma do Código Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República**- Casa Civil- Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)> Acesso em 28 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.144.656/ES**. Recorrente: estado do Espírito Santo. Recorrido: Leste Importadora e Exportadora. Relator: Min. Adhemar Maciel. Brasília, 6 out. 1997. Disponível em: <[ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita](http://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita)> Acesso em: 20 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. 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: <[ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC)> Acesso em: 20 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 446.747-4/6-00**. Agravante: PRO TESTE Associação Brasileira de Defesa do Consumidor. Agravadas: Cia. Brasileira de Distribuição e Outro. Relator: Des. Ênio Zuliani. São Paulo, 20 jun. 2006. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em 5 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Agravo de Instrumento n. 446.747-4/6-00**. 11668620098070000 DF 0001166-86.2009.807.0000, Relator: SANDRA REVES VASQUES TONUSSI, Data de Julgamento: 29/04/2009, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: 05/05/2009, DJ-e Pág. 65. Disponível em: <www.tjdf.jus.br>. Acesso em 5 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 2002.002.20188**. 1ª Ementa. Relator: Des. Sergio Cavaliere Filho. Julgamento: 16/04/2003 – 2ª Câmara Cível. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 5 dez 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70015196025**. 9ª Câmara Cível. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 5 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. **Agravo de Instrumento: 201102010022617**. Relator: Des. Federal Fátima Maria Novelino Siqueira. Data do julgamento: 07;12;2011. 8ª Turma Especializada. Data de publicação: 19 dez. 2011. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em: 20 nov. 2014.

CABRAL, Antônio Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil**. Novas tendências do Processo Civil: Estudo sobre o projeto do novo código de processo civil, Bahia: Juspodivm, vol II, 2014, p.107.

CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**. 20 Ed. São Paulo: Lumen Iuris, 2013.

\_\_\_\_\_. **Tutela Antecipada e plano de saúde: conferência proferida em 6.10.2008 no Fórum Permanente de Direito do Consumidor da EMERJ**. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar, v.11, n.2, p.737-753, jul/dez, 2008. Disponível em: <www.revistas.unipar.br › Capa › v. 11, n. 2 (2008) › Câmara> Acesso em: 3 ago. 2014.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Lisboa: Almedina, 2002.

COSTA, Roberta Pereira Negrão. **Proporcionalidade. Uma Clarificação do Conceito**. 2013. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1437974> Acesso em: 29 nov. 2014.

CRUZ, Danilo Nascimento. CRUZ, Karine Rodrigues Piaulino. **O Processo Civil Contemporâneo: Aspectos conceituais, constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em

<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20PROCESSO%20CIVIL%20CONTEMPORANEO%20-%20ASPECTOS%20CONCEITUAIS.pdf>>, 2009. Acesso em: 13.10.2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 14 Ed. Bahia: Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 Ed. Bahia: Juspodivm, 2012, v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FUX, Luiz et al. **Novas tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. 1 Ed. Vol. II. Bahia: Juspodivm, 2014.

GONDINHO, André Osório. **Técnicas de cognição e a efetividade do processo**. 1999. Disponível em: <[www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/.../Revista08\\_99.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/.../Revista08_99.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2014..

GUIMARÃES, Neiva Schuvartz. CEOLIN, Ana Caroline Santos. **A polêmica a respeito da Antecipação de Tutela na hipótese de irreversibilidade de seus efeitos**. 2010. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/45>>. Acesso em: 31 nov. 2014

HOUAISS, Antônio. **Pequeno Dicionário Enciclopédico Koogan Larousse**. Rio de Janeiro. Editora Larousse do Brasil Ltda., 1980.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 41 ed. v.II, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KOEHLER, Frederico e MIRANDA, Gabriela. **Conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência**. Novas tendências do processo civil: estudo sobre o projeto do novo código de processo civil. 1ed, vol II. Bahia: Juspodivm, 2014.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada: reversibilidade dos efeitos do provimento e princípio da proporcionalidade**. In: Revista dos Tribunais a. 92, v. 815, set. 2003.

MAIA, Alexandre. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares**. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/553/r145-05.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 18.10.2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 12 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Do Processo Civil Clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social**. ABDPC, 20 jul. 2004. Disponível em: <[www.abdpc.org.br/abdpc/artigos.asp?ordem1=artigo](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos.asp?ordem1=artigo)>. Acesso em: 25 nov. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.25.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **A Tutela Antecipada e o Perigo da Irreversibilidade do Provimento antecipado**. 2005. Disponível

em:<[www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revcesumar/article511](http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revcesumar/article511)> . Acesso em 29.10.2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4 ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**, 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NETTO, Fernando Gama. **A ponderação de Interesses na Tutela de Urgência Irreversível**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2012.

PICAZO, Luis María Díez. **Sistema de derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A Interpretação Jurídica no Pensamento de Dworkin: Uma Abordagem**. Coimbra: Almeida, 2005.

SANCHÍS. Luis Pietro. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Editora Trotta, 2003.

SILVA, Ovídio Batista da. **Processo Cautelar**. 4 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAPELLETI e GARTH, Bryant *apud* TOMAZONI, Fernanda Ruiz .**Tutelas de Urgência – (ir) reversibilidade**. Ed 1. Curitiba: Juruá, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição do Processo**. 2 Ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações Entre Processo e Constituição**. Ed.2. São Paulo: Atlas, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais**. Revista do Tribunal Regional Federal: 1 Região, v. 7, n. 3, p. 15- 32, jul./set. 1995.

\_\_\_\_\_. **Antecipação da Tutela**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

