

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA - UFJF

FACULDADE DE DIREITO

ADRIANA VILELA TEODORO

**A irreversibilidade da tutela antecipada a luz do princípio da
proporcionalidade**

Juiz de Fora

2013

ACADÊMICO

ADRIANA VILELA TEODORO

**A irreversibilidade da tutela antecipada a luz do princípio da
proporcionalidade**

Monografia de conclusão de curso apresentada à faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Clarissa Diniz Guedes, na área de Direito Processual Civil.

Orientadora: Prof^a. Clarissa Diniz Guedes

**Juiz de Fora
2013**

ADRIANA VILELA TEODORO

**A IRREVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA A LUZ DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

Monografia de conclusão de curso apresentada à faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Clarissa Diniz Guedes, na área de Direito Processual Civil.

Aprovada em 28 de agosto de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Clarissa Diniz Guedes - Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Flavia Lovisi Procópio de Souza
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. João Daniel Gonelli
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho ao meu pai, Cláudio, que sempre me apoiou e sonhou meus sonhos,
fazendo o possível para realiza-los.

À minha mãe, Marlene, meu exemplo de força e superação, à base da minha vida.

Ao meu irmão, Rodrigo, que sempre está disposto a me ajudar e é meu modelo de
perseverança e conquista.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a realizar uma análise do § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, demonstrando que tal se afigura por demasiado abrangente quanto a sua aplicação às situações fáticas. A reversibilidade, como requisito negativo da tutela antecipada, não observa casos excepcionais, nos quais os efeitos satisfativos precisam ser antecipados, mesmo que em prejuízo do direito do réu, haja vista que se não for salvaguardado o direito lesado ou ameaçado de lesão, poderá se tornar inútil o prosseguimento da ação. Destarte, o juiz, diante de tais excepcionalidades, deverá relativizar a aplicação do § 2º do artigo 273 do CPC, com o fito de garantir o direito provável do autor, devendo se pautar no princípio da proporcionalidade para cumprir tal mister, realizando uma ponderação de valores, para atingir a decisão mais justa ao caso concreto. Corroborando com esse entendimento, faz-se um exame da jurisprudência acerca do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em relação a questão da irreversibilidade da tutela antecipada.

Palavras-chave: 1. Tutela antecipada. 2. Irreversibilidade. 3. Princípio da proporcionalidade.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	7
1.	TUTELA ANTECIPADA	12
1.1	CONTEXTUALIZAÇÃO DO ARTIGO 273 DO CPC	12
1.2	TUTELA ANTECIPADA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	16
1.3	CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA TUTELA ANTECIPADA PREVISTA NO ARTIGO 273 DO CPC	18
1.4	PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA	20
1.4.1	Prova inequívoca e verossimilhança	21
1.4.2	Dano irreparável ou de difícil reparação (ART. 273, I DO CPC)	22
1.4.3	Irreversibilidade	24
2.	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	26
3.	IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	30
4.	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA IRREVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA	37
	CONCLUSÃO	44
	REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O Estado tomou para si o monopólio da função jurisdicional, assumindo a responsabilidade de promover a plena realização dos valores humanos e a de dirimir os conflitos sociais. E para se alcançar essa pacificação com justiça, cria normas reguladoras da convivência social, bem como assume o compromisso de torná-las efetivas, propiciando aos indivíduos lesados ou ameaçados, pela violação da norma, a devida proteção.

O ordenamento jurídico brasileiro é caracterizado pela supremacia da Constituição, a qual dá unidade ao sistema, estabelecendo princípios norteadores de toda a legislação ordinária, responsável por dar efetividade aos ditames previstos na Carta Magna. Para tal mister, a própria Constituição condiciona toda a ordem jurídica pátria, fixando limites ao conteúdo das leis e apontando diretrizes ao legislador. As leis processuais, assim, são compreendidas, interpretadas e aplicadas segundo os ditames constitucionais.

Conforme assegura o artigo 5º, XXXV, do texto Constitucional vigente, ao direito de acesso à justiça não poderá haver nenhum obstáculo, devendo o Poder Judiciário apreciar toda e qualquer “lesão ou ameaça a direito” sofrida pelo autor, desde que seja provocado. Desta feita, entende-se que a tutela jurisdicional é o apoio, a proteção, a diligência que os órgãos jurisdicionais do Estado prestam aos direitos efetiva ou potencialmente lesados. A prestação da tutela jurisdicional, isto é a apreciação das lesões ou ameaças a direitos, pode ser entendida, em última análise, como a imposição de medidas essenciais à manutenção ou reparação de direitos reconhecidos.

O processo é visto, então, como um instrumento para a concretização do direito material em discussão, tendo por escopo proteger os valores sociais mais importantes, e, por isso, deve proporcionar um resultado com certa rapidez, sob pena de se ter um provimento jurisdicional despido de utilidade. Neste diapasão, surge o ideal de *efetividade do processo* como uma garantia fundamental, que pode ser extraído da própria Constituição, ao se tomar como base os princípios ali insculpidos que regem o sistema processual brasileiro.

Não basta, portanto, assegurar-se apenas o direito material. Há que se estabelecer mecanismos hábeis a solucionar as controvérsias, e que tais conflitos sejam dirimidos em tempo razoável, para que se tenha uma decisão efetiva. A efetividade é vista assim, como componente inarredável das garantias constitucionais do processo.

Tal garantia representa um verdadeiro direito público subjetivo contra o Estado, devendo este oferecer uma estrutura instrumental capaz de assegurar não apenas formalmente o direito, mas uma proteção real. Ora, a situação apresentada ao Estado, solucionador de litígios, é de uma *lesão ou ameaça a direito*, e aquele que se sente prejudicado não é obrigado a suportar, por período demasiado longo, a invasão em sua esfera jurídica que não considera justa. Sendo assim, o processo tem que ser um meio *efetivo* de proporcionar ao titular da situação substancial um provimento que se equipare ao cumprimento espontâneo da norma que regula o direito. Eis o conteúdo da efetividade do processo, de tal relevância que foi erigida à categoria de norma-princípio pela tábua axiológica máxima do ordenamento jurídico pátrio.

Por outro giro, consagra a Constituição que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LVI), assegurando aos litigantes “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Trata-se de um conjunto de garantias que podem ser traduzidas na segurança jurídica, princípio também de ordem constitucional, derivado do Estado Democrático de Direito, cuja densidade insere não apenas a liberdade, como também todos os bens, considerados em sentido amplo.

Para se obter o ideal de segurança jurídica, o decurso do tempo é inevitável. Há que se percorrer todo um caminho processual, com previsão de situações que garantam o contraditório e a ampla defesa, bem como estabelecer meios recursais que possibilitem uma revisão de um provimento que se considere injusto. Tudo isso demanda um lapso temporal que pode ser incompatível com a efetividade da jurisdição, em especial quando houver risco de perecimento de um direito que necessita de uma tutela urgente.

Está-se diante de um choque principiológico, uma colisão entre princípios igualmente tuteláveis, com força constitucional e gozando da mesma dignidade. Em

tais hipóteses – em que o direito à segurança jurídica não puder conviver na mesma situação fática com a efetividade da jurisdição – há que se buscar uma alternativa harmonizadora, dentro do próprio ordenamento, para solucionar a colisão entre direitos fundamentais dos litigantes.

É com tal propósito que o legislador criou as medidas de urgência, já que o lapso temporal pode prejudicar o direito que se pretende tutelar, em situações de risco iminente. Sendo assim, em nosso sistema jurídico, como em grande parte dos sistemas jurídicos pelo mundo, permite-se a convivência da *segurança jurídica*, haja vista que todo o trâmite processual será respeitado até que se chegue a um provimento final, com a *efetividade da jurisdição*, com a outorga de provimentos antecipatórios e provisórios, hábeis a evitar o perecimento do direito objeto do litígio frente às situações de risco. É isso que se procurou estabelecer com a *tutela antecipada*, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro.

O instituto sobre o qual recai o presente trabalho conjuga, então, estes dois princípios, com a prevalência do direito à efetividade, em certas situações específicas, sobre o direito à segurança processual. Isto ocorrerá quando se tiver preenchido o pressuposto para a concessão do provimento de caráter antecipatório, qual seja, esteja o titular de um direito ameaçado ou lesado em tal situação que a efetividade processual se encontre ameaçada, caso não seja adotada uma medida emergencial. O tempo para se chegar a uma cognição exauriente não pode ser óbice para a efetivação da tutela pleiteada. A demora para a solução da controvérsia pode gerar um dano irreparável para o autor que tem razão, perdendo o provimento final sua efetividade.

Para que a tutela antecipada seja concedida, faz-se necessário que o juiz se convença, através da prova inequívoca apresentada pelo autor, da verossimilhança da pretensão alegada. O princípio da segurança jurídica será, neste caso, flexibilizado na medida em que permite que os efeitos almejados com a tutela demandada sejam concedidos após a cognição meramente sumária, baseando-se na possibilidade do direito alegado pela parte.

Na busca a proteção do direito à segurança jurídica, o § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil estabelece a seguinte ressalva: “Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento

antecipado”. Essa exigência da reversibilidade dos efeitos da tutela, assim, pretende, em caso de improcedência do pedido, que seja possível o retorno da demanda ao *status quo ante* ao da concessão da medida antecipada satisfativa, buscando, portanto, proteger o direito daquele que teve a tutela antecipada contra si.

Cumprе ressaltar, que em casos extremos, a não concessão dos efeitos em caráter antecipatório implicará em perecimento do direito do autor. Destarte, tem-se um conflito entre a disposição do §2º do art. 273, que veda a concessão da tutela antecipada quando houver perigo da irreversibilidade do provimento, e o princípio da efetividade, o qual tenta salvaguardar o direito provável frente ao direito improvável, assim, evitando danos ao primeiro em prejuízo do segundo.

Contudo, para essa concessão dos efeitos irreversíveis da tutela, deve ficar evidente que o direito a ser tutelado em favor do autor, na situação concreta, é mais valioso do que aquele do réu, que será sacrificado. Em hipóteses como essas, surge o seguinte questionamento: como definir qual desses interesses é de fato o mais relevante a ser tutelado?

Neste ponto da explanação atinge-se o cerne da questão do estudo proposto. O presente trabalho tem como marco teórico os ensinamentos de José dos Santos Bedaque (BEDAQUE, 2001), que entende ser tarefa árdua definir normas abstratas para solucionar a questão, sendo a sensibilidade do juiz frente às circunstâncias concretas a melhor alternativa na busca do resultado mais adequado. Para a solução do problema o juiz deverá se respaldar no princípio da proporcionalidade, analisando as possibilidades fáticas e jurídicas, a fim de decidir de forma adequada qual dos direitos, do autor ou do réu, deverá prevalecer em detrimento do outro.

Quando da análise da possibilidade do provimento antecipatório ser irreversível, o juiz deve verificar a fundo o conflito de interesses e talvez até desenvolver uma cognição mais profunda acerca de qual direito merece ser tutelado. Nesses casos extremos, em que o juiz faz uma ponderação dos valores em conflito, a doutrina admite uma flexibilização do requisito negativo do artigo 273 do CPC, a fim de salvaguardar o direito alegado pelo autor, que corre sério risco de perecimento.

Preleciona José dos Santos Bedaque (BEDAQUE, 2001) que o provimento, por se fundar em cognição sumária, é incompatível com as garantias de segurança do processo, devendo incidir nesses casos o princípio da proporcionalidade, o que acarreta o sacrifício do valor menos relevante na situação de fato. Nestas circunstâncias extremas, em que estão em jogo valores superiores do ser humano, e não há uma legislação específica que os resguarde, o juiz poderá lançar mão de quaisquer mecanismos apropriados, desde que amparados pela Constituição, para se obter a tutela, com o fito de dar efetividade a demanda.

Ressalta-se que, na presente análise do art. 273, §2º do Código de Processo Civil, e entendendo pela flexibilização desse requisito, não se mostra conveniente a exploração do *abuso do direito de defesa ou intuito protelatório do réu*, uma vez que não se vislumbra a irreversibilidade, haja vista não existir dano irreparável ou de difícil reparação. Desse modo, o presente trabalho ficará restrito ao estudo dos casos em que “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I, CPC).

O estudo ora proposto encontra-se dividido em quatro capítulos, versando o primeiro acerca da contextualização da tutela antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro, bem como uma análise dos princípios constitucionais que fundamentam a tutela antecipatória. No mesmo capítulo faz-se um exame das características inerentes à tutela antecipada e dos requisitos exigidos para a sua concessão. Já o segundo capítulo abordará o princípio da proporcionalidade como um instrumento utilizado pelo juiz para a solução de conflitos entre direitos fundamentais.

A irreversibilidade, requisito negativo para a concessão da tutela antecipada, previsto no §2º do art. 273 do CPC, será o foco do capítulo três, que também enfocará a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo juiz para a melhor solução dos interesses em conflito. O quarto capítulo será dedicado ao exame jurisprudencial a respeito da irreversibilidade. Por fim, a conclusão obtida do presente estudo será tema do capítulo cinco.

1. TUTELA ANTECIPADA

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO ARTIGO 273 DO CPC

A expansão demográfica, associada com uma estrutura deficitária por parte do Poder Judiciário para atender as demandas que se multiplicavam, ocasionou uma excessiva demora na entrega da tutela jurisdicional. Na tentativa de resguardar o direito do autor que tem razão, e amenizar essa demora processual, os operadores do direito se valeram da tutela cautelar inominada, com o fito de antecipar os efeitos práticos da sentença. Nesse sentido, preleciona Bedaque (BEDAQUE, 2001, p. 290):

O poder geral de cautela, conferido ao juiz pelo art. 798 do estatuto processual, que deveria representar mecanismo excepcional de segurança, somente voltado para garantir o resultado útil do processo naqueles casos em que não houvesse previsão cautelar específica, passou a ser utilizado como técnica de sumarização da tutela jurisdicional definitiva.

Foi uma alternativa encontrada pelos juristas da época, no sentido de salvaguardar os efeitos deletérios do tempo sobre o bem da vida objeto do litígio. Com tal mister, no Código de Processo Civil de 1973, o legislador concedeu ao juiz o que se estipulou denominar *poder geral de cautela*, isto é, o magistrado poderá determinar medidas provisórias necessárias para assegurar o direito ameaçado de lesão grave ou de difícil reparação. É o que garante o art. 798, CPC, *ipsis litteris*:

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

Destarte, com o emprego da via cautelar, através do poder geral de cautela, acabava-se adotando solução satisfativa e irreversível para o conflito.

Ocorria que, com essa aplicação desordenada do art. 798 do CPC, para a concessão de medidas sumárias satisfativas, não eram observados princípios constitucionais como o contraditório e a ampla defesa, desrespeitando, assim, o devido processo legal.

As tais “medidas provisórias adequadas” referidas no artigo, sempre geraram na doutrina certa controvérsia quanto ao seu alcance. O cerne do dissenso situava-se em determinar se essas medidas eram apenas para assegurar o processo, ou se poderiam admitir também um provimento equivalente ao próprio direito material objeto da lide, cujo interessado afirmava ter.

Tal divergência doutrinária recaiu na jurisprudência, que, inicialmente, adotava uma postura radical de rejeição das medidas *cautelares satisfativas*. Gradativamente, os tribunais passaram a adotar uma postura diversa, passando a falar até em “ação cautelar satisfativa”. À mudança de entendimento jurisprudencial sobreveio a inefetividade do procedimento ordinário em satisfazer a pretensão do autor.

Ocorre que o procedimento ordinário não acompanhou as necessidades da sociedade que estava em constante transformação, haja vista tal procedimento não prever instrumentos hábeis a tutelar os direitos reclamados por essa comunidade em evolução, quando o bem da vida necessitasse de mecanismos protetivos urgentes. A morosidade da justiça, que acabava por gerar graves e intoleráveis injustiças concretas, levou à utilização das tutelas cautelares como tutelas satisfativas, a fim de promover a efetividade do procedimento ordinário.

Corroborando para esse entendimento, Teori Albino Zavascki (ZAVASCKI, 2009, p. 44-45), alega que “a ação cautelar passou a ser aceita, não apenas como instrumento para a obtenção de medidas para garantia do resultado útil do processo, mas também para alcançar tutela de mérito relativa a pretensões que reclamassem fruição urgente”. A expansão dessa tutela provisória acarretou abusos, ocorrendo muitas vezes o deferimento de tutelas mais que satisfativas, irreversíveis, o que inviabilizava o retorno ao *status quo ante*, afetando diretamente o contraditório e a ampla defesa, privando o réu ao devido processo legal.

Nessa conjuntura, adveio a reforma processual de 1994, com a criação da tutela antecipatória. Estabelecia a nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil a possibilidade de antecipar dos efeitos da sentença, em qualquer processo de conhecimento, desde que atendidos os requisitos descritos na norma. A necessidade do demandante de se amparar na tutela cautelar inominada, a fim de, obter uma medida satisfativa que afastasse a lesão do direito material reclamado, foi suprimida.

O Código de Processo Civil passa a consagrar, a partir da mudança, o direito a antecipação de tutela no próprio processo de conhecimento, ao invés da utilização da via cautelar inominada, fundada no artigo 798 do CPC, para a defesa do direito lesado ou ameaçado de lesão, em situações de urgência. Cumpre ressaltar que as inovações introduzidas no Código não tiveram o condão de inutilizar o processo cautelar, pelo contrário, elas vieram compor o elenco do gênero *tutelas de urgência*, sendo estas, designadas a salvaguardar situações com perigo de lesão ou ameaça a direito que não poderão aguardar o término do processo principal.

A doutrina processual civil admite duas espécies de tutela de urgência, a saber, a tutela cautelar e a tutela antecipada. “Identificam-se não só pelo escopo comum, mas também pela inexistência da coisa julgada como qualidade inerente ao pronunciamento que as contém. Distinguem-se, todavia, pelo caráter satisfativo de uma, inexistente na outra.” (BEDAQUE, 2001, p. 27)

Salvo os requisitos gerais exigidos para a concessão de qualquer tutela de urgência, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, cada espécie de tutela tem seus requisitos específicos. Dessa forma, podemos ressaltar alguns requisitos característicos de cada uma delas. O processo cautelar tem caráter de *referibilidade*, sendo assim, intrínseco ao seu desenvolvimento a existência de uma ação principal, presente ou futura.

No que concerne à tutela antecipada, disposta no artigo 273 do CPC, esta configura verdadeira antecipação do mérito da demanda, ao contrário da tutela cautelar, que visa apenas garantir o bem da vida em discussão. Desta feita, tem-se a tutela antecipatória proporcionando efetiva satisfação do direito material requerido na inicial, ainda que parcialmente, enquanto a tutela cautelar é um instrumento apenas assecuratório do direito afirmado.

O legislador com o intuito de diferenciar as tutelas satisfativas das cautelares, criou requisitos específicos que se não observados gera a decisão denegatória. Destarte, pode-se concluir que as tutelas de urgência são tecnicamente distintas, mesmo apresentando algumas características semelhantes, e possuindo a mesma identidade quanto à função constitucional que exercem.

Fundamental citar o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2011 p. 106), no que tange a distinção entre a tutela satisfativa e a tutela cautelar:

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”. A pretensão jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado.

Como se pode notar, neste ponto da exegese, o processo cautelar reassumiu sua finalidade clássica de instrumento assecuratório do direito sem satisfazê-lo, através de medidas adequadas previstas no ordenamento ou estipuladas pelo juiz. Já as medidas satisfativas do mérito, passaram a serem reguladas pelo art. 273 do CPC, devendo ser requeridas na própria ação de conhecimento, e observar os requisitos presentes no dispositivo para sua concessão, não sendo mais cabíveis como ação cautelar inominada.

A tutela antecipada inovou o processo de conhecimento, outorgando ao juiz o poder de deferir medidas típicas de execução, ainda no curso do processo, para a satisfação do direito alegado, dissociando-se da necessidade da propositura de uma nova ação, afastando, assim, da segmentação existente entre atividade cognitiva e executória. Nesse viés, pode-se afirmar que houve uma considerável valorização do princípio da efetividade jurídica, haja vista a maior eficiência do processo de conhecimento.

Sob esse prisma, cumpre colocar a citação de Teori Albino Zavascki (ZAVASCKI, 2009, p. 75), com o acerto que lhe é peculiar:

Mas o que se deve ter, sobretudo, presente quando se faz a exegese do art. 273 (CPC), é que ele representa uma nova concepção de processo civil, uma alteração nos seus rumos ideológicos, marcada pelo acentuado privilégio do princípio da efetividade da função jurisdicional. Ora, a especial salvaguarda desse princípio, feita pelo legislador, tem reflexos não apenas tópicos, ou seja, não apenas num ou noutro dispositivo codificado, mas passa a permear todo o sistema, que, por isso mesmo, deve ser reinterpretado à luz dos valores jurídicos assim privilegiados.

A introdução do artigo 273 no CPC oxigenou o sistema processual, propiciando ao titular do direito uma maior efetividade na satisfação daquilo que se pleiteia. Conclui-se, então, que esse artigo trouxe ao ordenamento uma nova percepção de processo civil, haja vista que é aplicado em diversos procedimentos, quando há compatibilidade, como, por exemplo, na ação rescisória e procedimentos especiais em geral, de maneira que permeou todo o sistema processual, conferindo ao (novo) processo que surge a obrigatoriedade de respeito a valores jurídicos que não podem ser olvidados.

1.2 TUTELA ANTECIPADA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal, ao garantir o acesso à justiça, através do devido processo legal, não se restringe à mera possibilidade de assegurar o ingresso em juízo, e à compensação do dano ao autor detentor do direito. Na verdade, o que realmente está sendo garantido é a justa tutela jurisdicional a todos, proporcionando-lhes remédios adequados a resguardar o direito ameaçado ou lesionado. O processo é o instrumento utilizado para realizar a satisfação do direito, devendo ele se mostrar eficaz e seguro. “O processo devido, destarte, é o *processo justo*, apto a propiciar àquele que o utiliza uma real e prática tutela.” (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 688)

O processo, como meio de realização do direito material, deve observar trâmites e procedimentos que se protraem no tempo, tendo como propósito o desenvolvimento de uma cognição exauriente que se aproxime da verdade dos fatos, assim, assegurando o devido processo legal as partes. Entretanto, “a demora

representa ameaça à efetividade, pois prolonga o estado de insatisfação do direito, afastando a necessária identidade entre a tutela jurisdicional e o cumprimento espontâneo do direito.” (BEDAQUE, 2001, p. 25)

Tendo em vista essa demora desarrazoada do processo, a eficácia prática da tutela pode ficar comprometida, com o risco de se ter um provimento final inútil. Dessa feita, se fazem necessários mecanismos que agilizem a entrega da tutela jurisdicional.

Por outro panorama, a Carta Magna em seu artigo 5º, LVI, assegura ao réu o direito de não ser privado de seus bens sem a garantia do devido processo legal, mais precisamente, o contraditório e a ampla defesa. Contudo, verifica-se uma contradição entre a necessidade de se conferir uma tutela efetiva ao sujeito possuidor do direito lesionado ou ameaçado de lesão, e a garantir, ao outro litigante, a plena defesa dos seus direitos.

Destarte, para garantir ao autor a efetividade da jurisdição, concede-se medidas provisórias para salvaguardar seu direito. Apesar dessa prevalência do princípio da efetividade ao da segurança jurídica, não ficará prejudicado o réu do devido processo legal, haja vista que o contraditório será relativizado provisoriamente, sendo observado em outro momento processual.

Acerca do tema, cumpre ressaltar o ensinamento de Teori Albino Zavascki (ZAVASCKI, 2009 p. 76):

Diríamos que, em nosso sistema constitucional, a tutela antecipatória somente se legitima para casos em que se torne indispensável à salvaguarda de outro valor de mesma estatura e que circunstancialmente venha a ser considerado prevalente. Não se pode em situações normais, prestar jurisdição por medidas de tutela provisória, como não se pode, em regra, legislar provisoriamente.

Desse modo, o magistrado deve ser cauteloso quando do deferimento da tutela antecipada *inaudita*, observando sempre o devido processo legal e sopesando os valores de ambas as partes, a fim de se chegar a uma decisão justa e adequada, uma vez que estão em discussão direitos fundamentais. Cumpre a ele também

afastar da incidência da antecipatória de urgência, situações em que não há risco de perecimento do direito. O sopesamento dos princípios conflitantes, portanto, não pode ser feito sem considerar as nuances da realidade *sub judice*. Há que se verificar, no litígio, as peculiaridades do caso concreto, para só então proceder à valoração principiológica e estabelecer a relação de precedência *condicionada*.

Todas as vezes que se estiver diante de uma colisão de princípios, o sopesamento tem que analisar as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Em determinado caso, um princípio prevalece; em outro, mudando-se o quadro fático, o princípio prevalecente pode ser diverso. Sendo assim, não há como passar despercebida a situação fática. É a ela atrelada a decisão acerca do sopesamento. Por isso se diz que se trata de uma relação de precedência condicionada.

É assim que deve se proceder quando se está diante de um pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Se de uma lado temos o direito do autor à efetiva prestação jurisdicional e ao resultado útil do processo, do outro temos o direito do réu ao devido processo legal, em especial no que tange ao contraditório e à ampla defesa. A análise tem que ser feita com cuidado ao se deferir o provimento antecipatório, e tem que levar em consideração, portanto, a situação de fato. Deve-se ter em tela a real necessidade de antecipar, em sede de cognição sumária, os efeitos que só seriam concedidos quando do provimento final.

1.3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA TUTELA ANTECIPADA PREVISTA NO ARTIGO 273 DO CPC

O instrumento processual contido no artigo 273 do Código de Processo Civil consiste em uma medida antecipatória concedida pelo juiz para antecipar, total ou parcialmente, na ação de conhecimento, os efeitos do *meritum causae*. Destarte, tem-se a satisfação provisória da pretensão autoral, visto que o juiz irá conceder em caráter antecipatório os efeitos práticos da sentença definitiva.

A tutela antecipada, a fim de resguardar o devido processo legal, tem caráter provisório, uma vez que se respalda em cognição sumária. A cognição

sumária é formada por um juízo de probabilidade, verossimilhança, do direito subjetivo alegado que será comprovado e revelado ao longo do processo.

A provisoriedade é característica marcante da antecipação dos efeitos da tutela. É o que se depreende da leitura dos parágrafos do próprio art. 273 do Código de Processo Civil. Diz-se que o provimento é provisório porque já nasce com o condão de perdurar apenas enquanto necessário for, podendo ser desconstituído quando não perdurarem os motivos pelos quais foi concedido, isto é, quando cessar o *periculum*; ou, ainda, quando for prolatada a sentença definitiva, que o confirma, substituindo-o, ou o rejeita. É provisória, a tutela antecipada, portanto, porque carrega consigo a precariedade, de maneira que o provimento pode ser modificado ou mesmo revogado a qualquer tempo.

De acordo com o que se demonstrou *supra*, a antecipação da tutela tratada neste trabalho é uma medida utilizada, em situações de urgência, para afastar o risco de perecimento do direito subjetivo, em razão do retardamento na entrega do provimento final. A urgência deve estar presente nas medidas antecipatórias como um elemento coibidor à injustiça da demora do procedimento ordinário. Vale reafirmar que, antecipar os efeitos da tutela definitiva não é antecipar a sentença, mas, sim, antecipar os efeitos executivos que a futura sentença poderá produzir no plano social. (ZAVASCKI, 2009, p. 51)

De forma acertada, Humberto Theodoro Júnior brilhantemente conceitua a tutela antecipada (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 686):

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio. Não se deve, porém, confundir antecipação de tutela apenas com as liminares que já se conheciam em várias ações especiais. Embora essas liminares tenham sido a primeira forma de propiciar antecipação de tutela, a forma generalizada de provimentos dessa natureza, concebida pelo atual art. 273 do CPC, compreende providências que tanto podem ocorrer *in limine litis* como no curso do processo, em qualquer tempo em que ainda não se possa executar definitivamente a sentença de mérito. Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente

traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.

O instituto da tutela antecipada permite que o juiz, quando requerido pela parte, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipe efeitos da decisão de mérito, dando provisório atendimento ao pedido, no todo ou em parte. Cumpre ressaltar que a medida satisfativa pode ser requerida, também, após o contraditório, bastando para tanto que o direito da parte esteja em risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

1.4 PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O legislador ao elaborar requisitos rígidos para a concessão da tutela antecipada, certamente, se preocupou com a gravidade desse ato, que pode vir a restringir direitos fundamentais do réu. O artigo 273, *caput*, do CPC, estabelece dois requisitos genéricos para a concessão de qualquer espécie de tutela antecipada, quais sejam: prova inequívoca e verossimilhança da alegação.

Os pressupostos genéricos, *suprarreferidos*, devem estar associados sempre, com pelo menos um dos pressupostos alternativos, previstos no artigo 273, I e II do Código de Processo Civil. Sendo estes pressupostos o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inciso I) ou o “abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório do réu” (inciso II).

Cumpre ressaltar que, no presente trabalho, não será abordado o pressuposto do abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório do réu, previstos no artigo 273, II do CPC, uma vez que não se verifica a incidência da irreversibilidade nesse pressuposto.

O julgador, quando da concessão da medida satisfativa, deve observar, também, o requisito negativo previsto no § 2º do artigo 273, do Código de Processo Civil, ou seja, a irreversibilidade da tutela antecipada, a qual será nosso objeto de estudo.

1.4.1 Prova inequívoca e verossimilhança

O legislador estabeleceu a *prova inequívoca* como requisito para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela. Há que se entender a prova inequívoca como uma prova robusta, capaz de convencer o julgador, em sede de cognição não exauriente, da plausibilidade do direito alegado, da verossimilhança das alegações trazidas na peça inaugural.

Os fatos alegados pelo autor terão que se respaldar em prova preexistente, que seja clara, se aproxime da verdade dos fatos e alcance nível tal de persuasão que não gere dúvida razoável a seu respeito. Contudo, seu grau de convencimento deverá ser inferior ao necessário para se alcançar a cognição exauriente, a qual precede o julgamento de mérito.

Cumprе salientar que a lei não estipula qualquer prazo para a concessão da tutela antecipada, de maneira que pode ser deferida ao longo de todo o procedimento, porém, antes da decisão definitiva de mérito. Em qualquer fase processual, convencendo-se o magistrado da plausibilidade do direito alegado, poderá ser concedida a antecipação dos efeitos da tutela, mesmo que o réu já se tenha manifestado no processo.

José Eduardo Carreira Alvim (CARREIRA ALVIM, 2009, p. 61), em seus ensinamentos, conceitual prova inequívoca:

Postas essas premissas, pode-se concluir que *prova inequívoca* deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal, que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável: ou, em outros termos, aquela prova cuja autenticidade ou veracidade seja provável.

Na busca pela definição da expressão verossimilhança, chega-se a compreensão equivalente a “semelhante à verdade”, o que não está errado, uma vez que o vernáculo, verossimilhança equipara-se a verossímil, que significa provável; semelhante à verdade; que parece verdadeiro. Contudo, a verossimilhança fundada na prova inequívoca, vai além da mera semelhança à verdade, buscando uma maior aproximação à verdade dos fatos.

Há que se estabelecer, com tal requisito, a plausibilidade do direito alegado. O que se pede em sede de tutela antecipada há que se fundar em uma situação provável, haja vista que se trata de uma cognição não exauriente.

O *fumus boni iuris*, requisito para a concessão da tutela cautelar, não pode ser entendido como sinônimo de verossimilhança, haja vista que para a cautelar basta “fumaça do bom direito”, ou seja, a aparência do direito. Já na tutela antecipada é necessário um maior grau de probabilidade do direito afirmado.

Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 692), discorre de forma acertada em relação à verossimilhança:

Quanto à verossimilhança da alegação, refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Sendo assim, a verossimilhança das alegações não se restringe apenas à possibilidade do direito alegado, referindo-se também ao *periculum*. A prova apresentada como fundamento não deve se pautar apenas em questões atinentes ao direito subjetivo sob o qual desenrola a lide, mas, antes e sobretudo, deve apontar a situação de fato que representa o real perigo de lesão ou ameaça a direito. Essa prova idônea deve conduzir o julgador à verossimilhança dos fatos alegados, bem como convencê-lo do *periculum* que permeia a situação de fato. Isso se dá porque a concessão, ou não, do provimento antecipatório depende da análise desses dois elementos, conforme se demonstrou até então.

1.4.2 Dano irreparável ou de difícil reparação (ART. 273, I DO CPC)

O pressuposto alternativo previsto no inciso I do art. 273, do CPC, condiciona a tutela antecipada à ocorrência de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, sendo esta uma *antecipação assecuratória*. Nessa

hipótese, a tutela pretendida é provisoriamente adiantada, visando evitar que o direito subjetivo afirmado pelo autor pereça ao longo processo. “Em outras palavras, antecipa-se em caráter provisório para preservar a possibilidade de concessão definitiva, se for o caso”. (ZAVASCKI, 2009, p. 77).

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 692) define que “receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.”

O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, que motiva a *antecipação assecuratória* é o perigo efetivo, aquele na iminência de ocorrer; real, e não o perigo que eventualmente venha a acontecer; e grave, ou seja, capaz de por fim ou comprometer o direito subjetivo do autor. Esse risco de dano pode anteceder o ajuizamento da ação, ou mesmo se dar no decorrer do processo de conhecimento. Nesses casos, o juiz poderá conceder a *antecipação assecuratória*, quando ficar demonstrado que a denegação da tutela poderá gerar dano irreparável ou de difícil reparação. Ressalta-se que nos casos em que o dano já ocorreu, a tutela antecipada poderá ser concedida, não para assegurar o direito subjetivo ameaçado, mas sim para fazer cessar o dano.

Observando os requisitos para a concessão da tutela cautelar, pode-se afirmar que o *periculum in mora* corresponde ao receio de dano, previsto para a tutela antecipada. Contudo, o *fumus boni iuris*, presente na cautelar, não se confunde com a verossimilhança, uma vez que o juízo de probabilidade da existência do direito, em sede antecipatória, vai além da “aparência do bom direito”, como já se afirmou nesse trabalho.

Na antecipação de tutela, como já demonstrado, o *periculum in mora* é requisito essencial à concessão da medida satisfativa, haja vista que a ausência desse perigo de dano para a efetividade do provimento final inviabiliza, em tese, a antecipação dos efeitos da tutela.

Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2011, p. 155) ensina o que vem a ser fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação:

Há “irreparabilidade” quando os efeitos do dano não são reversíveis. Entram aí os casos de direito não patrimonial (direito à imagem, por exemplo) e de direito patrimonial com função não patrimonial (soma em dinheiro necessário para aliviar um estado de necessidade causado por um ilícito, por exemplo). Mas, há irreparabilidade, ainda, no caso de direito patrimonial que não pode ser *efetivamente tutelado* através de reparação em pecúnia. Ou seja, existe irreparabilidade quando o direito não pode ser restaurado na *forma específica*.

O dano irreparável ou de difícil reparação em alguns casos que envolvem questões patrimoniais pode ser reparado através de perdas e danos. Entretanto, quando se trata de questões que envolvem direitos inerentes ao ser humano, a reparação em pecúnia não supre a perda do bem, no máximo pode ser considerado como uma forma de indenização, visto que os bens relativos à vida são inestimáveis.

1.4.3 Irreversibilidade

O legislador, ao propor o § 2º do art. 273 do Código, dispôs-se a impedir o uso desordenado da medida antecipatória, tendo em vista o que acontecia com a tutela cautelar inominada, antes da reforma de 1994. Deste modo, tal dispositivo, inserido no ordenamento, que ampliou a possibilidade de antecipação da tutela para qualquer procedimento ordinário, propõe-se a delimitar o âmbito de atuação das tutelas satisfativas, a fim de salvaguardar o direito fundamental à segurança jurídica.

O exame da irreparabilidade do prejuízo, de quem pleiteia a tutela antecipatória, recai sobre a impossibilidade de a situação concreta retornar ao *status quo ante*, em caso de improcedência da demanda. Entretanto, deve-se observar que a irreversibilidade, como pressuposto negativo para a concessão da tutela antecipatória, reporta-se aos efeitos, e não ao próprio provimento. Esse ato judicial, não poderia ser irreversível, haja vista que o provimento é provisório, sendo passível de revogação a qualquer tempo processual, antes da prolação da sentença. Sendo assim, pode-se dizer que a reversibilidade deve ser analisada no plano *prático*, e não no plano jurídico-processual.

A tutela antecipada é instrumento hábil a dirimir o conflito entre o direito provável e improvável, optando, o legislador, por evitar prejuízo irreparável àquele, segundo ensina o douto jurista José dos Santos Bedaque (BEDAQUE, p. 339). Os efeitos desse provimento são análogos aos da tutela principal, promovendo a satisfação antecipada parcial ou total do direito material pleiteado que, por se encontrar em uma situação excepcional e urgente, merece uma resposta judicial imediata.

2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No processo ordinário, quando requerida uma tutela antecipada, muitas vezes a pretensão do autor envolve direito fundamental de especial relevância, como, não raras vezes, o próprio direito à vida. Cria-se, assim, conflito entre princípios constitucionais, como já visto anteriormente, o qual deve ser solucionados pelo Estado Juiz, detentor da função jurisdicional.

Entretanto, este poder/dever que tem o Estado Juiz de resolver as dissensões advindas do convívio social não é um poder arbitrário, haja vista estar condicionado a regras e princípios que norteiam o ordenamento jurídico pátrio. Estando diante de tal cenário, há que se verificar se a decisão estatal pode ser considerada como coerente com a lógica de nosso sistema jurídico. Ora, há um conflito entre princípios constitucionais, que se encontram no mesmo patamar hierárquico da pirâmide normativa, devendo o magistrado proceder à uma cautelosa apreciação das condicionantes fáticas e jurídicas presentes, para determinar qual princípio deverá prevalecer.

É neste contexto que se faz o uso do princípio da proporcionalidade, em especial por meio da ponderação dos valores constitucionais colidentes diante de um caso concreto. Não se exclui, portanto, um princípio em detrimento do outro, pois é feito um sopesamento destes valores conflitantes, dando certa relevância àquele que se provar mais adequado a solucionar a desavença em apreço. Conforme Paulo Bonavides, “situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico se acham em antinomia, têm revelado a importância do uso do princípio da proporcionalidade.” (BONAVIDES, 2012, p. 439)

O princípio da proporcionalidade, muito embora não disposto de forma explícita no texto constitucional vigente, é de extrema importância e decorre do próprio Estado Democrático de Direito. Desta feita, pode-se dizer que a Constituição adotou o princípio da proporcionalidade, como se pode depreender da lógica trazida pelo Constituinte Originário em 1988.

O papel do princípio da proporcionalidade é de fundamental relevância, haja vista que é utilizado na defesa de direitos fundamentais que, não raras vezes,

entram em conflito diante de uma situação concreta. Sendo assim, ele atua como norte orientador ao aplicador do direito, que lançará mão de importante ferramenta interpretativa na busca da melhor solução para o caso. Nesse sentido, pondera o ilustre constitucionalista Bonavides (BONAVIDES, 2012, p. 412) que:

(...) o princípio contribui notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.

Tal entendimento é ratificado por Karl Larenz (LARENZ, 1997, p. 586), ao afirmar que “trata-se, em relação ao princípio da proporcionalidade, de um princípio jurídico material, que se converte em fio condutor metodológico da concretização da justiça da norma.”

O princípio da proporcionalidade tem sido um instrumento utilizado com frequência pelos Tribunais do país nas resoluções dos problemas resultantes de choques entre direitos fundamentais. Neste sentido, assevera Karl Larenz (LARENZ, 1997, p. 575), que “a amplitude com que a jurisprudência dos tribunais faz uso deste método explica-se, especialmente, pela ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas destes direitos (...)”

Desse modo, em caso de conflito entre direitos fundamentais, para se atingir a pacificação com justiça, um dos direitos deve ceder até certo ponto, perante o outro direito. Os tribunais devem interpretar as leis que restringem os direitos fundamentais de forma que o núcleo essencial do direito fundamental fique garantido. Para tal é preciso uma ponderação dos bens e direitos tensionados, de acordo com o peso conferido a eles na situação concreta. Cumpre salientar que a ponderação dos direitos em conflito realizada pelo juízo *a quo*, no caso concreto, deve ter como norte as decisões dos Tribunais Superiores, pois, se o magistrado não pode decidir arbitrariamente, deve pautar suas decisões conforme o entendimento já consolidado pela jurisprudência, evitando assim julgamento com uma alta carga de subjetividade.

Nessa perspectiva, poder-se-ia pensar que o magistrado, para solucionar uma demanda processual, suscitaria quando bem entendesse o princípio da proporcionalidade, aplicando-o da forma que entendesse melhor. Por isso é que a doutrina, há muito tempo, vem estabelecendo critérios para sua aplicação, como mecanismos para se evitar decisões subjetivas. A maioria dos doutrinadores que trata do assunto defende a adoção de três subprincípios da proporcionalidade, determinando que sua aplicação siga parâmetros pré-estabelecidos.

O primeiro subprincípio é a *adequação*, que se refere à verificação se o meio escolhido é adequado e pertinente para se atingir o resultado (relação de causa e efeito). Segundo Bonavides (BONAVIDES, 2012, p. 410), “com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido.” A adequação é, portanto, requisito que verifica se, com a adoção da medida sugerida, se atingirá o resultado que ela pretende alcançar. Em outras palavras, trata-se, em certa análise, de observar se a medida está apta a alcançar o fim a que ela se destina.

A *necessidade* é o segundo subprincípio da proporcionalidade, e estabelece que a medida não pode ultrapassar os limites imprescindíveis a manutenção do fim pretendido. É também chamado de exigibilidade, associando-se à busca do meio menos danoso dentre as possíveis opções existentes, para que se possa alcançar o fim buscado. Trata-se, portanto, de se estabelecer o meio menos oneroso à obtenção daquele resultado, isto é, entre as várias medidas *adequadas*, deve-se optar por aquela que causa o dano estritamente *necessário* à obtenção daquele fim. Pode-se até dizer que esse princípio estabelece a *proibição do excesso*.

E o último subprincípio, a *proporcionalidade em sentido estrito*, vem trazer a análise de ponderação. Deve o operador do direito fazer, nessa etapa, verdadeira análise de proporcionalidade, verificando se o que se ganha com a medida é de maior relevância do que aquilo que se perde. Trata-se, portanto, de uma avaliação de custo-benefício, onde é ponderada a relação entre os danos causados pela medida e os resultados benéficos obtidos.

O princípio da proporcionalidade, portanto, volta-se para a justiça do caso concreto, sendo um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais, as quais após

analisarem os prós e os contras da situação concreta, e realizarem um juízo de ponderação, alcançam a decisão mais justa ao caso em questão. É de extrema importância a observância dos critérios para a aplicação do referido princípio, haja vista que está-se diante de uma colisão principiológica, e que algum direito fundamental deverá ceder em face de outro.

3. IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O requisito negativo da reversibilidade dos efeitos da tutela antecipatória destina-se a garantir o direito fundamental do réu à segurança jurídica, atuando como verdadeiro filtro para a concessão dos provimentos antecipatórios, já que o réu pode ser prejudicado de forma irreversível através de uma decisão que se pretendia provisória. Essa medida se mostra adequada, haja vista que o deferimento de qualquer medida antecipatória irreversível, no plano fático, sem observar ao réu a garantia do contraditório e da ampla defesa, poderá tornar inútil a posterior defesa do litigante, e até mesmo o prosseguimento da ação.

O juiz, ao deferir a tutela antecipatória, se baseia em juízo de verossimilhança, entre um direito provável e um direito improvável, alcançando assim uma cognição sumária. Por essa razão, o que justifica o § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, que exige o retorno ao *status quo ante* dos efeitos da tutela antecipatória, é a necessidade de que o direito apenas provável não se torne com efeito permanente. O direito provável, ao se tornar imutável, transfere o risco de dano irreparável ou de difícil reparação da esfera jurídica do autor para a do réu. Desta forma, entende-se que a norma restritiva se mostra adequada em algumas situações irreversíveis, uma vez que promove um equilíbrio entre a antecipação do provável direito do autor, lesionado ou ameaçado de lesão, e o direito de defesa do réu, assegurando, assim, o devido processo legal.

Todavia, o dispositivo é por demasiado amplo, sendo aplicado, em grande parte dos casos, de forma indistinta aos direitos carecedores de tutela, e assim, pode prejudicar direito fundamental do autor, de forma que a denegação de um provimento antecipatório irreversível, pode-lhe trazer prejuízo superior ao sofrido pelo réu, caso seja concedida. Há que se considerar, que a não concessão da tutela antecipada irreversível, em favor do autor, pode ocasionar, em determinada hipótese, a perda do direito subjetivo por ele pleiteado, tornando ineficaz o provimento final. Assim, deixar de antecipar medida satisfativa, em prol do autor, pautando-se exclusivamente no argumento da necessidade de se conceder provimento reversível, implica em movimento contrário a busca da efetividade da justiça, que é conferida através da tutela antecipada.

Alguns doutrinadores levantam a discussão acerca da constitucionalidade da norma, posicionando-se no sentido de que essa restrição seria uma afronta ao artigo 5º XXXV da Constituição, impedindo o acesso à justiça e, conseqüentemente, a uma efetiva tutela jurisdicional. Contudo, esse não é o entendimento que ora se defende, haja vista que a reversibilidade do provimento se mostra necessária para assegurar o direito constitucional do litigante ao contraditório e à ampla defesa, pois, se irreversível fosse, o réu ficaria prejudicado de forma incontornável, haja vista que as perdas e danos não têm o condão de recompor a situação anterior, apenas compensá-la. A regra do § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil se legitima, a partir de uma harmonização entre princípios constitucionais da efetividade da tutela jurisdicional e da segurança jurídica.

Fernando Gama de Miranda Netto ampara esse entendimento, concluindo que, “assim, não parece ser necessária uma declaração de inconstitucionalidade. Basta que tal dispositivo seja interpretado conforme a Constituição para que não seja afetado o núcleo essencial da garantia da tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.” (MIRANDA NETTO, 2005, p. 109)

A tutela antecipatória tem como escopo a satisfação total ou parcial dos efeitos fáticos do *meritum causae*, concedendo ao autor uma satisfatividade provisória, haja vista que se trata de um direito apenas provável. Essa medida, em alguns casos, pode levar a uma situação fática irreversível, ao passo que em outros, o retorno ao *status quo ante* é possível. Portanto, a restrição à concessão de tutela antecipada irreversível refere-se aos efeitos gerados no plano prático, e não ao próprio provimento, no plano jurídico, visto que o ato judicial pode ser “revogado ou modificado a qualquer tempo” (art. 273, §4º, CPC).

Contudo, o requisito negativo da tutela antecipada não deve ser aplicado indistintamente aos casos irreversíveis, é necessário entendê-lo *cum grano salis*, pois há casos extremos em que a aplicação da norma pode comprometer por completo o direito do autor. Relevante transcrever, nesse ponto, as precisas palavras de Teori Albino Zavascki (ZAVASCKI, 2009, p. 102).

Reitere-se, contudo, que a vedação inscrita no citado § 2º deve ser relativizada, sob pena de ficar comprometido quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, são muitas as circunstâncias em que a reversibilidade corre algum risco, notadamente no que diz respeito à reposição *in natura* da situação fática anterior. Mesmo nessas hipóteses, todavia, é cabível o

deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos inversos, decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em prejuízo do improvável.

Cumprе observar que, em hipóteses excepcionais, pela própria natureza dos direitos e bens envolvidos, o deferimento da medida satisfativa implica em perda irreversível ao direito do réu, enquanto a denegação faz perecer o direito do autor. Diante desse impasse, surge o questionamento acerca de qual direito merecer ser tutelado em detrimento do outro, tendo em vista serem direitos fundamentais e a denegação de qualquer deles gerará dano irreparável a parte.

Na tentativa de elucidar esse conflito, cumpre citar o exemplo presente na obra de Teori Albino Zavascki. Na alfândega são retidas mercadorias perecíveis, para inspeção sanitária, entretanto, em razão de uma greve dos servidores, por exemplo, fica comprometida a realização de exames sanitários. Os produtos retidos com o passar do tempo se deteriorarão ficando, assim, impróprios para o consumo. Neste caso, o adquirente das mercadorias, visando não perdê-las, requer ao juiz, medida antecipatória para liberação da carga, ainda que não tenham sido realizados os exames sanitários. Em tal situação, deferida a medida antecipada satisfativa, a inspeção sanitária ficará totalmente comprometida, permitindo, assim, que possíveis produtos impróprios para o consumo sejam postos a venda, ferindo o direito à segurança jurídica conferida ao litigante. Contudo, denegada a tutela antecipatória, compromete a efetividade do processo, haja vista que ocorrerá o perecimento dos produtos, tornando inútil a futura liberação das mercadorias. Segundo Zavascki, “em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas.” (ZAVASCKI, 2009, p.103).

Outros exemplos, que merecem nossa atenção, são os mencionados por José Eduardo Carreira Alvim (CARREIRA ALVIM, 2009 p. 108). Quando o pedido de tutela antecipatória é direcionado à própria salvaguarda da vida humana, como nas transfusões de sangue não autorizadas pelos familiares por motivos religiosos; e em situações que para salvar a vida do paciente, se pede contra a sua vontade autorização judicial para amputar-lhe uma perna. Em casos como estes, não há dúvida quanto à irreversibilidade da medida, quando muito se pode pensar em

substituição a perna amputada por uma mecânica; já no caso da transfusão, não há como pensar em outra medida possível de amenizar o dano, em caso denegação.

Nesses exemplos, nota-se que valores pessoais e a convicção religiosa são sacrificados por um valor mais relevante que é a vida humana. Desta feita, ponderando-se os valores conflitantes, conclui-se pela concessão da tutela antecipada, visto que o bem da vida se sobrepõe aos valores pessoais e religiosos. Em situações que envolvem a preservação da vida, difícil é pensar na aplicação do § 2º do artigo 273 do CPC, admitindo-se a relativização desse artigo, bem como o sacrifício do valor segurança.

A concessão de efeitos fáticos irreversíveis da tutela, como nos casos acima, torna desnecessário o próprio provimento final, visto que a solução prática para o caso perde sua importância. Nestas circunstâncias, vê-se o direito a segurança jurídica totalmente sacrificado, ficando o devido processo legal comprometido. Contudo, mister se faz o provimento final, haja vista que a satisfatividade definitiva, alcançada com a tutela antecipada, situa-se no âmbito dos fatos, não no jurídico, necessário, portanto, a legitimação jurídica.

José dos Santos Bedaque adverte que, em situações como a autorização de liminar para transfusão de sangue, não há, no sistema, resposta compatível com a realidade. A urgência se mostra tamanha, que a medida prejudica por completo o contraditório e a ampla defesa. Acerca dessa problemática, argumenta que é impossível elaborar regras abstratas para resolver a questão, e “somente o confronto dos interesses em conflito, realizado à luz do princípio da proporcionalidade, permitirá resolver o problema de forma adequada.” (apud BEDAQUE, 2001, p. 344).

Situações complexas, como as apresentadas, não podem ser resolvidas simplesmente afastando ou aplicando o requisito negativo do artigo 273 do CPC. Como envolve direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna, cabe ao aplicador do direito analisar o caso concreto mais a fundo, e a partir de uma interpretação constitucional a respeito da irreversibilidade, ponderar a aplicação da norma, na busca de um resultado justo. Cumpre ressaltar, que além de serem direitos fundamentais, estes são prováveis, baseados em um juízo de probabilidade e revogáveis a qualquer tempo, até a prolação da sentença.

O ordenamento jurídico pátrio, não traz norma reguladora específica para esse tipo de situação. Assim, a fim de promover a harmonização desses direitos fundamentais em conflito, realiza-se a ponderação dos bens e princípios colidentes, analisando as possibilidades jurídicas e fáticas existentes no momento do sopesamento, para só então determinar qual deles deve preponderar.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2011, p. 202-203):

Lembre-se que os direitos fundamentais contêm uma espécie de reserva geral de compatibilização com outros direitos fundamentais, e que essa compatibilidade somente pode ser feita pelo juiz mediante a análise dos pesos dos bens conflitantes conforme as circunstâncias do caso concreto. Ou melhor, a regra da proporcionalidade constitui um método para a solução de conflitos entre direitos que contêm uma limitação imanente diante de direitos de igual porte e, dessa forma, também pode auxiliar na solução de conflitos de bens diante da tutela antecipatória. Quando o juiz, mediante a aplicação de tal regra, decide antecipar a tutela, admite-se o risco de irreversibilidade, até porque a proibição da concessão da tutela obrigaria o juiz a expor a risco de irreversibilidade exatamente o direito que, à luz da ponderação, merece tutela.

Neste panorama, com a busca da conciliação entre os princípios e garantias, norteadores do devido processo legal, entende a melhor doutrina pela aplicação do princípio da proporcionalidade, em especial para se buscar uma verdadeira implementação de justiça, que realiza a limitação de direitos fundamentais, desde que seja adequada e necessária para a salvaguarda de bens jurídicos abstratamente equivalentes. Como já abordado no capítulo anterior, o emprego do princípio da proporcionalidade deve observar três subprincípios, sendo eles, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Tendo em vista esses subprincípios, Fernando Gama de Miranda Filho (MIRANDA NETTO, 2005, p.105), citando Konrad Hesse, os define:

A restrição a direitos fundamentais deve ser, portanto, adequada para proteger o bem jurídico em virtude do qual ela é feita. Ela deve também ser necessária, o que não será o caso se um meio menos gravoso for suficiente. Ela deve finalmente, ser proporcional em sentido estrito, isto é, estar em correta relação com o peso e a significação do direito fundamental.

Desta feita, quando há o conflito entre direitos fundamentais e a norma a ser aplicada se mostra insuficiente ou inadequada à solução do conflito concretizado, a

devida solução a ser adotada é a “ponderação dos bens e valores concretamente tensionados”, com o intuito de identificar a “relação específica de prevalência de um deles”. Para se atingir a pacificação do conflito, o aplicador do direito deverá se valer desses subprincípios inerentes a constituição, buscando a conformação do caso concreto à luz de toda lógica constitucional, com o fito de estabelecer a relação de *precedência condicionada*, como já se explicitou *supra*.

Diante o exposto, parte-se a uma investigação da aplicação da proporcionalidade na solução do caso concreto. Em primeiro lugar, deverá o juiz realizar um juízo de verossimilhança das alegações, por meio da apreciação da prova inequívoca (*rectius*, robusta), atividade esta, comum a todas as tutelas antecipatórias. Após parte-se para a análise do caso concreto, etapa que pode ser tida como fundamental, na medida em que funciona como uma condicionante das possibilidades fáticas. Não há como ignorar os contornos que o caso *sub judice* assume, sob pena de se cometer injustiças que vão de encontro ao sistema jurídico no qual estamos inseridos.

Quando da análise do requerimento da tutela antecipada irreversível, o juiz deverá, *ab initio*, observar se o direito alegado pelo autor, além de preencher os requisitos exigidos pelo artigo 273 do CPC, configura-se direito constitucional. Caso o contrário, cabe ao juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar o §2º do artigo 273 do CPC, assegurando assim o direito constitucional do réu ao devido processo legal.

Em um segundo momento, quando do exame das circunstâncias do caso concreto, diante de uma situação extrema, cabe ao magistrado afastar a aplicação da norma restritiva e aplicar o princípio da proporcionalidade, para se alcançar uma decisão justa. Assim, o juiz, através da ponderação dos bens e valores colidentes, define qual o direito mais provável a ser tutelado em detrimento do direito menos provável, como preleciona o ilustre Luiz Guilherme Marinoni.

Salienta-se que o princípio da proporcionalidade, conforme ensina o jurista alemão Karl Larenz (LARENZ, 1997, p.575), exige uma ponderação de bens ou direitos envolvidos conforme o “peso” que é conferido ao respectivo direito ou bem. Ressalva que esta atribuição de “peso” ao bem ou direito é apenas uma imagem, não devendo ser considerado como mais valorado o bem quantitativamente maior ou monetariamente mais valioso, mas sim de acordo com os valores atribuídos a ele socialmente, consideradas as especificidades do caso concreto.

A partir dessa ponderação feita pelo magistrado, busca-se o menor prejuízo possível às partes, sacrificando-se o direito menos valioso em favor do mais valioso, de acordo com o que se depreendeu da aplicação do princípio da proporcionalidade. Importante frisar que esta dinâmica de verificação de valores envolvidos no caso concreto, somente deverá ser efetuada pelo juiz em casos excepcionais que envolvam direitos fundamentais.

Como já afirmado ao longo do trabalho, o que se verifica é a escolha entre o sacrifício completo da segurança jurídica ou da efetividade jurisdicional, que se justifica pela necessidade extrema advindo do risco de perecimento de um dos direitos.

Mister se faz ressaltar que esta possibilidade de antecipação de efeitos irreversíveis da tutela, tendo por base o princípio da proporcionalidade, deverá ser utilizado apenas em casos de efetivo perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I do artigo 273 do CPC). No caso da tutela antecipatória fundada no abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu, a flexibilização da regra do § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil não deverá ter vigência, isto porque, inexistente risco de dano irreparável ou de difícil reparação no que concerne ao direito do autor. (BEDAQUE, 2001, p.348)

Diante o apresentado, o presente trabalho visa demonstrar que o §2º do artigo 273 do CPC, deve ser flexibilizado ante às situações extremas, buscando-se a eficiência do procedimento ordinário, bem como a salvaguarda do direito lesado ou ameaçado de lesão. Para isso, deve o juiz recorrer ao princípio da proporcionalidade, o qual se destina a, partindo-se da análise do caso concreto, proporcionar soluções para o conflito, por meio da ponderação de bens e valores, a fim de tutelar o direito provável em detrimento do improvável.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA IRREVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA

Após estudo acerca do instituto da irreversibilidade na tutela antecipada, passa-se à análise do entendimento que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado a respeito do tema. Para isso, colheram-se algumas decisões proferidas por essa Corte, ou seja, realizou-se uma pesquisa das jurisprudências deste Tribunal, obviamente, sem o objetivo de esgotar o assunto, mas para respaldar o posicionamento ora defendido.

Primeiramente, se faz oportuno mencionar que os julgados abaixo colacionados demonstram que o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de flexibilizar a aplicação do § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, quando o direito provável do autor se mostra mais valioso que o direito do réu, no caso concreto.

O primeiro julgado¹ a ser analisado trata-se de uma ação de indenização por danos morais e materiais com pedido de tutela antecipada, por danos sofridos pelo autor, Carlos Henrique de Oliveira Silva Filho, em decorrência de infecção hospitalar, adquirida em UTI neonatal da ré. Em sede de tutela antecipada, o autor requereu o custeio, pela ré, Clínica Gênese (Wilka e Pontes Ltda), do tratamento médico específico para sua sobrevivência, haja vista ter o autor contraído infecção hospitalar durante internação após cirurgia de parto de sua mãe na maternidade ré.

Na instância de primeiro grau, o juiz indeferiu o pedido de tutela antecipada, alegando falta de verossimilhança. O autor interpôs agravo de instrumento, e a Egrégia Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (Rel. Des. José Cláudio Nogueira Carneiro), reformou a decisão de primeiro grau, para conceder parcialmente a tutela antecipada requerida, entendendo estarem presentes todos os requisitos para a concessão do provimento antecipatório, bem como a verossimilhança das alegações.

¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 801.600 - CE (2005/0199552-8) Rel. Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data: 25/12/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=937021&sReg=200501995528&Data=20091218&formato=PDF Acesso em: 04/08/2013.

Inconformada, a ré interpôs Recurso Especial, alegando a violação do artigo 273, § 2º do Código de Processo Civil, sustentando que se o pensionado (pagamento de tratamento médico do autor) for derrotado na demanda, a devolução do dinheiro recebido será irreversível, assim, não havendo possibilidade da tutela antecipatória no presente caso.

O Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial. Interessante transcrever trechos do voto² do Ministro Relator Sr. Sidnei Beneti:

A tutela antecipada, segundo a doutrina, deve ser reversível, ou seja, há de ser possível o restabelecimento do *status quo ante*, segundo requisito posto pela lei processual (CPC, art. 272, § 2º), como forma de manter a integridade do princípio do devido processo legal. 8.- Contudo, a linearidade da norma não se mostra aplicável em situações onde conflitam dois interesses em que, aquele que há de ser protegido pela antecipação mostra-se superior ao direito atingido pela irreversibilidade. E somente lançando mão do princípio da proporcionalidade poderá o Magistrado solucionar o caso de maneira adequada. Esta é a hipótese dos autos. (grifo nosso) Desse modo, são dois os bens jurídicos postos em questão: a necessidade imediata de tratamento médico do recorrido e a preservação do patrimônio da recorrente. A presente decisão implica, sem sombra de dúvidas, no sopesamento de valores.

Conforme voto do Ministro Relator, pode se depreender que, antes de aplicar o § 2º do artigo 273 do CPC, faz-se necessária uma apreciação do caso concreto e dos bens jurídicos em litígio, utilizando-se para isso do princípio da proporcionalidade. No caso do julgado a Corte Superior entendeu que, mesmo sendo irreversível o pagamento do tratamento do autor, o direito à saúde se sobrepõe à preservação do patrimônio, assim, decidindo pela manutenção da tutela antecipada, mesmo que está seja irreversível.

Cumprе ressaltar que o Tribunal se utiliza do princípio da proporcionalidade para chegar a uma decisão justa. Todavia o acórdão não demonstra de forma clara, em qual dos subprincípios da proporcionalidade embasou

² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 801.600 - CE (2005/0199552-8) Rel. Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data: 25/12/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=937021&sReg=200501995528&Data=20091218&formato=PDF Acesso em: 04/08/2013.

sua decisão. Em outras palavras, não aprofunda na aplicação da proporcionalidade, apenas a utiliza de forma generalizada. Desta feita, examinando o julgado deduz-se que a Corte ao sopesar os bens envolvidos, quais sejam, a necessidade imediata de tratamento médico do autor e a preservação do patrimônio da ré, apoiou-se no subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, fazendo assim uma ponderação entre os valores em questão.

Corroborando com esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, cumpre analisar outro julgado neste sentido. O segundo julgado³ refere-se à ação de indenização de danos morais e materiais proposta por Doraci Roberto, vítima de atropelamento, em face de STU - Sorocaba Transportes Urbanos Ltda. Foi concedida à autora tutela antecipada, para que lhe fosse pago um valor mensal a fim de possibilitar-lhe o tratamento médico necessário, em virtude do atropelamento sofrido.

A ré agravou a decisão que concedeu a tutela antecipada, sendo negado provimento a este recurso pela Egrégia Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, visto estarem presentes todos os requisitos para a concessão da tutela antecipada.

Insatisfeita a ré, STU - Sorocaba Transportes Urbanos Ltda. interpôs Recurso Especial, ao argumento de que “há, no caso, certeza quanto à irreversibilidade do provimento antecipado porquanto a autora é pessoa pobre e jamais poderá devolver os valores que a recorrente está sendo condenada a pagar-lhe”, dentre outros. O recurso, por unanimidade, não foi conhecido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Acerca desse julgado, importante transcrever um trecho do voto do Ministro Relator Sr. Ruy Rosado de Aguiar:

Nos casos de responsabilidade civil, a demora no deferimento da indenização, especialmente quando consiste no tratamento à saúde, pode significar o sacrifício do direito do lesado. Daí a necessidade de ser interpretada com flexibilidade a exigência dos requisitos de seu deferimento, para o que deverão ser ponderados os valores em causa. Quando a demora causar dano certo e irreparável, portanto,

³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 417.005 - SP (2002/0023494) Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data: 25/11/2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=385679&sReg=200200234942&sData=20021219&formato=PDF Acesso em: 04/08/2013

irrestituível, não cabe lançar essa mesma exigência sobre o lesado. Para isso, os bens jurídicos devem ser postos na balança: de um lado, a necessidade urgente de tratamento e assistência à pessoa pobre que perdeu as duas pernas; de outro, a diminuição do patrimônio econômico da empresa de transportes. Na ponderação, em casos tais, há de prevalecer a decisão que deferiu a tutela antecipada, mesmo que não se possa garantir o atendimento do disposto no § 2º do art. 273 do CPC. (grifo nosso)

A Corte Superior, neste julgado, manteve a tutela antecipada irreversível, haja vista a necessidade da vítima, que teve suas pernas amputadas em virtude do acidente ocasionado pela ré, a um tratamento médico adequado. Verifica-se tanto neste julgado, quanto no anterior, que, para a concessão da tutela antecipada irreversível, a norma foi flexibilizada frente ao caso concreto e os bens e valores em jogo.

Ao se proceder à análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que o Tribunal apoia-se no princípio da proporcionalidade para alcançar uma decisão justa. No primeiro caso analisado deduziu-se que a Corte se ampara no subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* para a concessão da tutela antecipatória, uma vez que realiza uma ponderação entre a necessidade do autor ao tratamento médico específico e o dano que essa concessão causaria a ré, que no caso seria um dano patrimonial. Verifica-se que o segundo acórdão está no mesmo sentido do primeiro, versando sobre os mesmos bens, sendo de um lado o direito da autora a tratamento médico periódico e de outro o patrimônio da ré. Neste caso, também se infere que o Tribunal se vale da *proporcionalidade em sentido estrito* para a salvaguarda a saúde da autora.

Destarte, nos dois casos analisados *supra*, conclui-se que a Corte emprega o princípio da proporcionalidade de forma abrangente não adentrando de forma precisa em seus subprincípios para a solução da questão. Ademais, percebeu-se que o direito do réu, se violado não geraria grandes prejuízos, visto que se encontrava pautado em questões basicamente patrimoniais, enquanto o do autor, em risco, era pautado na saúde, podendo ocasionar um dano irremediável ao autor se não tutelado.

A análise da proporcionalidade, *in concretum*, não poderia chegar a outro resultado. A observância do requisito da reversibilidade poderia causar ao autor um dano muito maior, como por exemplo, o comprometendo de sua vida, que o prejuízo

patrimonial experimentado pelo réu, caso a sentença negasse o provimento em sede de cognição exauriente.

Sendo assim, ainda que existam medidas que se mostrem irreversíveis no plano prático, tal não configura argumento suficiente para se indeferir o pedido de antecipação dos efeitos da tutela nesses casos. Há que se fazer uma ponderação dos interesses em jogo, sob pena de se cometer injustiças que não se coadunam com o atual estágio de desenvolvimento da consciência jurídica.

Em contrapartida, cumpre examinar o julgado⁴ do STJ que desconstituiu a tutela antecipada concedida pelo juiz de primeiro grau e confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A empresa Dominó Holdings S/A é acionista minoritária da Companhia de Saneamento do Estado do Paraná – Sanepar, possuindo ações ordinárias, adquiridas por leilão público, constando do edital a previsão de celebração de acordo de acionistas, cujas características foram pré- estabelecidas, dentre as quais a forma de composição administrativa da empresa.

O acordo de acionistas foi devidamente assinado depois da licitação, mas em fevereiro de 2003, o Estado do Paraná anulou o Acordo de Acionistas, pelo Decreto 452/03. Entretanto, o decreto foi considerado ilegal pelo STJ em sede de recurso ordinário em mandado de segurança.

Todavia, o Estado do Paraná propôs ação anulatória do acordo de acionistas requerendo tutela antecipada para a suspensão do acordo, sendo esta concedida pelo juiz de primeiro grau, e mantida, visto o não provimento de agravo de instrumento interposto pela empresa Dominó Holdings S/A, o que deu ensejo à interposição de recurso especial pela mesma.

No julgamento do recurso especial a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a tutela antecipada vinha violando os direitos da empresa requerente, Dominó Holdings S/A, com a redução do número de conselheiros indicados pela requerente, eliminação da participação da requerente na diretoria da SANEPAR, o estabelecimento de somente participação do Estado do Paraná para

⁴Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 13.304 PR (2007/0233365-9) Rel. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data: 25/09/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=723668&sReg=200702333659&sData=20071003&formato=PDF Acesso em: 23/08/2013

acréscimo e remuneração de adiantamentos para aumentos futuros do capital da empresa, dentre outros. Desta forma, a tutela antecipada, que havia sido concedida há dois anos, estava estabelecendo situação fática irreversível e prejudicando tanto a requerente quanto os demais membros do acordo de acionistas.

Tendo em vista a decisão da Corte de suma importância transcrever uma parte do voto⁵ da Ministra Relatora Sra. Eliana Calmon:

Entretanto, segundo entendo, não poderia o Judiciário do Paraná fazer da tutela antecipada fato consumado, de tal sorte que estabeleça situação fática irreversível, o que ocorrerá caso aconteça o aumento de capital na assembleia geral extraordinária, designada para o dia 02 do próximo mês. Não me antecipo, em sede de liminar acautelatória, sobre a nulidade do ato impugnado via ação anulatória. Entretanto, pondero que o Acordo de Acionistas seguiu as regras de um edital de leilão público e está agora a contrariar os interesses daquele que ocorreu ao edital, cumpriu todas as regras e investiu vultosa importância, adquirindo mais de 39% (trinta e nove por cento) do capital societário. Ora, diante da precariedade de uma tutela antecipada, da irreversibilidade da situação que está sendo consolidada ao longo dos dois anos de vigência da malfadada decisão, e do direito da requerente que atendeu a um chamamento do Estado, via licitação até aqui imaculada, com a só indicação de nulidade do ato, Assembléia de Acionistas, porque assinado pelo Secretário da Fazenda, não tenho dúvida em proteger o recurso especial que poderá vingar, e vingando restará irremediavelmente perdido, pela consolidação da situação fática. (grifo nosso)

Ante a análise do julgado, depreende-se que o grau de irreversibilidade da tutela era tão elevado que, por si só, desautorizava a tutela antecipada, haja vista os danos excessivos causados à situação jurídica estabelecida no acordo de acionistas. O Superior Tribunal de Justiça, em sua decisão, sobrepôs a irreversibilidade à probabilidade do direito, já que os prejuízos decorrentes da concessão do provimento antecipatório poderiam se tornar irreversíveis, na medida em que a redução do número de conselheiros indicados pela requerente, a eliminação da participação da requerente na diretoria da SANEPAR, bem como o estabelecimento de somente participação do Estado do Paraná para acréscimo e

⁵ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 13.304 PR (2007/0233365-9) Rel. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Data: 25/09/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=723668&sReg=200702333659&sData=20071003&formato=PDF Acesso em: 23/08/2013.

remuneração de adiantamentos para aumentos futuros do capital da empresa, entre outros, poderiam gerar consequências incalculáveis, constituindo óbice, inclusive, ao bom funcionamento da empresa. Ao revés, subsistia uma tutela antecipada com o fundamento de um direito apenas provável do autor, que pretendia anular o acordo celebrado entre os acionistas. Ora, utilizando-se o subprincípio da *necessidade*, que determina que a medida que restringe algum direito deve ser a menos onerosa possível, evitando-se os excessos, a conclusão a que se chega é que não deveria subsistir a medida antecipatória sob pena de se impor à empresa Dominó Holdings S/A gravame incompatível com a lógica do sistema processual vigente.

Diante de todo o exposto, observa-se que o § 2º do artigo 273 do CPC é relativizado conforme os valores em disputa no caso concreto e, a partir da proporcionalidade, os juízes sopesam os bens em jogo para se chegar a decisão mais justa, cumpre ressaltar que nas decisões que se apoiaram na proporcionalidade não demonstram de forma clara como foi aplicada o princípio, olvidando-se os íncritos julgadores de explicitar em que subprincípio da proporcionalidade foi embasada a decisão.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a estudar a tutela antecipada irreversível, demonstrando que a norma é muito abrangente, não levando em consideração as minúcias do caso concreto. Desta feita, demonstrou-se que o requisito negativo do artigo 273 do CPC é constitucional, entretanto, deve ser interpretado *cum grano salis*, visto que há situações excepcionais em que a denegação da tutela antecipatória poderá tornar inútil o provimento final.

Há circunstâncias concretas excepcionais em que a urgência é tamanha que o direito lesionado ou ameaçado de lesão do autor, se for tutelado pela medida satisfativa, poderá comprometer por completo o direito do réu. Nestes casos em que há um conflito entre direitos fundamentais do autor e do réu, a aplicação da norma pode não se mostrar a melhor solução para o caso, haja vista que não há uma análise dos direitos em atrito, a fim de tutelar o direito mais valioso, mas apenas a aplicação da norma diante da irreversibilidade.

Nesta perspectiva, não restam dúvidas de que aos magistrados, nos últimos tempos, é imposta uma profunda necessidade de ponderação de valores ao buscar a decisão mais justa. Ainda que pese a sumariedade das decisões em sede de tutela antecipada, não restam dúvidas de que, em determinadas situações, o julgador deve se posicionar em favor do direito reclamado pelo autor, mesmo que irreversível, haja vista que a peculiaridade da situação concreta e do direito lesado ou ameaçado de lesão assim exigem, ainda que para tanto ele prejudique direitos da parte contrária.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade desponta claramente como uma alternativa ao auxílio do julgador em sua ponderação de valores, no caso concreto, para determinar quando e em que circunstâncias deve o julgador optar pela efetividade processual em detrimento da segurança jurídica, haja vista os valores em questão.

Em seus níveis de adequação, necessidade e ponderação, o princípio da proporcionalidade é, sem dúvidas, o melhor mecanismo de avaliação dos valores em questão nos casos concretos que são submetidos ao crivo do juiz.

Em diversas situações, um estudo frio dos elementos processuais nos leva a conclusões que podem ser extremamente prejudiciais aos direitos fundamentais dos jurisdicionados que se submetem à análise dos julgadores, e é exatamente aqui que a proporcionalidade adentra aos processos nos momentos de estudo e avaliação sumária, realizado pelo julgador no momento de optar pela concessão ou não de uma tutela antecipada.

O princípio da proporcionalidade, portanto, passa a funcionar como critério objetivo de supressão da lacuna que a abrangência do texto legal deixou aos operadores do direito, permitindo ao julgador uma ponderação de valores sobre uma base objetiva para, só então, poder optar pela concessão da tutela antecipada em prejuízo do desenrolar exaustivo do processo.

Em outras palavras, o juiz, ao se deparar com o um direito fundamental que precisa ser protegido, pode e até mesmo deve, afastar o requisito negativo para a concessão da tutela diante do risco de irreversibilidade da decisão, com base nos elementos concretos que a proporcionalidade determina.

Nesse sentido, também segue a jurisprudência pátria que, em nome da proteção de direitos fundamentais, opta claramente pela concessão de tutelas antecipadas ainda que diante de uma situação com grandes riscos ou até mesmo confirmação da irreversibilidade fática, a exemplo da concessão de medicamentos e tratamentos de saúde.

Ora, em uma ponderação de valores, a proporcionalidade nos aponta que deve-se proceder à análise das vicissitudes do caso concreto, que vão revelar qual direito fundamental em jogo deve prevalecer. Assim, não restam dúvidas de que, como o presente trabalho busca apontar, o juiz deve se valer desse princípio como instrumento para a garantia de direitos fundamentais dos indivíduos.

Em suma, buscou-se demonstrar que a lei não é absoluta, devendo ser relativizada conforme o caso concreto, haja vista os direitos que estão em jogo. E para tanto o juiz deve se apoiar no princípio da proporcionalidade para chegar a uma decisão justa.

REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 405- 450.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev., ampl. e atual. até 19 dez. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela antecipada**. 5ª ed. (ano 2006), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2009.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. II. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- LARENZ, KARL. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 574- 610.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **A ponderação de interesses na tutela antecipada irreversível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Processo de execução e cumprimento de sentença, Processo cautelar e tutela de urgência**. Vol. II. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7^a. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.