

TUTELA ANTECIPADA: IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO COMO UM REQUISITO IMPEDIENTE RELATIVO DE SUA CONCESSÃO

Erick Menezes de Oliveira Junior*

RESUMO: *Realizar-se-á uma breve análise histórica do direito processual desde o momento em que foi vedado às partes o exercício da autotutela até o surgimento do direito processual como ramo autônomo do direito para, posteriormente, identificar as principais fases metodológicas, identificando-se as principais características que as permearam. Dessarte, analisar-se-á a fase instrumentalista do processo, no bojo da qual foram realizadas as micro-reformas processuais, que se denominaram de a reforma do processo, dentro da qual foi introduzido o instituto da tutela antecipada. Tencionando-se abordar este instituto sob uma perspectiva principiológica, identificar as principais funções desempenhadas pelas norma-princípios dentro do ordenamento jurídico, notadamente, a de ser um vetor interpretativo. Destacar-se-á a função desempenhada pelo princípio da razoabilidade, principalmente na resolução dos conflitos principiológicos e, dentre estes, notadamente, na resolução do conflito entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da efetividade, princípios fundamentais do processo civil e que balizam o instituto da tutela antecipada. Com efeito, esquadrihar-se-á o método interpretativo tópico, verificando-se as suas relações com o princípio da razoabilidade e com o instituto da tutela antecipada. Entrementes, será analisado detalhadamente o instituto da tutela antecipada, destacando-se o estudo dos requisitos exigidos, bem assim, dos impeditivos de sua concessão. Por fim, abordar-se-á especificamente o requisito impeditivo da concessão da tutela antecipada, qual seja, o da irreversibilidade do provimento antecipatório, procurando identificar qual a natureza jurídica dessa irreversibilidade: se é fática ou jurídica; se é relativa ou absoluta.*

Palavras-chave: Instrumentalidade; Razoabilidade; Tópica.

INTRODUÇÃO

O instituto da tutela antecipada foi inserido no Código de Processo Civil em 1994, pela Lei 8.952, mais precisamente através da inserção do art. 273 no Código de Processo Civil. Tal inserção foi feita dentro do contexto das micro-reformas processuais, que se convencionou chamar de *A Reforma do Processo*, que objetivavam dar uma maior efetividade ao processo civil, em consonância com os anseios dos jurisdicionados e do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial.

Dessarte, já se sobreleva do quanto exposto à importância da exata delimitação dos contornos do instituto da tutela antecipada, por conseguinte da exata identificação dos requisitos necessários e dos impeditivos para a sua concessão. Assim, buscar-se-á comprovar que a natureza jurídica da irreversibilidade do provimento antecipatório deve ser identificada a partir dos princípios e objetivos que justificaram a sua inserção no ordenamento jurídico pátrio, bem como do princípio constitucional da razoabilidade que informa todo o ordenamento processual.

Com efeito, procurar-se-á, ainda, identificar a função do princípio da razoabilidade nos casos de conflito entre os princípios informadores do processo civil, notadamente, entre o da efetividade e o da segurança jurídica, bem como analisar a interação entre o método de interpretação tópico e o princípio da razoabilidade.

* Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB.

Para esquadrihar tais aspectos do instituto da tutela antecipada, pesquisar-se-á, a partir de uma análise dos princípios constitucionais e processuais que informam a matéria, a partir dos dispositivos normativos, artigos jurídicos em revistas especializadas, levantamento bibliográfico, posições jurisprudenciais, fichamento, análise, interpretação e reflexão sobre a matéria. O presente trabalho tem como referencial teórico o princípio da razoabilidade, que tem uma função primordial na resolução de conflitos principiológicos.

MICRO-REFORMAS PROCESSUAIS

O Código de Processo Civil de 1973 representou um avanço, no que é pertinente a alguns aspectos da técnica processual, à utilização de conceitos modernos, à correta estruturação dos institutos, quando se compara com o instrumento normativo processual de 1939. Contudo, a preocupação dos legisladores daquela época ainda estava muito mais ligada à fase científica do direito processual, não existindo até então uma nítida preocupação com os resultados do processo, isto é, com sua efetividade.

Dessa forma, calcada na ideologia predominante de sua época, elaborou-se um Código onde o procedimento ordinário era a tônica, à medida que este normalmente continha uma demanda plenária, capaz de trazer para o processo todo o conflito de interesses qualificador da lide. Contudo, na sociedade de massas vivenciada atualmente, o fator temporal é de suma relevância na vida cotidiana, por conseguinte o processo ordinário, no qual o juiz estava impedido de conceder uma decisão liminar, acarretava, na maioria das vezes, uma ineficácia prática do provimento definitivo exarado pelo juiz, pois as partes não tinham condições de esperar longos anos para verem seus direitos tutelados.

Se certo é que essa concepção ordinarizante do processo civil trazia conseqüências nefastas para as partes, tornou-se insofismável que ela passou a ser insustentável a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que realçou o compromisso do Estado com uma tutela jurisdicional a quem tiver razão, mediante um processo justo, acessível e realizável em tempo razoável.

Nesse sentido, a Carta Magna ao estatuir, no art. 5º, inc. XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não se contentou em garantir um mero acesso à justiça, em sentido formal. Ao revés, pelo princípio constitucional da inafastabilidade do controle da jurisdição, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*, sem o que estaria vazio de sentido este princípio constitucional. Assim, quando a tutela adequada para o jurisdicionado for uma medida urgente, o juiz, atendidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de autorização formalística para tanto, uma vez que o fundamento para tal concessão é de matriz constitucional.

No sentido de fornecer uma instrumentação legal para alcançar a efetividade do processo, realizaram-se, nos idos de 1994 e 1995, micro-reformas processuais, que se convencionou chamar de *A Reforma do CPC*. Nesse contexto, a Lei 8.952/94 inseriu o instituto da tutela antecipada no processo de conhecimento ordinário regulado pelo Código de Processo Civil. Nesse diapasão, registre-se a lição de Barbosa Moreira (2001, p. 01):

Reformas legislativas de cunho exclusivamente (ou predominantemente) científico podem ser avaliadas em plano teórico. Reformas legislativas de cunho exclusivamente (ou predominantemente) prático só podem ser avaliadas à luz de seus efeitos concretos. Exemplo do primeiro caso seria a substituição de palavras do texto legal, para corrigir impropriedades terminológicas. Exemplos

do segundo caso são a introdução de institutos novos e a modificação substancial de institutos já existentes.

Dentro das reformas operadas no Código de Processo Civil, sem sombra de dúvida, a inserção da tutela antecipada erige-se em uma das principais, senão a principal reforma operada, tendo em vista que quebrou o paradigma clássico do processo de conhecimento ordinário, em consonância com o qual ao magistrado não era possibilitado proferir decisões liminares, isto é, antecipar os efeitos fáticos da futura sentença de mérito ou definitiva. A principal função da tutela antecipada é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva. A efetividade é a contrapartida que o Estado assegura as partes, ao proibir a autotutela de seus direitos.

Assim, ao se estatuírem os requisitos necessários e os impedimentos da concessão da tutela antecipada, pelo art. 273 do Código de Ritos, é necessário que o intérprete e o aplicador do direito identifiquem a matriz constitucional desse instituto, bem assim os princípios e objetivos que justificaram a sua inserção no ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, o intérprete deve buscar a aplicação do direito, tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois de examiná-la, é que deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema.

A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Com efeito, é sabido que o ordenamento jurídico é composto de normas jurídicas e de princípios jurídicos, cada um com sua função própria dentro do ordenamento. Dessarte, sabendo que este tem como uma de suas marcas fundamentais o caráter sistemático e orgânico, do qual se consegue extrair a logicidade e a completude que são elementos de identificação do direito, é mister esquadriñar especificamente a importância e o papel dos princípios nesse contexto.

Ab initio, insta afirmar, em conformidade com o ensinamento de Barroso (2002, p.149), que

Já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as norma-princípio e as norma-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já às normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

Nesse ponto, para tentar aclarar a diferença entre princípios e regras, é importante destacar os seguintes aspectos. A uma, as regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira sejam verificados, em uma situação concreta, sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada. Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras, não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam. A duas, os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Por outro lado, em caso de conflito de regras, não podemos dizer que uma norma-disposição é mais importante do que a outra, de sorte que deverão ser aplicadas as regras dirimentes ordinárias dos conflitos de lei.

Registradas tais diferenças, é mister assinalar que não há, entre os princípios e regras, hierarquia no sentido normativo. Isso não impede, todavia, que normas da mesma hierarquia tenham funções distintas dentro do ordenamento.

Assim, aos princípios cabem, além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada relação jurídica, uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Os princípios do Direito Constitucional Processual e do Direito Processual Civil consubstanciam as premissas básicas do ordenamento processual civil de um determinado país. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Princípios processuais como um norte interpretativo

A atividade de interpretação deve começar pela identificação dos princípios maiores que regem o tema a ser apreciado, do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

Assim, a interpretação dos institutos de Direito Processual Civil deve se alicerçar nos princípios que informam o processo civil, de matriz constitucional e infraconstitucional. Todavia isso não a exclui do espectro de incidência da interpretação geral do direito, de cuja natureza e características partilha. Tal inferência se impõe, à vista do princípio da unidade da ordem jurídica e do conseqüente caráter único de sua interpretação.

Nesse diapasão, é importante registrar, seguindo o entendimento de Luís Roberto Barroso (2002, p. 105), que a doutrina converge no sentido de que as normas sobre interpretação ainda quando constantes do Código Civil ou de um texto que se lhe anteponha, reveste-se de cunho materialmente constitucional.

Destarte, identificam-se o princípio da segurança jurídica e o princípio da efetividade como sendo os vetores interpretativos fundamentais do instituto da tutela antecipada. Destarte, apesar de não serem estudados especificamente, para que não se perca o foco do objeto central da monografia, é fundamental anotar que esses referidos princípios trilham caminhos opostos, pois, enquanto o da segurança exige uma maior cautela do operador jurídico, o da efetividade propugna por uma justiça mais célere. Sendo assim, o desafio do intérprete reside em conseguir harmonizar estes princípios, pois não é possível desprezar os efeitos normativos de nenhum deles, dando prevalência ora ao princípio da segurança jurídica ora ao da efetividade.

Registre-se, ainda, que, apesar de se vivenciar a fase instrumentalista do processo, que propugna por uma justiça mais célere de resultados, o que poderia fazer com que se inferisse que o princípio da efetividade é hierarquicamente superior ao da segurança jurídica; isso de maneira nenhuma acontece, pois a segurança jurídica é uma conquista definitiva da sociedade moderna, sendo assegurado no ordenamento jurídico, como um direito individual fundamental, apresentando-se, portanto, no mesmo nível hierárquico formal do princípio da efetividade. Em verdade, o que a fase instrumentalista pretende é ressaltar a importância da efetividade, que por tantos anos havia sido desprezada, por conseguinte, tentar alcançar uma ordem jurídica justa.

Nesse escopo, de revalorização da efetividade é que foi introduzida a tutela antecipada, instituto de fundamento importância no processo civil, que acarretou uma verdadeira guinada metodológica em diversos dogmas do processo de cognição; mas que, apesar de sua importância, não pretende nem pode pretender desprezar o princípio da segurança jurídica.

O princípio da razoabilidade e a resolução dos conflitos principiológicos

Dessarte, a razoabilidade *ultima ratio* está fulcrada na idéia de justiça, ou seja, é um parâmetro para valoração dos atos do Poder Público, tencionando verificar se estão embasados no valor que deve informar todo o ordenamento jurídico: a justiça.

Com efeito, não é assente onde se encontra a matriz constitucional do princípio da razoabilidade, uma vez que certos autores tentam identificá-la no princípio do Estado Democrático de Direito, enquanto outros, no princípio do devido processo legal.

Sem se adentrar no foco de tal discussão, impõe-se ressaltar que o princípio da razoabilidade é muito mais fácil de ser sentido do que de ser conceituado, devido a sua vagueza semântica, por estar ligado a uma série de postulados extremamente subjetivos, como a razão, equilíbrio, moderação, harmonia, senso comum, valores vigentes em dado momento ou lugar. Sendo assim, conforme propugna Luís Roberto Barroso (2002, p. 220-221), é necessário procurar elementos mais objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos do Poder Público, ao que propõe:

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, são fatores inexoravelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação que deve haver entre esses elementos.

Em outras palavras, é insofismável considerar o caráter teleológico do Direito, do qual se extrai o seu caráter instrumental de maneira que fim e meio mantenham um vínculo normativo e sistemático, imposto pelo conjunto do Direito e da Sociedade.

Dessa forma, o princípio da razoabilidade terá uma importância destacada, como mais tarde será esquadrihado, na resolução dos conflitos principiológicos, uma vez que, por meio dele, é possível ser feita uma ponderação dos bens, do qual deverá ser esgrimida uma limitação mínima dos direitos em conflito, dimensionando-os de modo a atingir um fim com o menor sacrifício do princípio não preponderante na hipótese concreta. Nesse passo, acentua Humberto Ávila (2003, p. 102) que “a aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.”

Conforme anota Paulo Bonavides, o princípio da razoabilidade é antiqüíssimo, contudo foi redescoberto nos últimos duzentos anos, originariamente, em sede de Direito Administrativo, do qual emanou sua aplicação para o Direito Constitucional e, posteriormente, para os demais ramos da ciência jurídica.

O princípio da razoabilidade está amplamente relacionado ao controle de constitucionalidade das leis e a proteção dos direitos fundamentais, permitindo-se conciliar o direito formal com o direito material, uma vez que restará autorizado ao magistrado proceder a uma análise principiológica dos valores envolvidos no deslinde de uma situação concreta. Destarte, este princípio servirá de bússola para averiguar a constitucionalidade de uma regra-disposição, isto é, se esta regra está de acordo com os valores, princípios jurídicos, albergados pelo ordenamento jurídico e, se não estiver, afasta-se a aplicação da norma-disposição para que se aplique a norma-princípio contida na Carta Magna, expressa ou implicitamente.

Pelo princípio da razoabilidade, portanto, o aplicador do direito, apesar de valorar o ordenamento jurídico em toda a sua completude, aspecto formalístico, procurará esquadrihar o

caso concreto, com todas as suas peculiaridades, o que ensejará a busca por uma justiça do caso concreto.

No que atina especificamente ao objeto desse trabalho, ou seja, a análise do instituto da tutela antecipada, observa-se que dois princípios cardeais orientam a sua interpretação: o princípio da segurança jurídica e o princípio da efetividade processual. Por consequência, a prestação jurisdicional tem que ser efetiva, isto é, ser apta a satisfazer no plano fenomênico os interesses das partes. Contudo, sem poder tal efetividade ser elevada ao extremo de gerar insegurança jurídica, isto é, o Estado não pode intervir na realidade social através de provimentos jurídicos que não estejam ancorados por um mínimo de lastro probatório que testemunhem a necessidade de amparar a violação do direito de uma das partes.

Assim, para identificar qual é o princípio que tem um maior dimensão de peso, perante um determinado caso concreto, será de fundamental importância o princípio da razoabilidade, uma vez que esse procurará realizar a justiça do caso concreto, superando os aspectos formalísticos de determinados enunciados lingüísticos que norteiam um dado instituto jurídico, para tentar se alcançar o aspecto substancial ou material que está latente em todo ordenamento jurídico.

Método de interpretação tópico

A reflexão acerca do método tópico exige que o estudioso leve em consideração o direito sob uma perspectiva histórica, uma vez que a tópica busca revalorizar um método interpretativo preconizado por Aristóteles e que havia sido completamente superado com o positivismo racionalista.

Com efeito, por meio da tópica, revaloriza-se o caso concreto; à medida em que se afirma que o direito é vocacionado à resolução de problemas concretos, estes não poderiam ser desprezados ao ser analisado um dado caso, ao revés, teria que ser visto como ponto de partida da interpretação.

Por meio da tópica, ao se solucionar um dado caso concreto, o julgador teria que encontrar os *topoi* que seriam os pontos retóricos de partida para a argumentação do problema. Por constituírem pontos de vista, os tópicos que direcionarão tal ou qual caso não estão previamente fixados e ordenados, sendo selecionados de forma mais ou menos arbitrária pelo intérprete. Conforme acentua Paulo Bonavides (2004, p. 495), “com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa”. Entrementes, firmados esses pontos iniciais do problema, os *topoi* servirão para uma discussão da lide no sentido de alcançar uma decisão justa para o caso concreto.

Ora, ao ser utilizado então o princípio da razoabilidade, está se fazendo uma interpretação tópica, na medida em que serão utilizados diversos *topoi*, que serão fornecidos pelos princípios jurídicos entrosados no deslinde da contenda, bem assim pelas especificidades do caso concreto. Ao realizar o sopesamento desses diversos *topoi*, é que atuará o princípio da razoabilidade.

Destarte, a aplicação do princípio da razoabilidade e do método de interpretação tópico somente será necessária perante as situações fáticas que por suas particularidades necessitem, por conseguinte, de uma resposta jurisdicional que contemple essas especificidades. É dizer, perante as situações que se amoldam perfeitamente ao ideal abstrato previsto pelo legislador, que não se justifica a aplicação de um outro método interpretativo que não o lógico-sistemático.

Destarte, do quanto exposto, pode se inferir que o método tópico deve ser utilizado na resolução dos casos concretos, onde sejam observados o entrechoque de normas ou de princípios jurídicos, bem assim nos casos que apresentem especificidades que fujam ao padrão previsto abstratamente pelo legislador. Assim, a aplicação desse método afigura-se como sendo

absolutamente necessário, bem assim sua aplicação estará sempre vinculada ao manejo do princípio da razoabilidade.

DA TUTELA ANTECIPADA

Com efeito, o instituto da tutela antecipada se equilibra sobre dois princípios constitucionais, que, de início, levariam a caminhos diversos, quais sejam: o da efetividade (art. 5º, inc. XXXV) e o da segurança jurídica (art. 5º, inc. LIV). Assim, o legislador ordinário e o juiz não de respeitá-los e guardar estrita e fiel observância a eles.

O art. 273 do Código de Processo Civil é onde se encontra delineado, no plano normativo infraconstitucional, o instituto da tutela antecipada, por meio dele se confere a possibilidade ao magistrado de conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere o pedido mediato da ação, isto é, a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio.

Denomina-se antecipação da tutela porque o juiz se adianta para, antes de proferir o julgamento final de mérito, conceder à parte um provimento que, normalmente, só poderia ser proferido após a apreciação de toda a controvérsia e da prolação da sentença de mérito.

Com efeito, a tutela antecipada, devido ao momento em que pode ser proferida, é fulcrada num conceito de prova não exauriente (prova inequívoca) que é correlato ao de cognição sumária ou superficial. Neste caso, o juiz tem uma forte impressão de que o autor tem razão, de acordo com as provas até então colhidas, porém não certeza absoluta, como é exigido na cognição exauriente.

Devido justamente ao fato de ser fundamentada em um juízo de verossimilhança, que se baseia em prova não exauriente, a tutela antecipada será sempre provisória, conforme expressa o § 4º, do art. 273, do CPC, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Com efeito, a introdução da tutela antecipada no processo de conhecimento fez com que essa ganhasse universalidade, podendo ser concedida, desde que preenchidos os requisitos exigidos, em qualquer processo de cognição. Assim, as medidas antecipatórias que eram reservadas a algumas espécies de processos especiais generalizaram-se.

O primeiro pressuposto para a concessão da tutela antecipada é o requerimento da parte. Em princípio, o pedido de antecipação deve ser formulado pelo autor, contudo, nas ações dúplices ou em caso de reconvenção, o réu também poderá fazê-lo.

Com efeito, para que o magistrado possa deferir o pedido de antecipação de tutela formulado pela parte, o primeiro requisito que deverá observar se restou preenchido pela parte, refere-se à prova inequívoca, que deverá levá-lo a um juízo de verossimilhança da alegação.

Com efeito, o conceito de prova inequívoca não é fácil de ser esgrimido, uma vez que, para tanto, será necessário que o aplicador do direito tenha nos seus exatos termos o conceito de prova, para que, a partir de então, possa fazer um juízo de ilação quanto à verossimilhança de uma alegação. Há dois sentidos para a prova no âmbito processual: um objetivo pelo qual se identifica a prova como um instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas etc.); o outro subjetivo, que é a certeza originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório.

Nesse diapasão, percebe-se que, quando o legislador exige um juízo de verossimilhança, este pressupõe uma cognição vertical que não seja plena, pois, se esta fosse exigida estaríamos em face de um juízo de certeza, que é próprio das demandas plenárias.

Ora, é lógico que a tutela antecipada não comporta uma cognição vertical plena, por conseguinte um juízo de certeza. Exige-se, tão somente, a verossimilhança da alegação, *verbi*

gratia, a aparência do bom direito (*fumus boni jures*). Ocorre que o legislador, para não repetir um pressuposto das medidas cautelares, *fumus boni jures*, resolveu denominá-lo de outra forma, passando a exigir a denominada prova inequívoca. Certo é que alguns doutrinadores apregoam que a prova inequívoca é algo a mais que a simples verossimilhança. Ter-se-ia, então, a exigência de uma prova mais robusta.

No que se refere à tutela antecipada, não existe prova pré-tarifada¹, existindo então liberdade para o magistrado valorar o caso concreto e identificar ou não o preenchimento do requisito da prova inequívoca.

Com base nesses supedâneos, já é possível concluir que por prova inequívoca não pode ser entendida prova definitiva, isto é, suficiente para fundamentar sentença definitiva de mérito, pois essa pressupõe cognição vertical exauriente, enquanto a tutela antecipada pressupõe cognição vertical sumária bem assim que a prova inequívoca pode ser qualquer das espécies de provas admitidas no direito. Nesse diapasão, entende-se por prova inequívoca a que, produzida em um dado momento processual, permitiria ao juiz formular um juízo de verossimilhança acerca dos fatos e, esquadrihado o primeiro requisito de concessão da tutela antecipada, passa-se a verificar os demais requisitos.

Com efeito, o art 273 do Código de Processo Civil estatui dois requisitos alternativos para a concessão da tutela antecipada, que se erige em hipóteses distintas de concessão. O primeiro requisito refere-se ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, inc. I); o segundo, quando fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Analisando tais hipóteses de concessão, Teoria Albino Zavascki afirma que a primeira se trata de antecipação assecuratória, antecipa-se por segurança, enquanto a segunda é antecipação punitiva, decorrente da conduta do réu.

Com efeito, entende-se por fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o que não advém de simples temor subjetivo da parte, mas que provém de dados concretos, devidamente comprovados, que permitem inferir através de um juízo de verossimilhança ou de grande probabilidade o risco que corre a parte de sofrer um enorme prejuízo. A tutela antecipada, baseada nessa hipótese, pode ser concedida em diversos momentos processuais, até mesmo antes da oitiva do réu, quando o caso concreto a exigir, pois o que se tem como primordial é evitar o dano irreparável.

Por seu turno, identifica-se o abuso do direito de defesa quando o réu apresenta resistência infundada ao direito do autor, ou contra direito expresso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Conforme aduz Humberto Theodoro (2001, p. 559), “esse abuso tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes”. Destarte, ao possibilitar a concessão da tutela antecipada nessa hipótese, o legislador infraconstitucional veio reconhecer a importância do fator temporal para as partes, em especial para o autor que, através de diversas manobras protelatórias do réu, via o direito a prestação jurisdicional ser ao máximo adiado, mesmo quando o seu direito era evidente.

Com efeito, preenchido o requisito da prova inequívoca, que convença o magistrado da verossimilhança da alegação e um dos requisitos alternativos, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, o magistrado terá que analisar a existência do requisito impeditivo ou negativo da concessão da tutela, que é colocado no art. 273 do CPC, § 2º, qual seja: não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

¹ Apesar de se reconhecer a posição de alguns doutrinadores em sentido contrário, como Antônio Cláudio da Costa Machado (1997, p. 253).

Irreversibilidade do provimento antecipatório como um requisito impeditivo relativo à concessão da tutela antecipada

Com efeito, o § 2º, do art. 273 do CPC ao impedir a concessão da tutela antecipada quando existir risco do provimento antecipado ser irreversível, levou em consideração a necessidade de salvaguardar a segurança jurídica, pois, de outra forma, possibilitar-se-ia ao magistrado, sem o devido processo legal e sem uma cognição exauriente, tutelar de forma definitiva uma simples aparência de direito.

Sabe-se que uma das características das leis é sua generalidade, isto é, elas são editadas para serem aplicadas a todas as situações em que os pressupostos fáticos exigidos para sua incidência estejam presentes. Assim, ela tem que levar em consideração o que rotineiramente acontece na sociedade, a regra geral. Contudo, como se sabe, a vida em sociedade é multifacetária, apresentando-se diversas relações sociais que fogem ao padrão de “normalidade” que fora previsto pelo legislador. É nesse momento que surge a importância da interpretação principiológica, uma vez que as normas-disposição, pela sua densidade normativa e pela sua regra do tudo ou nada, somente admitem deixar de ser aplicada a um dado concreto se for considerada ilegal ou inconstitucional, plano de validade da norma, ou se estiver previamente enunciada uma exceção a sua aplicação. Sendo assim, apresentando os princípios eficácia normativa, como já é reconhecido pela moderna dogmática, o que acarreta, como um dos seus efeitos, uma eficácia paralisante, impedindo que se editem normas legais que vão de encontro aos seus postulados fundamentais; pode-se afastar a aplicação de uma norma-disposição por estar indo de encontro a um princípio jurídico, tornando-se, por conseguinte, ilegal ou inconstitucional, conforme o escalão do princípio atingido.

Ocorre que, no âmbito da tutela antecipada, conforme já se demonstrou, identificam-se dois princípios de matizes constitucionais (efetividade e segurança jurídica) a orientar-lhe os seus contornos. Destarte, já se mostrou, também, que esses princípios aparentemente levariam o intérprete a caminhos opostos. Sendo assim, devido à vagueza semântica que é inerente aos princípios, ocorre o denominado conflito principiológico, o que exige que o aplicador do direito identifique em um dado caso concreto qual o princípio que tem uma maior dimensão de peso ou de importância e que, por conseguinte, deverá ser utilizado como preponderante na resolução da contenda.

Destarte, no caso da irreversibilidade do provimento antecipatório, a identificação do princípio de maior preponderância (efetividade ou segurança jurídica) e as conseqüências dessa identificação serão de fundamental importância para o intérprete do direito, uma vez que o legislador não explicitou se a referida irreversibilidade seria jurídica ou de fato.

Certo é que a doutrina majoritária entende que se trata de irreversibilidade fática, uma vez que, sendo a tutela antecipada concedida através de um provimento interlocutório, poderia sempre ser determinada a sua revogação ou modificação, por decisão fundamentada (art. 273, § 4º do CPC), ou seja, jamais ela seria irreversivelmente juridicamente.

Ocorre que, se a simples irreversibilidade fática do provimento antecipatório fosse erigido em um requisito impeditivo absoluto da concessão da tutela antecipada, estar-se-ia inviabilizando em alguns casos que esta alcançasse os fins para os quais ela foi instituída. Isto é, estaríamos voltando ao sistema onde seria impossível ao magistrado tutelar a aparência de verdade, condenando-se já de imediato o autor a ter que esperar longos anos para que seu direito evidente fosse tutelado pelo Estado, por meio de um provimento final de mérito.

Apercebendo-se desse fato, alguns processualistas começaram a afirmar que a irreversibilidade fática do provimento antecipatório impediria a concessão da tutela antecipada, somente quando o bem da vida fosse insuscetível de compensação pecuniária².

Em termos gerais, não podem ser colocados óbices à linha argumentativa desenvolvida por Calmon de Passos, uma vez que, se o bem da vida que será antecipado é um bem fungível, suscetível de compensação pecuniária, é lógico que o requerente poderia oferecer caução para que pudesse fazer *jus* ao provimento antecipatório, uma vez que não haveria mais como colocar em risco a segurança jurídica, já que estaria sendo resguardado o direito do réu. Todavia tal solução não resolve todos os casos concretos, haja vista que o bem da vida pode ser fungível, mas o requerente pode não ter condições de ofertar uma caução judicial. Da mesma forma, como solucionar os casos em que o bem da vida é infungível, não se podendo falar em oferecimento de caução para que se viabilizasse a outorga da tutela antecipada?

Destarte, entende-se que, em ambas as hipóteses, o mecanismo para averiguar a possibilidade da concessão ou denegação da tutela antecipada parte do mesmo pressuposto, isto é, da análise dos bens jurídicos envolvidos na lide, fazendo-se um sopesamento dos interesses, utilizando-se como ferramenta teórica para tanto o princípio da razoabilidade, com todos os sub-princípios e peculiaridades que já foram analisadas, para que se possa conceder ou denegar a tutela.

Com efeito, existem situações em que se o provimento não for antecipado *initio litis*, mesmo sendo irreversível faticamente, isto importará na perda da utilidade da futura prestação jurisdicional, isto é, na denegação do acesso a uma ordem jurídica justa. Em casos que tais, em verdade, se tem que a antecipação ou a denegação do provimento acarretará efeitos irreversíveis. Mesmo assim, ainda se tem como justo que a regra será a não-concessão do provimento, tendo em vista o óbice da legislação infraconstitucional.

Mas nesses casos, todas as vezes em que o requerente conseguir demonstrar, através das provas coligidas ao processo, que o seu direito é provável, ter-se-á então, que o magistrado terá que averiguar qual direito deverá ser tutelado: o direito provável do autor ou o direito não provável do réu. Com efeito, nessa análise a ser feita pelo magistrado é de se levar em consideração, além da existência do direito provável, em face do direito improvável, os bens jurídicos que estão sendo discutidos em juízo, isto é, qual deles tem uma maior dimensão de peso ou de importância em face do ordenamento jurídico. Tal registro é de fundamental importância, uma vez que não será em todos os casos que o magistrado conseguirá observar com absoluta nitidez, *initio litis*, a qual dos requerentes tocará o direito provável e a qual, o direito improvável.

Em tais situações, é necessário recorrer mais uma vez ao princípio da razoabilidade para tentar identificar qual dos bens jurídicos envolvidos no litígio é identificado como sendo de maior importância para o ordenamento jurídico. À medida que se faça tal identificação, estar-se-á encontrando a resposta sob a providência que o magistrado deverá tomar, ou seja, se deverá ou não antecipar a tutela.

Nessa esteira de intelecção, pode-se concluir que a irreversibilidade fática do provimento antecipatório erige-se em requisito impediante relativo da concessão da tutela antecipada, uma vez que pode ser afastado em face das circunstâncias de um dado caso, isto é, poderá ser concedida a tutela antecipada, mesmo que irreversível faticamente, desde que isso seja identificado como estritamente necessário pelo princípio da razoabilidade.

² É o entendimento de Calmon de Passos (2000, p. 44).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, já se percebe que a interpretação dos enunciados prescritivos os quais autorizam o magistrado a conceder o provimento antecipatório tem de ser feita em consonância com os princípios cardiais que embasam a fase instrumentalista do processo e, especificamente, os que justificam a introdução do provimento antecipatório no ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre que, por essa mesma característica de vagueza semântica, os princípios frequentemente entram em conflito entre si, como ocorre na análise do instituto da tutela antecipada, onde é possível identificar o entrelaçamento entre o princípio da efetividade jurídica e o princípio da segurança jurídica, ambos de matriz constitucional.

No deslinde desses conflitos principiológicos, destaca-se o princípio da razoabilidade, que servirá de norte para o aplicador do direito conseguir identificar perante o caso concreto qual princípio deverá ter prevalência e qual deverá ser afastado.

Conducente à realização de uma justiça do caso concreto, o princípio da razoabilidade está imbricado com o método de interpretação tópico, uma vez que este procura analisar as particularidades do caso concreto para chegar à realização de uma justiça do caso *sub examine*.

Destacou-se a verificação dos exatos contornos dos requisitos exigidos pelo legislador ordinário para a concessão do provimento antecipatório, quais sejam: requerimento da parte; prova inequívoca que gere um juízo de verossimilhança da alegação; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Por fim, foi realizado um estudo do requisito impeditivo da concessão da tutela antecipada exarado no art. 273, § 2º, do CPC, qual seja a irreversibilidade do provimento antecipatório. Dessa forma, percebeu-se que o provimento tutelar, em regra geral, não possa ser antecipado se houver risco de irreversibilidade fática do provimento, uma vez que juridicamente o provimento sempre poderá ser revertido conforme preconiza § 4º, do art. 273, do Código de Processo Civil.

Ocorre que, ao revés, do que aduz boa parte da doutrina, esse requisito impeditivo é relativo e não absoluto, pois pode ser afastado em face do caso concreto, utilizando-se para tanto do referencial teórico fornecido pelo princípio da razoabilidade e pelo método de interpretação tópico, todas as vezes em que o direito do requerente for um direito evidente ou o bem jurídico por ele tutelado tiver uma maior dimensão de peso ou de importância em face do bem da vida da parte *ex adversa*.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 2000.