Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

VICTOR HENRIQUE ZOLPIS

TUTELA ANTECIPADA: A IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO

São João Del Rei

2016

VICTOR HENRIQUE ZOLPIS

TUTELA ANTECIPADA: A IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado (a), sob a orientação do prof. ADRIANO MÁRCIO DE SOUZA.

São João Del Rei

2016

VICTOR HENRIQUE ZOLPIS

TUTELA ANTECIPADA: A IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado (a) em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

_____
Prof. ADRIANO MÁRCIO DE SOUZA (Orientador)

_____
Prof. Msc. LEONARDO HENRIQUE DE A. E SILVA

_____
Prof. Msc. KARIN CRISTINE MAGNAN MIYAHIRA

“Aos meus pais, amigos e orientador, pelo incentivo, ajuda, cuidado e paciência”.·.

RESUMO

Este trabalho tem como objeto demonstrar umas das hipóteses previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro de antecipação da sentença de mérito, denominadas pelo novo Código de Processo Civil, medidas de urgência. Através dessa antecipação de tutela a legislação pretende dirimir os efeitos do tempo no processo. Entretanto, para que esse provimento seja antecipado a lei estabelece alguns requisitos essenciais, entre eles a reversibilidade. Todavia, o que ocorre na prática, é que em algumas situações o cumprimento desse requisito inviabiliza a utilização dos procedimentos de urgência, razão pela qual se destaca a possibilidade do provimento antecipado irreversível. A irreversibilidade do provimento antecipado foi defendida através de situações fáticas emergenciais que necessitam de uma resposta mais célere do judiciário para que tenha efetividade prática. Verificou-se a possibilidade do provimento antecipado irreversível, embora a lei disponha diferente, uma vez que o princípio da efetividade jurisdicional deve ser alcançado, podendo haver ao final do processo a indenização das partes em caso de dano.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Requisitos. Irreversibilidade. Possibilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 7

1 DA TUTELA PROVISÓRIA.....9
1.1 Conceitos 9
1.2 Requisitos essenciais do provimento antecipado.....13
1.3 Fungibilidade entre medidas cautelares e medidas antecipatórias 16
1.4 Provimentos antecipado e sua compatibilização com os direitos fundamentais .20

2 DA IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO.....24
2.1 O requisito reversibilidade.....24
2.2 Da relatividade do requisito da irreversibilidade do provimento antecipado.....26
2.2.1 Condições para a concessão da tutela antecipada irreversível.....28
2.3 A execução da tutela antecipada irreversível 30

3 A CONCESSÃO DA TUTELA IRREVERSÍVEL E SUA POSTERIOR REVOGAÇÃO 33
3.1 A sentença de mérito não favorável à antecipação da tutela irreversível 33
3.2 A antecipação da tutela no Código de Processo Civil de 1973 comparado ao novo CPC/2015. 36

CONSIDERAÇÕES FINAIS 39

REFERÊNCIAS.....40

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo as tutelas de urgência, mais especificamente a tutela antecipada e a possibilidade desta ter caráter irreversível para que seja viabilizada a sua aplicação.

Estima-se que a tutela antecipada teve seu surgimento no direito Romano, quando era denominada “interdicto”, frente a necessidade de uma solução imediata. Ultrapassada essa fase, os vestígios seguintes do provimento antecipado são encontrados no direito italiano, vislumbrando-se exatamente o mesmo objetivo, dirimir os efeitos do processo no tempo. Tempos seguintes, diante da ausência de institutos que desencadeavam a celeridade da prestação jurisdicional, o direito brasileiro, através de sua prática forense, passou a utilizar o instituto italiano da tutela antecipada.

Em seguida, o provimento antecipado foi aderido pelo ordenamento pátrio através de leis esparsas, e logo inseridas no Código de Processo Civil, sendo viabilizado pelo princípio constitucional do acesso a justiça (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

A partir do momento em que a tutela antecipada foi adotada pelo CPC, ficou determinado que para sua concessão era necessário o cumprimento de alguns requisitos essenciais, quais sejam prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, além do requisito extrínseco da reversibilidade.

Entretanto, para que seja atendido princípios constitucionais e processuais, existe a possibilidade de flexibilização da exigência da reversibilidade, sendo admitido seu caráter irreversível.

Neste ponto que se encontra o problema desta pesquisa, qual seja, quando não for possível se obter o estado anterior à concessão da tutela antecipada, é possível o provimento antecipado. E se a tutela anteriormente concedida for irreversível, cabendo somente a indenização, essa é uma medida satisfatória e eficaz?

Ainda, tem-se que o objetivo deste estudo é conseguir demonstrar que a tutela antecipada poderá ser concedida, em casos específicos, mesmo que seja considerada irreversível ao final da lide, uma vez que o princípio da efetividade do

provimento antecipado e o princípio da necessidade devem prevalecer perante o princípio da segurança jurídica.

Em se tratando da estruturação do presente trabalho, tem-se que o primeiro capítulo, intitulado tutela provisória, tratou dos conceitos referentes à antecipação dos efeitos da tutela e as diferenciações conceituais trazidas pelo Código de Processo Civil sancionado em 2015 em relação ao antigo Código de Processo Civil de 1973. Ainda neste capítulo restou asseverada a fungibilidade entre as medidas antecipatórias e a sua compatibilização com os direitos fundamentais.

Já no segundo capítulo, restou elencada a possibilidade da irreversibilidade do provimento antecipado, relativizando o princípio da reversibilidade, bem como demonstradas as condições para a concessão desta tutela antecipada irreversível e a sua forma de execução.

Por fim, mas não menos importante, foi acentuada a hipótese da concessão da tutela antecipada irreversível e a sua posterior revogação, com uma sentença de mérito desfavorável à liminar, bem como a possibilidade de ressarcimento da parte prejudicada pela referida antecipação. Ainda, restou elucidado, através de quadro comparativo, as principais diferenças e semelhanças entre antigo CPC/73 e o atual Código de Processo Civil de 2015 quanto a antecipação de tutela.

1 DA TUTELA PROVISÓRIA

Sabe-se que tanto o Código de Processo Civil de 1973 quanto o Código de Processo Civil em vigor elencam a possibilidade de antecipar o provimento diante de situações especificas, no entanto o provimento antecipado fora tratado de forma diferente nestes códigos, como explanado a seguir.

1.1 Conceitos

Primeiramente, é importante asseverar que o processo como um todo deve ter como principal objetivo a real satisfação do direito material dos litigantes, para que, sempre que possível, seja garantida a aplicação do princípio da efetividade conjugado com a menor chance de dano entre partes.

Para isso, o Código de Processo Civil de 1973 referenciava como meio de efetividade das medidas urgentes, o gênero “tutela de urgência”, visando amenizar os efeitos da demora do processo de conhecimento, já que para esse, antes da prestação jurisdicional definitiva, é essencial a observância das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

As espécies do gênero tutela de urgência, nesse código, são caracterizadas como medidas cautelares e antecipação de tutela, que por muitos, ainda não são claramente diferenciadas e, na maioria das vezes, confundidas sob o gênero das liminares.

Sabe-se que o que caracteriza uma medida liminar, como processual, é o seu aspecto temporal, ou seja, a possibilidade de ter providências logo no início do processo. Segundo Theodoro Júnior (2014, p. 703):

> O conteúdo do ato decisório, como se vê, não tem influência alguma sobre a identificação da liminar como categoria processual. Essa identificação liga-se apenas e tão somente ao momento que o provimento é decretado pelo juiz. Para ter-se como configurada uma liminar, nada mais importa que a manifestação judicial expresse um juízo cognitivo, executório, cautelar ou até mesmo administrativo, ou de antecipação da apreciação do *meritum causae.*

Assim, por regra, a medida liminar é concedida mesmo antes de garantido o contraditório, ou seja, mesmo antes da citação do réu.

Como elucida Vicente de Paula Maciel Júnior (2013, p. 311) “o *modus operandi* das tutelas de urgência é a liminar [...] é a decisão que efetivará a antecipação de tutela, quando for de natureza satisfativa ou implementará a medida cautelar, quando tiver natureza preventiva”.

Por outro lado, tem-se a diferenciação entre as medidas cautelares e as medidas antecipatórias, já que a primeira significa meios de resguardar uma futura efetivação do procedimento e a segunda diz respeito à aplicação imediata da tutela. Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 457):

> Uma delas é a tutela cautelar, que preserva os efeitos úteis da tutela definitiva satisfativa. A outra é a tutela antecipada, que antecipa os efeitos próprios da tutela definitiva satisfativa (ou não-satisfativa; isto é, da própria cautelar). Ou seja, a cautelar garante a futura eficácia da tutela definitiva (satisfativa) e a antecipada confere eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa e cautelar).

É evidente a diferença entre as medidas cautelares e as medidas antecipatórias, tanto que Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 706) afirma que a tutela cautelar “não vai além do preparo de execução útil de futuro provimento jurisdicional de mérito”, e sobre a antecipação de tutela, “proporciona a provisória atribuição do bem da vida à parte, permitindo-lhe desfrutá-lo juridicamente, tal como se a lide já tivesse sido solucionada em seu favor”.

Deste modo, quando o pedido inicial se referir à tutela de bens, provas, coisas ou pessoas com o fim de resguardá-los para o processo principal, o pedido terá natureza cautelar, visto que essa em o fim de resguardar a “utilidade final do provimento de mérito”, como diz Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 29).

Sobre a cautelar, atualmente, são classificadas como nominadas ou inominadas e antecedentes (ou preparatórias) ou incidentais.

Já sobre a tutela antecipada, elucida Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 29):

> Diferente é, para a doutrina brasileira, a situação de, num provimento liminar, obter-se a satisfação imediata da pretensão, com a entrega do bem a quem se apresenta, aparentemente, como titular do direito. Então, naquele mesmo exemplo de haver uma disputa judicial por um bem, a medida liminar que defere a uma das partes a entrega imediata do bem, que poderá utilizá-lo enquanto perdurar a demanda, contém satisfação imediata, A medida, nesse caso, será antecipatória, caracterizando-se como tutela antecipada.

Importante diferenciação está na natureza da decisão das aludidas medidas, sendo que na antecipação de tutela a decisão é provisória, visto que somente antecipa os efeitos da tutela definitiva, enquanto a decisão cautelar é definitiva, por garantir os efeitos futuros da tutela definitiva satisfativa.

Entretanto, percebe-se que frente a tantas diferenciações e inovações, a invariável das medidas liminares, cautelares e antecipatórias está na finalidade de amenizar os efeitos temporais sobre o processo e garantir a efetividade da jurisdição.

No que se refere à possibilidade de antecipação da tutela, o atual Código de Processo Civil, sancionado em março de 2015, inovou com a fusão do tratamento dessas tutelas, que estão tratadas na “Parte Geral” do novo Codex, sob o título genérico de “Tutelas Provisórias".

Ao realizar a fusão do tratamento das tutelas de urgência, o novo Código de Processo Civil unificou tais medidas, de modo que a tutela antecipada poderá ser concedida de forma satisfativa ou cautelar, incidentalmente ou preparatória, desde que estejam presentes os requisitos essenciais para sua concessão.

A partir do relatório de Barradas a tutela antecipada passa a ser denominada como tutela de urgência, de forma que ela poderá ser satisfativa ou cautelatória. A tutela antecipada deixa de ser a antecipação do mérito final e passa a ser um incidente processual com fim satisfativo, passando a ter uma finalidade de urgência, não sendo mais vista como um meio urgente. (LAMY, 2013, p. 382)

Deste modo, o CPC em vigência elenca no mesmo título dois tipos de tutela como de urgência, quais sejam, a tutela antecipada e a tutela cautelar, tendo como principais finalidades satisfazer o direito e acautelá-lo, respectivamente.

Ainda sobre a fusão da disciplina da tutela cautelar com a tutela antecipada no novo Código de Processo Civil, assevera Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 45):

> Como já acentuado, a tutela antecipada poderá ser antecedente ou incidental. A incidental é aquela concedida no curso do processo judicial. No projeto do novo CPC, não haverá mais ação cautelar autônoma. Conseqüentemente, não haverá mais a possibilidade de um processo cautelar anterior ao processo principal. Em seu lugar, é possível haver uma tutela antecipada antecedente, seja satisfativa, seja conservativa ou cautelar.

> Nesse caso, ou seja, sendo a tutela antecipada antecedente, tudo há e ser feito da mesma forma que ocorre atualmente com a ação cautelar antecedente. A diferença é que, em vez de se instaurar outro processo, dito principal, a petição inicial haverá de ser aditada no prazo de trinta dias, a contar da efetivação da medida. Tudo se assemelha ao atual regime das cautelares antecedentes. A diferença e que não haverá mais autonomia da cautelar. A cautelar deixará de ser um processo autônomo para confinar-se no mesmo processo em que se pretende obter a tutela jurisdicional satisfativa.

Importante ressaltar que com a reforma do Código de Processo Civil as medidas urgentes deverão ser pleiteadas, em regra, já na petição inicial, do procedimento comum, que deverá ser aditada, com a complementação da argumentação do requerente e juntada de documentos, conforme elenca o artigo 303, § 1º, inciso I da lei nº 13.105 de 2015.

> **Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.**
> **§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:**
> **I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;**
> II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;
> III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.
> § 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.
> § 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais. [...] (BRASIL, 2015, grifo do auto).

O Código de Processo Civil de 2015 também criou a denominada tutela de evidência, elencada no título III do livro V do novo texto, que foi elencada como espécie de tutela provisória. Ainda sobre as tutelas de evidência Vicente de Paula Maciel Júnior aduz que (2013, p. 318) “diz respeito às provas que devem ser apresentadas pelas partes que justifiquem a existência da demanda”.

No tange as tutelas de evidência, sabe-se que, segundo o Carlos Eduardo de Oliveira Holanda Júnior (2012, p. 9) “nada mais é do que uma tutela antecipada

não fundada na urgência, mas sim na maior evidência do direito veiculado por uma das partes".

De tal modo, dispõe o artigo 311 do atual Código de Processo Civil:

> **Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:**
> I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
> II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
> III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
> IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
> Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente. (BRASIL, 2015, grifo do autor).

Assim, o novo CPC elenca a possibilidade de concessão da tutela de evidência, em que é dispensável o requisito da urgência, essencial para a concessão da tutela antecipada, sendo necessária somente a evidência do direito.

Deste modo, tem-se que a tutela de evidência poderá ser concedida, principalmente quando houver a caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, hipóteses estas que no CPC de 1973 integravam o segundo caso de cabimento de tutela antecipada, nos termos do art. 273, II.

Voltando às tutelas de urgência, principalmente à tutela antecipada, que é o objeto principal desse estudo, têm-se no item seguinte os requisitos indispensáveis à sua concessão.

1.2 Requisitos essenciais do provimento antecipado

O Código de Processo Civil de 1973, no artigo 273, *caput*, estabelecia como pressupostos fundamentais à concessão da tutela antecipada a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, nos seguintes termos:

> Art. 273. **O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação** e:
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.
> § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.
> § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. [...] (BRASIL, 1973, grifo do autor).

Nessa perspectiva, tem-se que os pressupostos elencados acima requerimento da parte interessada, verossimilhança das alegações escorada em prova inequívoca, reversibilidade do provimento e, alternativamente, risco de dano irreparável ou de difícil reparação e abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório são tidos como genéricos e obrigatórios para a concessão de todas as tutelas antecipadas, na sistemática que hoje está em vigor.

Sabe-se que para esse ordenamento a prova inequívoca corresponde à exigência de uma “prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade” (DIDIER; BRAGA; OLIVERA, 2010, p. 488), isso porque, tal requisito tem o objetivo de pressupor um elevado grau de convencimento incapaz de gerar eventuais dúvidas. Obrigatórios

A prova inequívoca não pode ser entendida como simples alegações ou suspeitas, ela deve se apoiar em qualquer tipo de prova produzida nos autos. Devera ser evidente, inequívoca, gerando uma certeza de convencimento. (THEODORO JR., 2014, p. 722)

Já a verossimilhança das alegações, refere-se à plausibilidade do direto invocado, ou, segundo Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 722) “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”.

Desta forma, conforme explica Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 490), “o juízo de verossimilhança é aquele que permite chegar a uma verdade provável sobre os fatos”, em que não basta apenas a alegações do requerente, sendo imprescindível também a demonstração do alegado por meio de provas.

Entretanto, tais requisitos sofreram modificações com o advento do novo Código de Processo Civil, que inovou estabelecendo como pressupostos do

provimento antecipado a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

> **Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo**.
> § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.
> § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.
> § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. (BRASIL, 2015, grifo do autor).

Percebe-se, de plano, que o novo Código de Processo Civil, sancionado em 2015, não faz qualquer distinção entre os requisitos necessários para a concessão da medida cautelar e da antecipação de tutela, talvez pelo fato de que ambos estão elencadas no mesmo título, denominado tutelas provisórias.

Essa mudança traz a possibilidade das medidas de urgência, satisfativas e preparatórias, serem propostas através do mesmo procedimento, frente à imposição dos mesmos requisitos, quais sejam probabilidade de direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Possibilidade essa que não existia no antigo CPC que fazia a diferenciação entre os requisitos da tutela cautelar e da tutela antecipada. Isso porque, para a cautelar ainda é necessária a presença do *fumus boni iuris e periculum in mora*, enquanto para a tutela antecipada, como já dito, é necessária a prova inequívoca das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Sobre unificação dos pressupostos trazida pelo novo CPC assevera Eduardo de Avelar Lamy, em suas considerações sobre a tutela de urgência no relatório de Barradas (2013, p. 380):

> Da mesma forma, concluímos que o relatório explicitou que os requisitos entre as medidas foram unificados (art. 282), dado que sempre versaram sobre a urgência do fato e a plausibilidade do direito, com mais ou menos intensidade. Tais diferenças, sempre pensamos, deveriam ser mantidas apenas no plano doutrinário, pois como elemento norteador da prática forense servem primordialmente

> como argumentos para o indeferimento de medidas cuja proteção ao direto material poderia ser necessária.

A respeito da mudança de requisitos apresentados pelo atual CPC, sabe-se que entre o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, o requisito elencado no CPC de 1973, o fundando receio de dano irreparável de difícil reparação, não houve mudanças significativas, visto que ambos visam amenizar o risco de dano advindo do provimento da tutela antecipada.

Entretanto, sobre o requisito probabilidade do direito é importante ressaltar que este não tem o mesmo significado que o requisito verossimilhança estabelecido pelo Código antigo, embora ambos tenham como base o oferecimento da prova que enseja o deferimento da medida antecipada.

Isso porque esse requisito probabilidade do direito pressupõe a demonstração de que o requerente da tutela antecipada detém o direito capaz de ensejar o deferimento da medida que, na maioria das vezes, será demonstrado através do conjunto probatório.

Assim, sobre pressuposto da probabilidade do direito e sua estrita ligação com o conjunto probatório. Tem-se que é um requerimento de uma tutela de urgência é que o requerimento demonstre por meio do conjunto probatório evidencias de seu direito, que desencadeie na confirmação de sua pretensão. São esses provas, o meio necessário que justifique a concessão da liminar satisfativa, ainda mais quando se verifica também o requisito da urgência, de forma que a lesão ou ameaça do direito do requerente seriam restaurados. (MACIEL JÚNIOR, 2013, p.313)

1.3 Fungibilidade entre medidas cautelares e medidas antecipatórias

O sistema brasileiro antigo, que era estabelecido pelo Código de Processo Civil de 1973, fraciona o provimento antecipado em tutela antecipada e cautelares, admitindo, entretanto, a fungibilidade entre tais medidas, como meio de atender o real pedido da parte requerente, desde que preenchidos os requisitos essenciais à concessão do provimento antecipado, nos seguintes termos:

> **Art. 273. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando**

> **presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.** (BRASIL, 1973, grifo do autor).

De igual maneira, o atual Código de Processo Civil autoriza tal medida entre as tutelas de urgência, de tal modo que elencou:

> Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
> **Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.** (BRASIL, 2015, grifo do autor).

Nesse sentido explica Marinoni e Arenhart (2008, p. 228):

> Este novo dispositivo, partindo da premissa de dificuldades como as apontadas podem ocorrer, tem por objetivo permitir que só o juiz conceda a necessária tutela urgente no processo de conhecimento, e assim releve o requerimento realizado, quando for nebulosa a natureza da tutela postulada, vale dizer, quando fundado e razoável o equívoco do requerente.

A fungibilidade, adotada pelo Novo Código de Processo Civil, já utilizada pelo CPC de 1973 é uma medida que busca dar mais eficiência as tutelas de urgência em geral, tornando o instituto das medias antecipatórias menos formalista e, assim, prestigiando o princípio da efetividade e, sobretudo, da instrumentalidade do processo.

Pela similitude das medidas antecipatórias, cautelares ou satisfativas, é comum a aplicação de uma no lugar da outra, e visto que fazem parte de um só gênero no atual CPC, qual seja tutela de urgência, o que dificulta ainda mais a aplicação no caso concreto. Além disso, se somadas a ideia de que ambas têm o mesmo fundamento, qual seja, coibir o perigo de dano decorrente da demora, se vê a justificativa para tal confusão.

Mesmo com as diferenças funcionais, estruturais e técnicas entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, na maioria das vezes, não são utilizadas corretamente, motivo pelo qual “recebe-se uma pela outra, preconizando a concretização dos objetivos de ambas que é combater os efeitos negativos do tempo no processo e garantir a efetividade processual” (CASTRO, 2012, p.292).

A dificuldade de diferenciação existente no momento da adoção das medidas acautelatórias é o que justifica a utilização da fungibilidade, que visa amenizar os efeitos do tempo no processo, por se tratarem de meros equívocos formais, sanáveis frente ao risco do indeferimento da medida, como enfatiza Bedaque (2003, p. 307) ao dizer que “questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos”.

No entanto, (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 229) “a concessão da tutela antecipatória no caso em que houver sido pedida cautelar somente é possível em hipóteses excepcionais, ou seja, quando for razoável e fundada a dúvida em relação à correta identificação da tutela urgente”.

A fungibilidade entre as tutelas de urgência cautelar e satisfativas é bem explicada por Marcelo Soares Castros (2013, p. 292) ao dizer que “em processo, somente são fungíveis técnicas processuais que apresentam similitude; observando o princípio da instrumentalidade do processo, afastam-se peculiaridades formais e busca-se concretizar a finalidade exigida.”

No mesmo sentido, ensina Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 31) que:

> A distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, feita pela maioria da doutrina brasileira, considera que aquela é meramente *conservativa,* sendo esta *satisfativa.* Essa seria a única distinção, sendo certo que, para essa parte da doutrina brasileira, que se trata de medidas tomadas mediante cognição sumária, havendo uma *fungibilidade* entre elas, em virtude do que dispõe o § 7º do artigo 273 do atual CPC.

A similitude entre os institutos é que se autoriza a substituição, entretanto, essa deve ser aplicada em casos que realmente gere a incerteza, sob pena de configurar erro grosseiro, como apontam Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 470):

> Para que a cautelar seja deferida, mediante requerimento de tutela antecipada, seria necessário que haja dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza, dizem. Ou seja, só seria permitida a aplicação do dispositivo em hipóteses excepcionais, quando subsistir fundada incerteza sobre qual a medida de urgência correta e adequada para o caso. Fica excluída, a medida, se a parte incorreu em erro grosseiro.

Ainda sobre a impossibilidade de utilização da substituição dos institutos em casos de erro grosseiro, discorre Marinoni e Arenhart (2008, p. 228):

> Entretanto, aceitando-se a possibilidade de requerimento de tutela cautelar no processo de conhecimento, é correto admitir a concessão de tutela de natureza antecipatória ainda que ela tenha sido postulada com o nome de cautelar. Nesse caso, não existindo erro grosseiro do requerente, ou, em outras palavras, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela, aplica-se a ideia da fungibilidade, uma vez que seu objetivo é evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela urgente (evidente de natureza nebulosa) no processo de conhecimento.

Mesmo sendo essencialmente formal a diferenciação entre as medidas de urgência no velho CPC de 1973, já que a cautelar era processada em autos apartados do processo de mérito, em que poderia também ser requerida a tutela antecipada, era normal a confusão entre os institutos.

Com o advento do novo CPC, a linha de diferenciação entre as tutelas de urgência ficou ainda mais tênue, o que desencadeia maiores confusões entre os institutos, já que tanto a tutela cautelar quanto a satisfativa serão pleiteadas, em regra, no mesmo processo, qual seja, o por assim dizer "processo principal", o que, por sua vez, justifica a manutenção da fungibilidade pelo novo Código.

Para a admissão da fungibilidade, devem primeiramente ser observados os pressupostos essenciais que autorizam a concessão da medida urgente. Isso porque se a tutela cautelar foi requerida no processo de conhecimento, tal requerimento só poderá ser deferido se for cumpridos todos os pressupostos exigidos para tal, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo e dano ou risco ao resultado útil do processo, conforme elenca o artigo 300 do Código de Processo Civil vigente.

Com a regra da substituição, tomando como referência o antigo CPC de 1973, verifica-se a possibilidade, em casos específicos, de dispensa do processo cautelar, com o objetivo de proteger a situação de risco ou urgência.

Da mesma forma acontece se o provimento antecipado for requerido em sede cautelar, pois com vistas à efetividade do provimento jurisdicional, surge a denominada *fungibilidade de mão-dupla*, que é bem explicada por Dinamarco (2002, p. 92) ao dizer que “não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um.”

Entretanto, esta substituição não é bem recebida por toda a doutrina, como explicita Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 475):

> A princípio não vemos autorização para a fungibilidade progressiva, principalmente em razão das peculiaridades do procedimento cautelar, mais singelo que o procedimento comum (sumário\ordinário) de conhecimento. Como se disse, não se autoriza, aqui, a fungibilidade do “procedimento”. Permite-se, sim, o processamento de um pedido por determinado rito que, a princípio, não lhe era cabível. Em nenhum momento se autorizou a utilização do procedimento cautelar para a obtenção de procedimento satisfativo.

Vale ressaltar que a dificuldade de aplicação da fungibilidade, muitas das vezes acaba prejudicando os requerentes, que vêm suas medidas serem indeferidas por erro na escolha do rito. Entretanto, tal indeferimento configura formalismo exagerado, vez que o que se pretende evitar com as medidas urgentes é o risco da demora frente ao dano irreparável, podendo ser sanadas eventuais erros processuais no curso da demanda, com o objetivo principal já alcançado.

1.4 Provimentos antecipado e sua compatibilização com os direitos fundamentais

O provimento antecipado, em regra, não é deferido de plano, visto sua incompatibilidade com outros direitos fundamentais que garantem a segurança jurídica e o contraditório, que se tornam um impasse para a efetividade da tutela jurisdicional.

Sobre os dois grandes princípios fundamentais, da efetividade da tutela jurisdicional e a segurança jurídica na antecipação da tutela ensina Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 718) que:

> Quando a Constituição garante o acesso à Justiça, por meio do devido processo legal, não o faz com o propósito de criar regras apenas formais de procedimento em juízo. O que na verdade, se está garantindo é a tutela jurídica do Estado a todos, de maneira que a que nenhuma lesão ou ameaça de direto fique sem remédio. O processo, nessa ordem de ideias, tem de apresenta-se como via adequada e segura para proporcionar ao titular do direito subjetivo violado pronta e efetiva proteção. O processo devido, destarte, é o *processo justo,* apto a propiciar àquele que o utiliza uma real e prática tutela. A demora na resposta jurisdicional muitas das vezes invalida toda a eficácia prática da tutela e quase sempre representa uma grave injustiça para quem depende da Justiça estatal. Daí a necessidade de mecanismos de aceleração do procedimento em juízo. Sob outro ângulo, o litigante tem constitucionalmente

> assegurado o direito de não ser privado de seus bens e direitos sem contraditório e ampla defesa (princípio da segurança jurídica). Muitas vezes, porém, entre a necessidade de *efetiva tutela* ao titular do direito subjetivo e a garantia ao seu opositor e amplas faculdades inerentes ao contraditório, se estabelece uma flagrante contradição, porquanto, se se tem de aguardar todo longo *iter* da ampla defesa, a tutela que ao final vier a ser deferida não corresponderá a qualquer utilidade para o titular do direito subjetivo que estava a clamar por proteção judicial. Urge, então, harmonizar os dois princípios – o da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica – e não fazer com que um anule o outro.

Com isso, os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e a segurança jurídica devem ser adaptados de maneira a assegurar a tutela, que se configura por ter o perigo da demora e, somente depois ser garantido o contraditório, assegurando desta maneira todos os princípios fundamentais.

Entretanto, algumas vezes não é possível a harmonização entre tais princípios, visto que a necessidade de um processo mais célere, para que seja garantida a tutela de forma eficaz, contrapõe a garantia do princípio do contraditório, ficando este para segundo plano. Porém, nessas situações, tal contraditório não é totalmente mitigado, como diz Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 719):

> Isso se faz logo porque não há outro caminho para assegurar a tutela de mérito ao litigante que apresenta ser o merecedor da garantia jurisdicional. No entanto, o adversário não fica privado do devido processo legal, porque depois da antecipação, que se dá em moldes de provisoriedade, abre-se o pleno contraditório e a ampla defesa, para só ao final dar-se uma solução definitiva à lide.

Assim, a prevalência temporária da efetividade jurisdicional não importa na extinção da ampla defesa, que apenas é deixada para segundo plano, já que, se assim não fosse, poderia significar a impossibilidade da tutela de urgência.

Essa situação não significa que um princípio é mais importante que o outro, apenas em alguns momentos, um deverá prevalecer sobre o outro, sob pena de ineficácia processual, como demonstra Teori Albino Zavascki (1996, p. 149):

> Por se tratar de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma, no plano normativo, entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, pelo que hão de merecer, ambos, do legislador ordinário e do juiz a mais e fiel observância. Todavia, a exemplo do que se passa em relação a outros direitos fundamentais, também entre os mencionados direitos dos litigantes podem ocorrer, no plano da realidade, fenômenos de tensão. Há, com efeito, um elemento fático

> especialmente habilitado a desencadeá-los: é o fator tempo. O decurso do tempo, todos os sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento de direito reclama tutela urgente. Presente aí a colisão de direitos fundamentais, imperiosa será, consequentemente, a formulação – legislativa ou judicial – de regra para solucioná-lo.

Não sendo possível a convivência entre os princípios constitucionais, deve ser o observado o princípio da necessidade, que estabelecerá qual a melhor medida a ser tomada no caso concreto, justificando a utilização da antecipação do provimento antecipado, como discorre Teori Albino Zavascki (1995, p. 10):

> Sendo notória, em casos dessa natureza, a impossibilidade de convivência simultânea e plena entre os dois direitos fundamentais, justificada está, pelo princípio da necessidade, a formulação da regra legislativa, destinada à obtenção da uma concordância prática. E a opção do legislador, de adotar como técnica de solução a antecipação provisória do bem da vida reclamado pelo autor, revela claramente que, na ponderação dos valores colidentes, ficou estabelecida uma relação específica de prevalência do direito fundamental a efetividade do processo sobre o da segurança jurídica.

Assim, em algumas hipóteses são autorizadas a prevalência de uns princípios sobre os outros, em função do caso concreto exposto, e por isso é autorizado ao juiz tomar decisões nas quais assumirá um risco eminente. Sobre o exposto, afirma Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 18):

> Uma boa ordem processual não é feita somente de segurança e das certezas do juiz. Ela vive de incertezas, probabilidades e riscos. Onde houver razões para decidir ou atuar com apoio em meras probabilidades, sendo estas razoavelmente suficientes, que se renuncie à obsessão pela certeza, correndo algum risco de errar, desde que se disponha de meios aptos a corrigir os efeitos de possíveis erros.

Desta forma, se for adotado somente o princípio da segurança jurídica, a tutela será concedida apenas e tão somente através da sentença, o que significa um total disparate e uma evidente ineficácia do processo de conhecimento, visto que a lide não seria resolvida em tempo hábil, razão pela qual se faz necessário o anterior provimento da tutela antecipada como forma de garantia do princípio da efetividade, para uma melhor solução de conflitos.

Em razão da possibilidade do princípio da efetividade se sobrepor, em determinadas ocasiões, ao princípio da segurança jurídica é que se destaca a

possibilidade do provimento antecipado irreversível, sendo autorizada assim a relativização deste requisito reversibilidade em função da existência de situações de extrema urgência e necessidade do provimento imediato.

2 DA IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO

Sabe-se que para uma tutela antecipada ser concedida, essa deve observar requisitos rigorosos, dentre eles a reversibilidade, entretanto, esse requisito poderá ser relativizado frente à urgência de casos concretos, desencadeando na possibilidade da irreversibilidade.

2.1 O requisito reversibilidade

Para que uma tutela urgente seja antecipada estabelecia o CPC de 1973 que ela fosse reversível, ou seja, que seria possível o retorno ao *status quo ante*. Assim elenca o art. 273, § 2º do CPC:

> **Art. 273.** O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.
> § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.
> **§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado**. (BRASIL, 1973, grifo do autor).

Diferente requisito não foi adotado pelo CPC vigente, segundo o qual, a reversibilidade do provimento antecipado ainda é essencial para que a tutela antecipada seja deferida, tanto que estabeleceu em seu §3, do art. 300:

> **Art. 300.** A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [...]
> **§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.** (BRASIL, 2015, grifo do autor).

A reversibilidade do provimento antecipado, adotada por ambos os ordenamentos supracitados, se justifica frente à necessidade de segurança jurídica, que se configura por ser um direito inerente ao processo civil que garante aos litigantes uma estabilidade e proteção em face de alterações no contexto fático-

jurídico. Tem-se por segurança jurídico a adoção de comportamentos coerentes e não contraditórios no processo judicial.

O princípio da segurança jurídica está elencado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal que determina que "a lei não prejudicara o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

O legislador entende que esse princípio deveria se sobrepor a efetividade da tutela jurisdicional, visto que não se pode beneficiar uma parte em prol do prejuízo da outra, quando se está diante de uma tutela de natureza sim satisfativa, mas indiscutivelmente provisória. Esse também é o pensamento de Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 725) quando ensina:

> Ademais, é importante que a reversibilidade seja aferida dentro dos limites do processo em que a antecipação ocorre. Como é óbvio, não pode justificar a medida excepcional do art. 273 a vaga possibilidade de a parte prejudicada ser indenizada futuramente por aquele a quem se beneficiou com a medida antecipatória. Só é realmente reversível, para os fins do § 2º do art. 273, a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do processo em curso. Se, portanto, para restaurar o *status quo* se torna necessário recorrer a complexa e problemática ação de indenização por perdas e danos, a hipótese será de descabimento da tutela antecipada. É que, a não ser assim, se estará criando, para o promovido, uma nova situação de risco de dano problematicamente ressarcível, e, na sistemática das medidas de urgência, dano de difícil reparação e dano só recuperável por meio de novo e complicado pleito judicial são figuras equivalentes. O que não se deseja para o autor não se pode, igualmente impor ao réu.

Deste modo, a legislação brasileira adotou o posicionamento de que (MARINONI, 2008, p. 193) "a tutela provisória não poderia incidir de modo irreversível na esfera jurídica da parte" que [...] "antecipando os efeitos da sentença de mérito, conduza à satisfação integral da pretensão do requerente".

Entretanto, o requisito reversibilidade deve ser encarado de forma ampla, já que a tutela antecipada pode ter o caráter irreversível apenas processualmente, pois até mesmo uma sentença que faz coisa julgada material pode ser revertida por meio de ação rescisória.

Ademais, a concessão ou não da tutela antecipada baseada, principalmente, no requisito da reversibilidade deve ser visto com cautela, isso porque, (MARINONI, 2008, p. 197) "o fato do art. 273 do Código de Processo Civil não ter aludido aos

casos em que a constituição não pode ser antecipada, não permite concluir que ela jamais poderá ser antecipada nem que ela sempre poderá ser antecipada".

Assim, forçoso asseverar que a tutela de urgência só não poderá ser antecipada nas ações relativas ao estado ou a capacidade as pessoas, por estas não suportarem a provisoriedade e, consequentemente, a reversibilidade.

No mais, o provimento antecipado pode ter o caráter irreversível, podendo o réu ser prestigiado apenas com uma indenização ao final da lide, se lhe favorável. Entretanto é importante ressaltar que a reversibilidade deve ser encarada como a regra, devendo ser adotada a irreversibilidade em casos de extrema necessidade e urgência.

2.2 Da relatividade do requisito da irreversibilidade do provimento antecipado

"É inegável que a tutela sumária que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo" (MARINONI, 2008, p. 202). As palavras de Marinoni autorizam a defesa da possibilidade de concessão de uma tutela irreversível, frente a situações específicas, principalmente perante o perigo da demora e os efeitos do tempo no processo.

Sobre a necessidade de uma melhor distribuição do tempo do processo, Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 26) ensina:

> O tempo do processo não pode prejudicar o autor e beneficiar o réu, já que o Estado, quando proibiu a justiça de mão própria, assumiu o compromisso de tratar os litigantes de forma isonômica e de tutelar de forma pronta e efetiva os direitos [...] No caso do procedimento comum não há outra alternativa a não ser inserir no seu interior uma técnica capaz de permitir a distribuição do tempo do processo. Afigura-se completamente irracional obrigar o autor a sofrer com a demora, quando esse demonstra no curso do procedimento, que provavelmente o direito lhe pertence. Assim, por exemplo, se o autor prova os fatos constitutivos do direito que alega possuir e o réu apresenta exceção substancial indireta – que requer instrução dilatória – provavelmente infundada, não é racional que ao autor continue sendo imposto o ônus da demora.
>
> Para que impere a igualdade no processo é preciso que o tempo seja isonomicamente distribuído entre as partes litigantes. O tempo deve ser repartido, no curso do procedimento, de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado. Está probabilidade está associada à evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu. Quando o direto do autor é evidente e a defesa do réu carece de seriedade, entra em jogo a tutela

> antecipatória, como técnica de distribuição do ônus do tempo do processo.

Isso porque, o perigo da irreversibilidade deve ser visto perante todos os ângulos, não sendo justo pensar que a ideia da tutela irreversível seja mais gravosa para o réu do que para o autor que pleiteou a tutela de urgência e poderia ter seu pedido indeferido. Nesse sentido aduz Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 493):

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

Destarte, seguindo essa linha é essencial que seja deferido o pedido de tutela antecipada do requerente, quando este for primordial para a garantia da efetividade da jurisdição, buscando, assim, resguardar as peculiaridades do caso concreto que se sobreporão à segurança jurídica.

Para o provimento da tutela irreversível deverá ser sopesado o direito provável, ou seja, a ideia de que o direito poderá existir, frente a situações de extrema urgência, esse direito provável será visto como verossimilhança, ou como elencado no novo código de processo civil, probabilidade de direito.

Assim, quando se tem um direito, em tese, aparente, não se pode negar a medida urgente de modo a privilegiar um direto que é improvável, sob pena de se ter um provimento final sem eficácia, além de não ser alcançado o objetivo principal da medida antecipatória.

Sobre o direito provável autorizador da tutela irreversível escreve Marinoni e Arenhart (2008, p. 229):

> Em virtude dessa regra, seria possível pensar que o juiz não pode conceder tutela antecipatória quando ela puder causar prejuízo irreversível ao réu. Contudo, se a tutela antecipatória, no caso do art. 273, I, tem por objetivo evitar um dano irreparável ao *direito provável (é importante lembrar que o requerente da tutela antecipatória deve demonstrar um direito provável)*, não há como admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer um

> prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de um prejuízo irreversível ao direito improvável.

É importante ressaltar que a negativa de uma tutela antecipada pode causar efeitos tão irreversíveis quanto a sua concessão, ou seja, negar a antecipação de uma tutela imprescindível é o mesmo que negar um direito provável, ainda mais quando já demonstrados o perigo de dano e a probabilidade do direito.

Assim discorre Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 200):

> É nesse sentido que se afirma que a tutela antecipatória se funda no princípio da probabilidade. Não só a lógica, mas também o direito à adequada tutela jurisdicional podem exigir a possibilidade do sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado.

Assim, para que haja a viabilização do instituto da tutela antecipada, o requisito da reversibilidade deve ser relativizado frente a situações de urgência, o que desencadeia na possibilidade de concessão de uma tutela irreversível, já que essa é (MARINONI, 2008, p. 201) “um remédio para a boa prestação da justiça”.

Deste modo, é possível a concessão do provimento antecipado, mesmo que este seja irreversível, como é o caso da lei do inquilinato (Lei 8.245 de 1991) que prevê a concessão da medida liminar de despejo, bastando a demonstração dos requisitos estabelecidos, quais seja, descumprimento do acordo mútuo; extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário relaciona-se com seu emprego; término do prazo da locação para temporada; a morte do locatário sem deixar sucessor legítimo na locação; e a permanência do sublocatário no imóvel.

Da mesma forma, acontece com a liminar de interdito possessório, que pode desencadear em efeitos irreversíveis, mas mesmo assim, se cumpridos os requisitos estabelecidos, poderá ser concedida.

2.2.1 Condições para a concessão da tutela antecipada irreversível

Evidente que pelo fato da irreversibilidade não ser a regra, para que a tutela antecipada seja concedida com essa característica é essencial que sejam preenchidos alguns requisitos autorizadores.

Primeiramente, deve ser analisada a necessidade daquele provimento irreversível, ou seja, deve ser considerado o princípio da necessidade, que autoriza a concessão da medida urgente desde que não haja outro meio mais seguro de resguardar o direito da parte.

Logo após, deve ser observado o contraditório, ou seja, a tutela que antecipará o provimento com efeitos irreversíveis antes da sentença, somente será possível após a manifestação da parte adversa.

No entanto, em algumas hipóteses de extrema urgência, esse requisito não poderá ser satisfeito, mas, quando possível, deve-se buscar antes do provimento a verdade nas alegações do autor. Assim destaca Luiz Guilherme Marinoni sobre a possibilidade do contraditório perante uma maior celeridade dos órgãos jurisdicionados (2005, p. 271):

> De fato, tratando-se de uma situação excepcional, dentro de uma ação coletiva, é evidente que o mínimo que se espera é que haja uma sensibilidade dos órgãos judicantes para conseguir realizar o interrogatório dentro de um prazo razoável, de modo a não colocar em risco o direito do requerente.

Importante acentuar também que antes de ser deferida uma medida antecipatória irreversível deve se observar quem foi o responsável por gerar a situação de urgência, pois não pode ser confundido o perigo da demora com o abuso de direito.

Assim, algumas vezes, o autor ao procrastinar a solução do problema gera um risco que eventualmente não necessitaria de uma medida antecipatória, ou seja, o abuso de direito não poderá ser lisonjeado através da busca pela efetividade da jurisdição.

Por fim, mas não menos importante, apresenta-se a proporcionalidade, assim, (MARINONI, 2005, p. 272) “terá que o juiz decidir entre a preservação do direito de requerente por via da tutela antecipada e a não invasão da esfera de direitos do requerido, indeferindo, pois, o pedido”.

Desta forma, deve ser feito pelo julgador um juízo de ponderação, para que no momento da tomada de decisão prevaleça o princípio mais relevante, de modo a resguardar o bem a ser tutelado, mesmo sob a condição de irreversibilidade.

2.3 A execução da tutela antecipada irreversível

Não bastassem as dificuldades e percalços que a parte muitas vezes passa até o deferimento da medida liminar, inclusive, para no tocante à demonstração de todos os requisitos que lhe são exigidos para tanto, não raras vezes ainda tem que suportar a barreira executiva, ou seja, a parte que foi beneficiada pelo provimento antecipado pode, ainda, enfrentar dificuldades ao tentar dar efetividade à medida, por meio da sua execução.

Isso se dá porque as hipóteses de execução elencadas no CPC, tanto o antigo de 1973 quanto o novo Código de Processo Civil sancionado em 2015, estabelecem, na sua maioria, regras de execução definitiva, quando já tem coisa julgada material, ou, quando muito, trata da execução provisória.

No entanto, conforme acentua Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 209) “a execução da tutela antecipatória não pode se submeter às regras da execução da sentença condenatória. Isto porque a execução da tutela antecipada, diante da natureza dessa tutela, não pode se realizar nos moldes da execução da sentença condenatória”.

Assim, as regras da execução definitiva não atendem as demandas para a efetivação da tutela antecipada, visto a necessidade de um procedimento mais célere, além do agravante de que a decisão que antecipa os efeitos do provimento antecipado não ser título executivo judicial.

Entretanto, tal requisito de ser título executivo judicial não deve ser encarado como uma barreira para a concretização da tutela antecipada, devendo ser essencial a sua solidificação. Sobre tal afirmativa elenca Marinoni (2008, p. 210):

> Portanto, quando falamos em execução da tutela antecipatória, utilizamos essa terminologia apenas para facilitar a comunicação. Na verdade, não importa, no atual estágio da tutela antecipatória, saber se o provimento antecipatório constitui título executivo ou se a tutela antecipatória se submete a uma execução propriamente dita. O que realmente interessa, como é evidente, é demonstrar – como fazemos desde 1994 – que o direito objeto da antecipação da tutela deve ser realizado através de meios executivos adequados à sua natureza e à situação de urgência em que se encontra inserido. O juiz, o provimento sumário, deve desde logo estabelecer os meios executivos que poderão ser utilizados para que a decisão seja observada, caso não seja voluntariamente adimplida. Justamente porque a atuação da tutela antecipada sumária não se subordina às regras próprias da execução da sentença condenatória é que se

> atribui ao juiz um amplo poder destinado à determinação dos meios executivos.

Desta feita, na maioria das vezes, é o juiz que deve determinar medidas para assegurar o resultado prático do provimento antecipado, como se pode exemplificar o cumprimento da antecipação de tutela nas obrigações de fazer e não fazer, que era estabelecido pelo art. 461 do CPC de 1973:

> **Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.**
> **§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.** (BRASIL, 1973, grifo do autor).

Do mesmo modo estabelece o atual Código de Processo Civil, no artigo 497:

> **Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.**
> Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. (BRASIL, 2015, grifo do autor).

Destarte, para a efetivação da tutela antecipada o juiz poderá determinar os meios que julgar adequados para garantir o direito provável da parte e a efetividade da jurisdição, não deixando de observar o menor risco de lesão ao réu.

Entre as medidas de coerção que podem ser adotadas pelo magistrado para que a medida de urgência seja cumprida, podemos elencar a multa, que é a mais utilizada, mas esse também poderá se valer da busca e apreensão e até mesmo requisição de força policial.

“Assim, o magistrado verificará se a eficácia do direito antecipado é compatível ou não com a aplicação das medidas de apoio, dentre as quais avulta a multa” (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVERA, 2010, p. 519), mas se essa se fizer inviável,

principalmente nos casos de pensão alimentícia, o julgador poderá se valer de medidas mais extremas como a da prisão civil.

Outrossim, tem-se que o julgador é o principal responsável pela efetivação das medidas de urgência, por ser ele o detentor das medidas coercitivas que ensejam o cumprimento da decisão liminar.

Deste modo, sendo magistrado o responsável pela concessão da tutela antecipada e em momento posterior, pela continuidade do processo, pode ele se deparar com uma sentença de mérito desfavorável à concessão da tutela anteriormente concedida, de forma que se buscará a partir deste momento o maior ressarcimento possível a parte prejudicada com a liminar.

3 A CONCESSÃO DA TUTELA IRREVERSÍVEL E SUA POSTERIOR REVOGAÇÃO

Partindo do pressuposto de que a tutela poderá ser irreversível para resguardar um direito fundamental, não pode o réu ficar completamente desamparado frente à impossibilidade de reposição do *status quo,* caso a sentença modifique a decisão liminar, razão pela qual existe a possibilidade de seu ressarcimento.

3.1 A sentença de mérito não favorável à antecipação da tutela irreversível

Com o prosseguimento da ação, seguindo as fases processuais determinadas processualmente, é garantido ao réu, apesar da concessão da tutela, o direito ao contraditório, para que seja atendido o princípio do devido processo legal que desencadeará em uma decisão final que assegure segurança jurídica.

Assim, tendo a sentença de mérito decidido de forma contrária à decisão que antecipou os efeitos da tutela irreversível, caberá ao réu, que sofreu a ação do provimento liminar, pleitear indenização para que seja ressarcido de eventuais danos.

O que permite que o réu pleiteie a indenização por prejuízos decorridos da concessão da tutela irreversível é a segurança jurídica gerada pela coisa julgada, razão pela qual se faz essencial a sentença de mérito, mesmo quando já concedido o provimento antecipado.

Como bem ensina Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 768) “executada a medida judicial provisória posteriormente revogada, cassada ou extinta por força de decisão contrária definitiva, fará jus o réu à indenização se comprovar que da execução da medida decorreram danos”.

Nesse sentido assevera Luiz Guilherme Marinoni (2005, p. 273):

> Nestes casos, dentro do universo das ações individuais, a questão pelo menos do ponto de vista teórico é simples: o autor responderá pelos prejuízos causados ao réu. Assim, nesse sentido, e para evitar até mesmo maiores dificuldades a esse fim, deverá o juiz, na medida da possibilidade, determinar que o autor preste caução idônea para que a antecipação de tutela possa gerar efeitos.

O art. 811 do antigo CPC de 1973 elencava que o requerente do procedimento cautelar responderia pelos prejuízos causados pela execução da medida, nas seguintes situações:

> Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:
> I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;
> II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;
> III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;
> IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).
> Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar. (BRASIL, 1973).

Já o atual Código de Processo Civil, precisamente, estabelece em suas disposições gerais sobre a tutela de urgência, e não só no processo cautelar, como estabelece o artigo supracitado, que a parte responderá pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar a parte adversa, o que gera respaldo legal a indenização que eventualmente poderá ser pleiteada. Assim elucida o art. 302 do CPC sancionado em 2015:

> Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:
> I - a sentença lhe for desfavorável;
> II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
> III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
> IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.
> Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível. (BRASIL, 2015)

Assim, conforme estabelecem os artigos supracitados é possível concluir que para que haja o dever de indenização, basta que o réu comprove que a medida antecipatória irreversível lhe causou danos e por isso pleiteia a referida indenização, frente à impossibilidade de retorno do *status quo*.

A permissão para que o réu pleiteie indenização está no fato de que essa é o meio mais efetivo de se minimizar os efeitos decorridos da tutela antecipada irreversível, mesmo que não recomponha o status anterior, essa se faz necessária para mitigar os prejuízos já causados.

Assim doutrina Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 770):

> A indenização há de ser ampla, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes, todos os prejuízos provenientes da limitação do poder de disposição ou de gestão do objeto submetido à medida cautelar ou antecipatória, e, ainda, todas as influências desfavoráveis que tenha tido a execução sobre a situação patrimonial do promovido. Até mesmo os danos morais, quando evidenciados pela ofensa à honra e ao crédito, derivada da medida frustrada, têm de ser indenizados. Dentre os possíveis danos incluem-se, portanto, deteriorização e desvalorização dos bens, privação de frutos civis, custas processuais, honorários advocatícios, toda e qualquer diminuição patrimonial decorrente d gestão do depositário da coisa ou da empresa. Indenização completa é a que promove a efetiva recomposição do patrimônio do réu ao estado em que se encontrava na data da execução da medida, assegurando-lhe o pagamento dos danos emergentes e dos lucros que certamente auferiria se acaso não tivesse havido a intervenção da outra parte.

Sobre a responsabilidade do autor em indenizar o réu, ensina Teori Albino Zavascki (1999, p. 90):

> Se a antecipação for assecuratória, a responsabilidade será objetiva – pois não há necessariamente ilicitude e repercute essencialmente na esfera de direitos dos particulares; já se a antecipação for punitiva, a responsabilidade será subjetiva – pois há ilícito que prejudica interesses dos particulares e a própria jurisdição. Assim, nessa segunda hipótese: caberá a ele restituir ao demandado os benefícios obtidos com a antecipação de tutela; porém, qualquer outro dano que a execução possa ter acarretado somente será ressarcido se configurada participação culposa ou dolosa do demandante.

No entanto, parece mais plausível a ideia de que a responsabilidade civil proveniente da tutela antecipatória é apenas objetiva, isso porque deve ser levada em conta apenas “a lesão do requerido, a frustração da medida cautelar e o nexo causal entre a medida e o dano” (THEODORO Jr., 2014, p. 770).

Importante ressaltar, que só existirá a responsabilidade do beneficiário da tutela antecipada de indenizar o requerido se a medida foi realmente efetivada, ou

seja, somente o deferimento da tutela antecipada não é bastante para ensejar a responsabilidade civil.

Importante asseverar também, que não é necessário que o prejudicado pela medida interponha ação condenatória visando ser ressarcido dos prejuízos, visto que a responsabilidade decorre de lei.

Pode ocorrer, no entanto, que o requerente que teve seu pleito antecipatório deferido não tenha condições de indenizar quem sofreu as medidas executadas, então estaremos diante de um dilema, visto que o princípio da efetividade, proporcionalidade e garantia dos direitos fundamentes, não poderá prevalecer perante o total prejuízo do réu. Ademais, se assim fosse, seria violado uma premissa essencial do direito, que determina que todo dano deverá ser reparado.

Diante dessa situação especial, para que a tutela seja satisfeita sem que sobre o réu recaia todos os prejuízos, a saída mais plausível é a indenização feita pelo Estado, assim aduz Marinoni (2005, p. 273):

> A irresponsabilidade é com o Estado de Direito, razão pela qual consolidou-se o entendimento no sentido de que o Estado deve ressarcir a vítima pelos danos causados no exercício de suas atividades, inclusive aquela jurisdicional.

Desta maneira, sendo concedida a tutela antecipada irreversível, perante o preenchimento dos requisitos estabelecidos por lei necessário se faz o ressarcimento dos prejuízos suportados pelo réu, caso a tutela não seja confirmada ao final, sob pena de configuração da injustiça. Indenização essa que deve chegar o mais próximo possível dos danos causados, mesmo que para isso seja necessária a imputação de responsabilidade civil do Estado, que de forma indireta, foi o responsável pela concessão da medida de urgência.

3.2 A antecipação da tutela no Código de Processo Civil de 1973 comparado ao novo CPC/2015.

Diante das várias mudanças relativas às tutelas de urgência trazidas pelo novo CPC, é essencial que se faça uma comparação entre os Códigos de Processo Civil de 1973 e o atual 2015 para que seja demonstrada de forma comparativa as transformações referentes ao tema.

No entanto, importante ressalvar que com a entrada em vigor do novo código de processo civil ainda não se sabe com clareza a aplicação prática da irreversibilidade da tutela de urgência, por não haver ainda entendimento jurisprudencial e doutrinário solidificado a respeito.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 1973	**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015**
As tutelas de urgência se encontram separadas entre medidas cautelares e antecipação de tutela, sendo que as primeiras eram classificadas como nominadas, inominadas, antecedentes e incidentais.	Houve uma fusão de tratamentos entre as tutelas cautelares e antecipatórias, sendo, agora, unificadas e denominadas como tutela de urgência, sendo satisfativa ou acautelatória, antecedente ou incidental.
A petição inicial que fizer referência a bens, provas, coisas ou pessoas com fim e resguardar o processo principal, será caracterizado o processo cautelar.	Restou extinta a ação cautelar autônoma. Todas as medidas denominadas de urgência serão pleiteadas já na petição inicial.
	Houve a reestruturação da tutela de evidência, que agora está inserida no Livro V que elenca as tutelas provisórias.
Requisitos da tutela antecipada: prova inequívoca e verossimilhança das alegações.	Requisitos de todas as tutelas de urgência: probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Existe a possibilidade de fungibilidade entre a tutela antecipada e as medidas cautelares. Assim como é requisito das tutelas antecipadas a reversibilidade.	O novo código de processo civil também autoriza a fungibilidade entre as tutelas de urgência e, do mesmo modo, prevê a reversibilidade das medidas de urgência.
O requerente da medida cautelar e responsável pela sua execução deve arcar com os prejuízos decorrentes da execução desta.	O requerente da medida antecipatória será responsável por todos os danos causados em decorrência da execução de qualquer medida de urgência.

Fonte: próprio autor

O quadro apresentado acima demonstra algumas das mudanças ocorridas no atual Código de Processo Civil para que se possa chegar a um entendimento e clareza quanto ao assunto abordado no presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da realização desse trabalho ficou evidente a importância do provimento antecipado como meio de efetivação do resultado do processo, de modo que a parte requerente obtém a prestação jurisdicional de forma mais célere e efetiva.

Verificou-se que dentre as mudanças estabelecidas pelo novo Código de Processo Civil sobre o provimento antecipado, a mais expressiva foi em relação aos requisitos para a concessão da tutela antecipada, que foram denominados probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. No entanto, outras mudanças ocorreram, vez que as medidas cautelares e as medidas antecipatórias foram unificadas no mesmo título “Da tutela de urgência” e deverão ser pleiteadas logo na peça inicial.

Consideração importante foi obtida através da flexibilização do requisito reversibilidade, uma vez que restou demonstrado a possibilidade da irreversibilidade do provimento antecipado frente a situações de extrema urgência.

Restou observado também que caso a tutela antecipada não seja confirmada por meio de sentença, poderá o requerido, que sofreu os efeitos do provimento antecipado, requerer a devida indenização de quem foi beneficiado pela antecipação da tutela ou até indenização do Estado, quando o beneficiário da tutela não puder adimplir com sua obrigação.

Deste modo, tem-se que a indenização obtida pela parte que sofreu os efeitos negativos da antecipação de tutela pode não ser a medida mais satisfatatória e eficaz, no entanto é a única maneira desta parte não ficar no total prejuizo frente a situação de urgência e necessidade vivida parte requerente da medida liminar.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e Tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil.** Brasília, DF, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 jan. 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 jan. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 05 jun. 2016.

CASTRO, Marcello Soares. Breve panorama da trajetória das tutelas de urgência e tutela da evidência no sistema processual civil Brasileiro. In.: FREIRE, Alexandre (Org.) et al. **Novas tendências do processo civil:** estudo sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 285-302.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A tutela jurisdicional de urgência, relatório nacional (Brasil). In.: CONGRESSO ARGENTINA-BRASIL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1., 2002. São Paulo. **Texto...** Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=78&embedded=true>. Acesso em: 03 abr. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** 5. ed. Salvador: JusPodivm. 2010. v. 2

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A Nova Era do Processo Civil.** São Paulo: Malheiros, 2003.

HOLANDA JÚNIOR, Carlos Eduardo de Oliveira. **Breves considerações sobre a tutela antecipada na atual sistemática processual e no projeto do novo CPC.** [2012]. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/edi001_2012/artigos/03_Carlos.Eduardo.Holanda.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2015.

LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a tutela de urgência no relatório de Barradas. In.: FREIRE, Alexandre (Org.) et al. **Novas tendências do processo civil:** estudo sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 379-390.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. A tutela antecipada no projeto do novo CPC. In.: FREIRE, Alexandre (Org.) et al. **Novas tendências do processo civil:** estudo sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 303-330.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória:** julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 3. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____.**Estudos de direito processual civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Antecipação da tutela.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito processual Civil.** 49. ed. Rio de janeiro: Forense, 2014. v. 2.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal:** 1 Região, Belém, v. 7, n. 3, jul./set. 1995. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15394-15395-1-PB.pdf >. Acesso em: 08 abr. 2015.

_____. Antecipação de Tutela e colisão dos diretos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Antecipação de tutela.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.