

**FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**

**CAROLINA GONÇALVES SANTOS**

**A REVERSIBILIDADE NA TUTELA ANTECIPADA: UMA ANÁLISE  
DOUTRINÁRIA E JURISPRUDÊNCIAL DE SUA APLICABILIDADE, BEM  
COMO AS HIPÓTESES CABÍVEIS PARA SUA SUPERAÇÃO**

**Cachoeiro de Itapemirim  
2018**

CAROLINA GONÇALVES SANTOS

**A REVERSIBILIDADE NA TUTELA ANTECIPADA: UMA ANÁLISE  
DOUTRINÁRIA E JURISPRUDÊNCIAL DE SUA APLICABILIDADE, BEM  
COMO AS HIPÓTESES CABÍVEIS PARA SUA SUPERAÇÃO**

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Maria Izabel Pereira de Azevedo Altoé.

CAROLINA GONÇALVES SANTOS

**A REVERSIBILIDADE NA TUTELA ANTECIPADA: UMA ANÁLISE  
DOUTRINÁRIA E JURISPRUDÊNCIAL DE SUA APLICABILIDADE, BEM  
COMO AS HIPÓTESES CABÍVEIS PARA SUA SUPERAÇÃO**

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_ de \_\_\_\_.

Nota: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Orientadora: Maria Izabel Pereira de Azevedo Altoé

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus por Seu amor incondicional.

Agradeço aos meus pais por toda dedicação e esforço para que eu pudesse chegar até aqui.

Agradeço, também, ao meu noivo – Luis Fernando - por toda compreensão, paciência e acalento durante a construção desta obra.

Agradeço, ainda, aos meus amigos (de curso e do trabalho) pelos conselhos, leitura e releituras desta monografia.

Agradeço ao Dr. Wilson Márcio Depes que, além de me emprestar sua biblioteca, me emprestou seus conhecimentos.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à minha orientadora, Maria Izabel, por todo os momentos de aprendizado, de construção do conhecimento, por toda paciência e dedicação.

Devo esta obra a vocês.

(...) Desconfie do destino e acredite em você. Gaste mais horas realizando que sonhando, fazendo que planejando, vivendo que esperando porque, embora quem quase morre esteja vivo, quem quase vive já morreu.

(Sarah Westphal)

## RESUMO

A presente obra trata da reversibilidade como requisito para a concessão da tutela provisória em caráter de urgência. Tendo em vista a peculiaridade deste instituto, bem como a ausência de maiores informações acerca da motivação para a superação deste requisito, foi necessário adentrar na esfera da jurisprudência e, como consequência, vê se formando a valorização dos precedentes no Direito Brasileiro. De forma exaustiva tratou sobre isto, sobre as possibilidades de superação deste requisito no caso em concreto.

**Palavras-chave:** Processo. Processo Civil. Tutela Provisória. Tutela Provisória de Urgência. Reversibilidade. Irreversibilidade dos Efeitos da Medida.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

CPC	Código de Processo Civil
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
CF	Constituição Federal de 1988
REsp.	Recurso Especial
AI	Agravo de Instrumento

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 TEORIA GERAL DO PROCESSO.....</b>	<b>13</b>
1.1 Do Devido Processo Legal .....	14
1.2 Dos Princípios do Contraditório e Da Ampla Defesa .....	16
1.3 Da Duração Razoável do Processo .....	20
<b>2 DOS DIVERSOS GRAUS COGNITIVOS E CARACTERÍSTICAS .....</b>	<b>22</b>
2.1 Grau de Cognição Parcial .....	24
2.2 Grau de Cognição Sumária.....	25
2.3 Grau de Cognição Exauriente .....	26
<b>3 TUTELA PROVISÓRIA.....</b>	<b>29</b>
3.1 Espécies de Tutela Provisória .....	31
3.1.1 Tutela Provisória de Evidência .....	32
3.1.2 Tutela de Urgência .....	35
<b>4 A REVERSIBILIDADE .....</b>	<b>39</b>
4.1 O alcance da Irreversibilidade .....	40
4.2 Como se Operava a Irreversibilidade no CPC de 1973.....	41
4.3 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade .....	42
<b>5 UMA ANÁLISE PERFUNCTÓRIA DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA QUANTO AO TEMA .....</b>	<b>44</b>
5.1 Como Orientam a Jurisprudência.....	44
5.2 Quais São as Principais Correntes Doutrinárias .....	50
5.3 Princípio da Legalidade, Vedação Legal e o Problema da Superação da Lei51	



5.4 Os Princípios Constitucionais e a Solução Condizente com a Magna Carta 54

**6 SITUAÇÕES CONCRETAS DE AFASTAMENTO DO REQUISITO DA REVERSIBILIDADE DE FATO E ANÁLISE CONSTITUCIONAL .....56**

6.1 Ônus Argumentativo.....58

6.2 Meios de Afastamento da Norma .....60

6.3 Consequências do Afastamento.....62

**CONCLUSÃO .....64**

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....66**

## INTRODUÇÃO

No ano de 2015, houve a promulgação de Lei nº 13.105, a qual abrogou o Código de Processo Civil de 1973, com esta nova lei em vigor, tantos os ritos processuais como a organização geográfica sofreram substanciais alterações.

Para além dessas premissas, o Novo Código de Processo Civil promoveu modificações no que tange às tutelas provisórias, passando a positivar aquilo que antes era objeto de jurisprudências e doutrinas, sendo assim, a tutela provisória passou a ser dividida em duas espécies, sendo elas: a tutela de evidência e a tutela de urgência.

A presente obra presta-se, principalmente, á análise desta segunda, uma vez que a problemática se encontra umbilicalmente atrelada a ela. Assim, importante frisar que com a promulgação do Novo Código de Processo Civil no ano de 2015, as tutelas provisórias de urgências; aquelas voltadas para situações que exigem maior celeridade, bem como diferenciação na tramitação; passaram a ser regulamentadas pelo art. 300 do CPC, sobretudo, *in verbis*:

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.** (Grifo nosso)

Destarte, verifica-se que para que seja concedida a prestação jurisdicional nestes termos, mais célebre e em sede de cognição sumária, há a necessidade de que se configurem os requisitos expostos no dispositivo supracitado. Entrementes, o §3º deste, traz uma ressalva acerca da reversibilidade da tutela concedida em sede de natureza antecipada, qual seja, havendo perigo de irreversibilidade, esta não será concedida pelo Magistrado.

Veja-se que a tutela antecipada, subespécie da tutela provisória, possui três requisitos: demonstração de inequívoca probabilidade do direito, também conhecido como *fumus boni iuris*, perigo de dano ou *periculum in mora* e, a diferenciação das demais, a reversibilidade.

Nestes termos, é possível notar o atual *códex* processual manteve aquilo que o anterior dispunha sobre este tema, assim transcrevo:

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; 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.**

Observa-se que o Código de Processo Civil de 1973 já positivava no sentido de que, havendo irreversibilidade, vedava a concessão de antecipação dos efeitos da tutela.

Neste íterim, como mencionado anteriormente, a presente possui o objetivo de trazer uma análise doutrinária e jurisprudencial aludentemente a reversibilidade como requisito. Outrossim, objetiva examinar as hipóteses em que mais tem sido recorrente a sua concessão.

Por fim, a questão controvertida, tange-se a perscrutar as hipóteses de sua superação, haja vista a existência de inúmeras demandas que requerem urgência em sua análise, todavia a irreversibilidade se faz presente, assim, a contrário senso, não basta somente à negativa, há que se fundamentar esta, conforme disposto no art. 489, §1º do Código de Processo Civil, mas, sobretudo, verificar em quais situações concretas este requisito poderia ser superado, por último quais seriam as consequências pragmáticas desta superação.

## 1. TEORIA GERAL DO PROCESSO

Inicialmente, revela-se necessário discorrer sobre a Teoria Geral do Processo, sendo assim, este, nada mais do que a base sobre o qual se inicia, desenvolve-se e finaliza todo e qualquer processo, independente do grau de jurisdição. Especificando as partes processuais, a forma de surgimento do processo e entre outros aspectos fundamentais.

O Código de Processo Civil, em seus artigos 1º até o 25º, trata da base sobre o qual o processo deve se desenvolver e finalizar, assim como já elucidado acima. Tal base é de todo importante, mormente o art. 1º em que reforça a ideia de um processamento sobre o viés constitucional, observando sempre e estritamente as normas constitucionais, senão vejamos:

Art. 1º O processo civil será **ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil**, observando-se as disposições deste Código. (Grifo nosso)

Com isto, tem-se a clara demonstração do avanço do neoconstitucionalismo no ordenamento brasileiro, bem como é possível se observar a aplicação das premissas estabelecidas por este, tanto em caráter objetivo, quando há a consagração de caráter a ser aplicado de forma genérica, e em caráter subjetivo, quando este é positivado em um caso em concreto.

Além do mais, os princípios do processo insculpidos na Constituição elevam o processo, em verdade, o ato de fazer movimentar a máquina judiciária, a uma condição de direito fundamental, devendo este, portanto, ser apto à efetiva proteção dos demais tipos de direitos fundamentais inerentes ao indivíduo pertencente ao Estado Democrático de Direito.

Sabe-se que, em sua maioria, os processos têm início em razão de uma *lide*<sup>1</sup> - conceituado por Canelutti (2015) como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Entrementes, da ótica estabelecida acima, em se

---

<sup>1</sup> CANELUTTI, Francesco. **COMO SE FAZ UM PROCESSO**. Ed. Pílares. São Paulo. 2015. Disponível em: <[https://www.amazon.com.br/COMO-SE-FAZ-UM-PROCESSO-ebook/dp/B01J49QOP2/ref=tmm\\_kin\\_swatch\\_0?\\_encoding=UTF8&qid=&sr=>](https://www.amazon.com.br/COMO-SE-FAZ-UM-PROCESSO-ebook/dp/B01J49QOP2/ref=tmm_kin_swatch_0?_encoding=UTF8&qid=&sr=>)>. Acesso em 28 de maio de 2018.

tratando de um instrumento de proteção a direitos fundamentais, o processo passa a ser não só em razão de uma lide, mas também pode ser exercido de forma voluntária para que haja a proteção do interesse legítimo e legal de determinado indivíduo.

Tal conceito *alhures* mencionado, vêm de Francesco Canelutti, o qual lecionou em seu livro *Como se Faz um Processo* (Ed. Pilares, 2015) acerca do processo civil contencioso e aquele de jurisdição voluntária.

Aonde este último, independe da lide para que se configure, atualmente, possui previsão legal nos artigos 1103 ao 1210 do Código Processual Cível, seu caráter é preventivo, sendo menos complexo do que o outro e ocorre em razão do cidadão necessitar de uma autorização, permissão e convalidação de certos atos da vida cível, ou seja, a parte com interesse processual não anseia pela resolução de um conflito, não há a declaração do magistrado no sentido de dizer com quem está o direito, mas de conceder à parte a possibilidade de execução ou modificação de algum ato.

Já aquele primeiro, decorre de uma lide, aonde há uma ou mais pessoas figurando em ambos os polos – ativo e passivo – a fim de que o magistrado, como representante do Estado Democrático de Direito, dê fim a esse conflito através da prolação de uma sentença de mérito, com previsão legal no art. 4º<sup>2</sup> e 487 do CPC e, que após esta, ocorra o trânsito em julgado e, portanto, torna-se imutável este direito adquirido o que ocorre quando esta decisão não pode ser atacada ou modificada por nenhum outro recurso.

### **1.1 Do Devido Processo Legal**

Consoante demonstrado acima, o código processual cível é ordenado, disciplinado e interpretado conforme os preceitos constitucionais. Assim, colhe-se da Constituição Federal de 1988 que o processo é o método estatal de atuação dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – destinado a resolução de conflitos, devendo este ser, sobretudo, democrático, ou seja,

---

<sup>2</sup> Art. 4º - As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

dando às partes envolvidas a garantia da igualdade material, na qual consiste em igualar os indivíduos que são essencialmente desiguais<sup>3</sup>.

Isto posto, dentre os direitos principais consagrados pela Carta Magna, previstos em seu art. 5º, é necessário destacar o inciso XXXV e LIV, *in verbis*:

“A lei não excluirá da apreciação o Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal;**” (grifo nosso)

Ou seja, vê-se que o processo é o meio pelo qual o indivíduo pode ter acesso à justiça para fazer valer seus direitos, bem como possibilita à Justiça atuar sobre quaisquer desordens que venham comprometer a paz social, sendo garantido a este que, em hipótese de eventual condenação, esta será feita de forma justa, sendo observados os preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o que sem estes tornam o processo nulo, posto que violado uma garantia fundamental e inerente ao processo constitucional.

Assim, tem-se, portanto, o direito de acesso à justiça e que este acesso deve ser realizado com a concretização do direito fundamental a um devido processo (*giusto processo*).<sup>4</sup> Neste diapasão, o processo democrático é o que legitima o amplo e irrestrito acesso à justiça, bem como se atem que este deve ser segundo as observâncias de um processo justo e adequado.

Tal princípio possui duas formas: o devido processo material ou substantivo e devido processo legal formal ou processual<sup>5</sup>. O primeiro fixa-se na razoabilidade e proporcionalidade das decisões, atos administrativos, das leis e dos negócios jurídicos estabelecidos entre civis, que diante da existência de um conflito ou lacunas da lei permita-se que possa ser adotado uma solução que, do ponto de vista jurídico, seja razoável.

---

<sup>3</sup> **BRASIL. IGUALDADE FORMAL X IGUALDADE MATERIAL A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DA ISONOMIA.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,igualdade-formal-x-igualdade-material-a-busca-pela-efetivacao-da-isonomia,57812.html>>. Acesso em 05 de março de 2018.

<sup>4</sup> RIO DE JANEIRO. ABELHA, Marcelo. **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL.** 6ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2017. p 14 e 15.

<sup>5</sup> Obra citada, p. 14 e 15

Já este segundo, expressa o direito a um devido processo, o direito de processar e de ser processado, com as observâncias das garantias processuais constitucionais que são fundamentais e que constituem um devido processo legal justo.

Ademais, o bojo deste princípio *alhures* mencionado deve pautar a atuação do Estado-Juiz, o qual serve de norte para que o Poder Legislativo atue com a criação de leis adequadas e efetivas.

Igualmente, impede salientar, ainda, que este princípio possui dentro de si outras garantias processuais que constituem o devido processo legal constitucional e uma garantia fundamental do indivíduo que recorre ao judiciário, tanto para solucionar uma lide quanto para que seu interesse legítimo e legal seja satisfeito, quais sejam, o direito de acesso a justiça, juiz natural, igualdade das partes, contraditório e amplo defesa, publicidade e motivação das decisões judiciais e duração razoável do processo.

Tendo em vista que de um único princípio emanam outros, têm-se que este é considerado a raiz de todos os demais princípios estruturantes do processo legal, por isso, além de ser a raiz, ele ainda é considerado um fator preponderante para a realização de uma justiça democrática e justa, aonde há o respeito as garantias constitucionais do indivíduo, bem como que o processo em si será processado de forma ílibada e igualitária.

## **1.2 Dos Princípios do Contraditório e Da Ampla Defesa**

Haja vista o Princípio do Devido Processo Legal, o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa desdobram-se deste, sendo, em verdade, uma consequência, posto que para que seja implementado um processo justo, necessário é que seja promovido o contraditório, para que a parte processada possa ser oitivada, bem como que ambas as partes possam exercer a Ampla Defesa.

Os Princípios acima mencionados possuem respaldo jurídico no art. 5º da Constituição Federal, no inciso LV, o qual preconiza: “LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são **assegurados o contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes;”. (destaquei)

De acordo com o leciona Alexandre Freitas (2015) o princípio do contraditório deve ser compreendido como uma dupla garantia, sendo a primeira de que as partes contribuem para a formação do resultado e a segunda a vedação da decisão surpresa, ou seja, ocorre esta quando o magistrado decide acerca de algo que não foi suscitado no decurso do processo.

Dentro deste princípio, *exsurge* outro, o qual sobreleva mencioná-lo, trata do princípio da cooperação, aonde todas as partes processuais; isto inclui o magistrado, os autores, réus, bem como todos aqueles que fizeram parte do processo; devem agir com o único anseio de que seja dado fim e solucionada a lida no tempo razoável e devido, portanto, não há espaço para que ajam de forma a trazer morosidade ao processamento do feito, consoante consagra o art. 62 do CPC:

Art. 62 Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Sendo assim, as decisões judiciais devem ser construídas a partir de um debate estabelecido entre as partes do processo (sujeitos processuais), tanto sob a ótica do juiz que é um sujeito imparcial no processo, quanto sob os dos sujeitos interessados no feito que são os autores, réus, denunciados á lide e aqueles chamados ao processo no decorrer do feito.

Portanto, toda e qualquer decisão precisa ser submetida ao contraditório das partes, dando aos litigantes a oportunidade de ciência e manifestação, antes que o magistrado promova qualquer ato em diligência ou faça qualquer determinação. Desta forma, surge, ainda, outro princípio, o da vedação a decisão-surpresa ou decisão de terceira via

Inclusive, o c. Superior Tribunal de Justiça tem primado à observação deste princípio, consoante se pode colher o Recurso Especial Nº 1.676.027 - PR (2017/0131484-0):

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS. APLICAÇÃO DO ART. 10 DO CPC/2015. PROIBIÇÃO DE DECISÃO SURPRESA. VIOLAÇÃO. NULIDADE. 1. Acórdão do TRF da 4ª Região extinguiu o processo sem julgamento do mérito por insuficiência de provas sem que o fundamento adotado tenha sido previamente debatido pelas partes ou objeto de contraditório preventivo. 2. **O art. 10 do CPC/2015**



**estabelece que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.** 3. Trata-se de **proibição da chamada decisão surpresa**, também conhecida como decisão de terceira via, contra julgado que rompe com o modelo de processo cooperativo instituído pelo Código de 2015 para trazer questão aventada pelo juízo e não ventilada nem pelo autor nem pelo réu. 4. A partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunidade de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes. **Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelo julgador, devendo este intimar os interessados para que se pronunciem previamente sobre questão não debatida que pode eventualmente ser objeto de deliberação judicial.** 5. O novo sistema processual impôs aos julgadores e partes um procedimento permanentemente interacional, dialético e dialógico, em que a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque do novo CPC. 6. **A proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. E a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador.** 7. O processo judicial contemporâneo não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código. 8. Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas. Haverá afronta à colaboração e ao necessário diálogo no processo, com violação ao dever judicial de consulta e contraditório, se omitida às partes a possibilidade de se pronunciarem anteriormente "sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício" (MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 209). (...) 18. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1676027 PR 2017/0131484-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/09/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2017)<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514568082/recurso-especial-resp-1676027-pr-2017-0131484-0/inteiro-teor-514568092?ref=juris-tabs>>. Acesso em 28 de maio de 2018.

O julgado anteriormente referenciado possui fulcro no art. 10 do Código de Processo Civil:

Art. 10 - o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício

Destarte, sob este foco, conclui-se, portanto, que o princípio do contraditório é o que assegura ainda mais que o resultado final do processo será algo justo e satisfatório, sem que haja a supressão de qualquer garantia constitucional processual, aonde as partes colaborarão para que isso ocorra, sendo observada a boa-fé processual, prevista no art. 5º do Código de Processo Civil.

Além dessas premissas, há que falar, ainda, da Ampla Defesa, a qual se encontra umbilicalmente atrelada ao princípio exaustivamente apresentado acima, esta abrange a autodefesa ou a defesa técnica e a defesa efetiva, ou seja, há o direito e a efetiva participação das partes em todos os momentos do processo, aonde ele pode alegar fatos e contestar, bem como propor e contraditar provas, e, ainda, interpor recursos contra decisões que lhe forem desfavoráveis.

Aonde a parte pode se valer de todas as provas lícitas e admitidas em direito para provar, argumentar e refutar os fatos alegados no curso processual. Todavia, embora a defesa seja atribuída de forma ampla, é vedado o abuso de direito, ou seja, a parte não pode agir de forma a ludibriar ou tumultuar o processo, a fim de que este seja moroso ou ineficaz, a ampla defesa deve ser estritamente observada dentro dos ditames legais, bem como sobre o prisma do princípio da cooperação processual.

Por fim, havendo em qualquer parte e tempo do processo o cerceamento de tal princípio, este se torna deficiente e, portanto, nulo, consoante já exposto acima na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, haja vista que não houve a observância de preceito fundamental e inerente ao deslinde do feito.

### **1.3 Da Duração Razoável do Processo**

Neste diapasão, impende, ainda, esclarecer acerca do Princípio da Duração Razoável do Processo, ou seja, o art. 5º, LXXVIII da Magna Carta o qual nos garante que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Assim, conforme esclarece Melo (2006) que a prestação, além de ser efetiva, colocando fim ao litígio, ela deve ser feita dentro do tempo razoável.

Assim sendo, o magistrado deve buscar a além da efetividade de seus julgamentos, com a prolação de uma decisão justa, respeitando o princípio do contraditório e da ampla defesa, o tempo razoável para tal ato. Além disso, este princípio não só compreende o ato de proferir decisões, mas também a duração do feito em si.

Posto que o feito não deve perdurar por anos a fio, tornando-se excessivamente moroso e custoso para as partes, visto que a efetividade do processo se encontra próxima ao tempo que este dura, uma vez que desnecessário seria um processo durar longos anos e, ao final, haver a perda do objeto, tendo em vista que não há mais interesse no processo.

Impõe-se, portanto, a busca do equilíbrio processual, aonde se evita demoras desnecessárias; tais como o acolhimento de recursos com a intenção explicitamente protelatória, produção de provas descabidas, ou seja, que nada contribuem para a construção do convencimento do magistrado, determinação de diligências custosas ao Estado e que sequer contribuem para o processo, entre outros atos processuais que pouco colaboram para a agilidade do processo em si.

Este princípio está vinculado com a Tutela Provisória de Urgência, uma vez que nesta a urgência ou *periculum in mora* é uma das características inerentes, assim sendo, há uma análise do pedido satisfativo ou acautelatório em momento anterior a sentença, em razão da situação que requerer agilidade processual, a fim de que o processo não se torne ineficaz ou que a parte processual venha sofrer com algum dano irreparável ou de difícil reparação.

## 2. DOS DIVERSOS GRAUS COGNITIVOS E CARACTERÍSTICAS

O Dicionário *online* Dicio<sup>7</sup> traz a seguinte definição quanto a palavra *cognição*, veja-se:

*Lato sensu*: **Ação de conhecer**, de perceber, de ter ou de passar a ter conhecimento sobre algo.

Jurídico: Período que, num processo judicial, consiste no momento em que o juiz passa a **conhecer** o pedido, a defesa, as provas e testemunhas, partindo para sua decisão. (Destaquei)

Partindo dessa premissa, é possível se extrair que a *cognição* é uma técnica empregada pelo juiz para analisar o processo, adequando-o às leis, analisando suas peculiaridades, bem como tomando as medidas necessárias e cabíveis para que se possa chegar a um deslinde satisfatório, justo e legal, aonde foram respeitados os princípios constitucionais inerentes ao processo.

Continuando, para o doutrinador Watanabe (1999)<sup>8</sup> a *cognição* possui um caráter lógico e, portanto, ela é um ato prevalentemente de Inteligência. Consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, ou seja, as questões de fatos e as de direitos que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

Assim, podemos dizer que a *cognição* é, nestes termos, o caminho trilhado pelo magistrado no curso do processo, aonde este conhece das provas, dos fatos e de tudo aquilo que é inerente a este. Cujo objeto é o trinômio formado pelos pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa, verificando aquelas primeiras, chegam-se, por fim, ao deslinde com a satisfação do mérito da causa. Outrossim, pode ainda ser conhecido em grau sumário ou exauriente.

Ressalva Watanabe (1999) que esta técnica se encontra associado aos princípios da motivação, bem como do juiz natural. Aquele primeiro, previsto na

---

<sup>7</sup> BRASIL. **DICIONÁRIO DICIO ONLINE**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/cognicao/>>. Acesso em 29 de maio de 2018.

<sup>8</sup> WATANABE, Kazuo. **DA COGNIÇÃO NO PROCESSO CIVIL**. 2ª Edição Atualizada. Bookseller. 1999.

Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, IX <sup>9</sup>, garante que as decisões do Poder Judiciário serão de modo público e que todas as decisões proferidas serão fundamentadas, sob pena de nulidade.

Já este último diz que “o julgamento da demanda perante o juiz para o qual o processo foi inicialmente distribuído” <sup>10</sup> (DELLORE et al, 2015, p. 307). Assim, o juiz que conheceu da causa, em seus variados graus de cognição, será aquele que proferirá a sentença de mérito, tendo em vista que foi ele quem destrinchou as peculiaridades processuais, as provas e tudo aquilo que é inerente à causa processual.

Para MARINONI (2017, p.29) <sup>11</sup> “a cognição pode ser analisada em duas direções no sentido horizontal, quando a cognição pode ser plena ou parcial; e no sentido vertical, em que a cognição pode ser exauriente, sumária e superficial”.

Todavia, já para Kazuo Watanabe (1999, p. 113) o processo de conhecimento se divide em diversas outras combinações de cognição, por exemplo, há a cognição pela e exauriente, parcial e exauriente, cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, cognição eventual, plena ou limitada e exauriente e, por fim, a cognição sumária ou superficial.

Para a confecção da presente obra, mostra-se necessário, somente, a verificação da cognição em três tipos: parcial ou plena, exauriente e sumária, tendo em vista que estas três esgotam, por elas mesmas, a atividade cognitiva do magistrado ao percorrer o *iter* procedimental, a fim de solucionar a lide.

---

<sup>9</sup> Art. 93, IX da Constituição Federal diz: “(...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

<sup>10</sup> DELLORE, Luiz et al. **TEORIA GERAL DO PROCESSO – COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015**. Ed. Forense. São Paulo. 2015.

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA. SOLUÇÕES PROCESSUAIS DIANTE DO TEMPO DA JUSTIÇA**. Edição 2017. Editoria Revista dos Tribunais. São Paulo. 2017.

Ademais, importa reforçar que entre elas há a divisão em sentidos vertical e horizontal, onde esta última tem por limite os elementos objetivos do processo, qual seja, o trinômio “questões processuais, condições da ação e mérito”. Aquela primeira se atém a profundidade do processo, levando em consideração, como dito anteriormente, a profundidade, sendo de modo exauriente ou completo, ou podendo ser sumária e incompleta.

## **2.1 Grau de Cognição Parcial**

A modalidade de cognição em grau parcial está ligada ao sentido horizontal do processo, aonde o magistrado pode desenhar procedimentos observando determinadas exceções, as quais pertencem à lide processual (MARINONI, 2017). Esta modalidade está ligada ao direito material, portanto, como se verá a seguir, para que seja entendível, a mesma deve ser vista sob este prisma.

Assim, neste tipo de conhecimento o juiz possui limitações no sentido de que não pode conhecer das questões reservadas, ou seja, estas questões foram suprimidas pelo legislador, tendo em vista que elas poderiam dar conteúdo a outras demandas, como seria, por exemplo, nas ações possessórias, nas ações cambiárias e nos embargos de terceiros.

Marinoni (2017, p. 30) continua lecionando que esta técnica pode operar de dois modos: “fixando o objeto litigioso ou estabelecendo os limites da defesa”. Diante disto, verifica-se que ela não pode ser compreendida a não ser pelo plano do direito material, até mesmo para fins de investigação do conteúdo ideológico do procedimento.

A característica principal desta é que sua limitação é referente à amplitude, mas a sua ausência da limitação quanto à profundidade. Esta limitação está relacionada ao interesse em se limitar a matéria ser conhecida, tendo em vista que se mostra necessário uma tutela jurisdicional célere e imunizada pela coisa julgada material em detrimento da cognição das exceções reservadas, como é o caso, por exemplo, das ações de busca e apreensão, aonde a lei limita o réu às matérias de defesas que poderiam ser alegadas processualmente, gerando, assim, para o próprio processo uma maior

celeridade, tendo em vista a restrição da matéria que é dado ao juiz para conhecer.

Neste ínterim, surge-se a questão da relação do cerceamento da defesa, em razão do direito da ampla defesa do contraditório, todavia não há que se falar em tal situação, pois basta que o réu proponha uma ação cabível para alegar estas questões que foram afastadas neste processo anteriormente mencionado, tal ato é válido para qualquer outro procedimento em que o juiz é limitado ao grau de cognição parcial da matéria.

Esta restrição ocorre em razão da atenção a efetividade da tutela jurisdicional pretendida, por isso não há como se pensar em violação do direito de defesa. Haja vista que, nestes casos, a restrição visa que o processo corra de forma célere e que a prestação a tutela jurisdicional seja efetiva.

## **2.2 Grau de Cognição Sumária**

A cognição sumária ocorre quando esta é menos profunda no sentido vertical, ou seja, esta forma de restrição conduz ao chamado juízo de probabilidade ou às decisões derivadas de uma convicção de probabilidade (Marinoni, 2017).

Nesta forma de conhecimento processual, há a finalidade de se assegurar a tutela jurisdicional do direito ou de uma situação concreta que dela dependa; como são os casos das tutelas antecipadas em caráter acautelatório; promover a entrega antecipada de um direito, tendo em vista a existência de uma situação emergencial, aonde não há tempo hábil para que haja um deslinde probatório, sob pena de não ser ineficaz a concessão do direito ou até mesmo haver um dano de difícil reparação ou até mesmo de impossível reparação.

Ou, ainda, quando o direito do autor se mostra de uma forma tão inequívoca, mesmo em caráter sumário, havendo, assim, uma antecipação do direito, como é o caso da tutela de evidência, aonde uma parcela do direito é feita de forma antecipada ao momento da sentença, conforme previsto no art. 311 do CPC.

Por fim, há ainda a situação emergencial, porém em caráter peculiar em determinadas demandas, surgindo, desta forma, a liminar em procedimentos especiais, uma vez que estas, embora sejam similares à tutela de urgência, há um detalhe especial, inerente ao tipo de processamento que aquela demanda necessita.

Nesta senda, há que se frisar a diferença entre a verossimilhança do direito, possibilidade e a probabilidade do direito, embora sejam termos aplicados de formas indistintas, estes, em verdade, possuem uma diferença. Uma vez que a possibilidade se aplica no plano da “possibilidade de ser”, enquanto, lado outro, a verossimilhança “aparenta ser” e, por fim, a probabilidade é o que se configura como mais “próximo de se provar a verdade”.

Posto que, conforme cita WATANABE (1999, p.33):

Quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável, está mais avançado do que quem diz que é verossímil, uma vez que ultrapassado apenas o sentido da aparência e começa a admitir que há argumento para fazer crer que a aparência corresponde à realidade. Trata-se de matrizes psicológicas que cada juiz entende a seu modo.

Portanto, é possível se verificar que dentro do próprio grau de conhecimento da matéria, há uma subdivisão de grau de convencimento acerca daquilo que está sendo apresentado pela parte. Havendo, entre eles, uma hierarquia, aonde a mais próxima é a probabilidade do direito e a mais longe é a verossimilhança, uma vez que essa, conforme já dito acima, baseia-se na aparência.

Sabe-se que a tutela em cognição sumária, pode ser prestada mediante diversas técnicas processuais, como por exemplo, a cautelar pode ser prestada no curso de um processo, bem como a tutela antecipada pode ser de caráter incidente. Estas últimas podem ocorrer sem que a haja a oitiva do réu, todavia a tutela de evidência não pode ser deferida nessas hipóteses, mostrando-se necessário que seja oitiva a parte contrária.

O lado oposto da tutela de cognição sumária é a cognição em caráter exauriente, conforme se demonstrará a seguir.



### 2.3 Grau de Cognição Exauriente

Inicialmente, acerca do grau de cognição exauriente, primoroso salientar que nesta forma há a primazia da plena garantia da realização do contraditório, pois, desta forma, há a busca pela verdade e da certeza.

Sendo, em razão dessa busca pela verdade, e respeitando o contraditório, sendo produzidas todas as provas cabíveis para que seja feita a construção do convencimento, ela torna-se a apta para produzir a coisa julgada material.

Dentro desta forma, há uma subdivisão de modalidades de cognição, sendo: a) cognição exauriente *secundum eventum probationis*; b) técnica da cognição exauriente enquanto não definitiva e c) técnica da cognição exauriente por ficção legal conjugada com a técnica da cognição exauriente *secundum eventum defensionis*.

Aquela primeira depende, expressamente, de uma prova específica para que o direito seja configurado após a análise, não podendo ser admitido outra prova a ser conhecida, como por exemplo, é o caso do manado de segurança, aonde é especificado que há a necessidade de “um direito líquido e certo”, isto é, é necessária que haja uma prova documental hábil a comprovar tal direito anexa a peça de ingresso.

Por isso, nesse caso, o fato não pode ser tido como “certo”, “induidoso” ou “verdadeiro”, em hipóteses que tais, o fato apenas existe ou não para que haja a configuração deste direito. Tendo em vista que deste modo há uma modalidade específica de prova a ser analisada, vê-se que o processo é mais célere e ao mesmo tempo em que ocorre uma cognição exauriente. Ademais, isso não impossibilita que seja proposto um processo comum para sanar outras eventuais questões.

O segundo tipo de cognição mencionado anteriormente advém daqueles casos em que há o profundo receio do dano irreparável ou de difícil reparação, sendo, por cabido, que haja a antecipação da tutela logo após o encerramento da fase instrutória. Bem como, há casos em que se permite que a tutela seja antecipada após a sentença, antes ou depois que os autos processuais

venham a ser remetido ao tribunal de justiça competente em eventuais casos de recurso. Em casos que tais, há uma cognição exauriente, todavia, não foi definitiva, como é o caso de haver a execução provisória da sentença.

Por fim, a último modo de cognição é a técnica da cognição exauriente por ficção legal conjugada com a técnica da cognição exauriente *secundum eventum defensionis*. Este modelo pode ser visto na prática nos casos de ações monitória, tendo em vista que há o objetivo da formação de um título executivo sem delongas processuais.

Uma vez que, não apresentando os embargos, faz-se surgir o título executivo ora pretendido. O juiz torna-se impossibilidade de determinar a produção de qualquer outra prova para que seja averiguado a o direito alegado, o supramencionado título passa a existir por “ficção legal”.

Nesse sentido, há uma adoção de um critério racional, ante a desnecessidade de um procedimento longo e moroso, uma vez que a prova é exauriente por ela mesma e corroborada com a não apresentação de defesa ou resistência no tempo hábil e legal.

Este mesmo formato ocorre de forma semelhante nos títulos executivos extrajudiciais, pois o juiz não precisa percorrer toda a trilha processual que se mostra necessária em um processo de conhecimento, já que a própria prova constitutiva do direito o faz se presumir por ela mesma.

### 3. TUTELA PROVISÓRIA

É cediço que para que uma tutela seja entregue de forma satisfativa e definitiva, há uma dispensação de tempo, que muitas vezes é, relativamente, longo. Isto ocorre porque, necessariamente, o magistrado percorrerá todo o processo, todas as peculiaridades, a fim de se obter a tutela esperada.

Entrementes, acreditar que com o tempo haverá uma “certeza absoluta” é uma utopia jurídica, pois, mesmo que levassem anos, isto não ocorreria, porém, se de um lado todo o tempo existente não seria capaz de se encontrar a verdade processual, por outro, o menor tempo pode agravar ainda mais uma situação já existente, podendo torná-la de difícil ou impossível reparação ou até mesmo fazendo que uma demanda não seja efetiva, tornando-a prejudicada em razão do decurso do tempo.

Como é o exemplo, comumente presente no cotidiano jurídico, dos casos em que o requerente ou até mesmo o réu, vêm a óbito no decurso da ação, assim, estes, sequer terão suas pretensões satisfeitas ou seus direitos entregues. Embora, estes eventos não sejam algo extraordinário ou em decorrência da justiça, tendo em vista que o evento *mortis* é algo inerente a vida. Há casos, ainda, que o requerente teve de suportar todo o *iter* procedimental para que recebesse a tutela de um direito que já era evidente deste o início.

Diante deste cenário, surgiu a necessidade de se uma tutela jurisdicional diferenciada, para que pudessem contrariar os efeitos deletérios do tempo no processo, ou seja, há a obtenção da tutela jurisdicional de forma mais célere, havendo, assim, uma proteção, em determinadas situações, ao direito ou ao processo, que se encontra ameaçados de serem engolidos pela ferrugem temporal. (Abelha, 2016) <sup>12</sup>

Dentro deste espeque, há que se salientar sobre a questão da segurança jurídica, bem como a técnica processual. Deste modo, colhe-se que os fenômenos segurança jurídica e efetividade estão no âmago do processo.

---

<sup>12</sup> ABELHA, Marcelo. **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. 6ª Edição Revista e Ampliada. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2016.

Neste sentido, pode ocorrer certa divergência, pois, como um processo pode ser dotado de segurança jurídica, que depende de dilação probatória e temporal, e ao tempo ser eficaz e em um tempo reduzido?

E é diante deste dilema jurídico que o legislador tratou de uma técnica processual que serve como antídoto ao tempo e ao mesmo tempo trazem, de certo modo, uma satisfação que fora pretendido, ante os requisitos para a concessão desta tutela.

Passando a existir deste modo, desde o Código de Processo Civil de 1973, a tutela em caráter provisório, cuja previsão legal no Código de Processo Civil vigente está nos artigos 294 ao 311, sendo dividida de duas formas: tutela provisória de urgência e tutela provisória de evidência.

Ademais, impende ainda aduzir as características desta tutela, quais sejam: a precariedade, a sumariedade e a inaptidão para que se faça coisa julgada. Sendo a precariedade ou, em outras palavras, a “provisoriedade do provimento que concede a tutela”, a característica comum, assim, instrui ABELHA (2016, p. 388):

Assim, acolheu-se a provisoriedade do provimento como critério agregador das tutelas de urgência e da evidência, o que a nosso ver é um desacerto, pois a provisoriedade é uma consequência da cognição sumária empregada na técnica de adiantamento da tutela. A provisoriedade refere-se àquilo que será substituído por algo definitivo, ou *contrario sensu*, sendo o que não se torna definitivo. Segundo CPC estaria aí um tronco comum das técnicas dos artigos 294 e ss. Do CPC.

Vê-se, portanto, que a razão de sua precariedade é a própria sumariedade da cognição, pois há uma sumarização do procedimento, dando-lhe maior celeridade nos atos, reduzindo os prazos, adotando com maior frequência o princípio da oralidade, permitindo-se a flexibilização do procedimento pelo juiz, admitindo às partes convencionarem prazos e entre outras diligências mais práticas e rápidas.

E ante esta precariedade, surge a inaptidão para se fazer coisa julgada, exceto na modalidade de tutela de evidência, como posteriormente será demonstrado, que nesta há a possibilidade de haver a estabilização da decisão e, portanto, haver, de certo modo, uma coisa julgada. Por se tratar de uma

tutela provisória, é necessária que ela possa ser revertida ou revogada a qualquer tempo, caso surja alguma situação superveniente que a torna inócua ou descabida.

### 3.1 Espécies de Tutela Provisória

Como dito anteriormente, a tutela em caráter provisório, possui duas formas: a tutela de urgência e a tutela de evidência. Aquela primeira baseia-se na emergencialidade de se obter um provimento jurisdicional, ou seja, não há tempo hábil para que possa proferir a decisão em caráter exauriente.

Sua previsão legal está no art. 300 do CPC, assim, lê-se:

**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.

Ou seja, verifica-se que esta possui a sua base no perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, bem como há a necessidade da probabilidade do direito e, sendo ela de natureza antecipada, a medida deve ser reversível.

Ademais, há ainda a tutela de evidência, e sua característica principal é a probabilidade do direito, bem como seu condão legal encontra-se no art. 311 do CPC:

**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.

Conforme pode se extrair, neste caso, o perigo de dano ou risco ao resultado útil, que pode ser traduzido como perigo da demora (*periculum in mora*) é dispensado.

Ambas as modalidades serão exaustivamente tratadas, caracterizadas e diferenciadas a seguir.

### **3.1.1 Tutela Provisória de Evidência**

Em sua obra Curso de Processo Civil, Didier Jr.(2016, p.617) inicia falando sobre tutela de evidência a seguinte afirmativa:

A evidência é fato jurídico processual. É o estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas. A evidência, enquanto um fato jurídico processual pode ser tutelada em juízo.

Extrai-se desta assertiva, portanto, que a evidência não é um tipo de tutela jurisdicional, ela é um fato processual, esta a qual autoriza a concessão de uma tutela diferenciada, ante uma técnica processual, também, diferenciada. Esta modalidade por ser útil tanto às tutelas provisória, quanto para as de caráter definitivo.

Sendo, desta forma, que ela se caracteriza como a união entre dois pressupostos, quais sejam, prova das alegações de fato e probabilidade de acolhimento da pretensão processual. Observa-se, assim, que nessa modalidade, o caráter emergencial é suprimido.

É possível salientar, ainda, que ela se fundamenta no binômio constitucional da efetividade e isonomia. Posto que, é uma técnica processual

que atua contra os efeitos do transcurso do tempo, porém, não está vinculado a uma situação de urgência.<sup>13</sup>

Dentro desta ressoa uma questão: por que o autor deve suportar o ônus do decurso temporal de um processo em cognição exauriente, sem ter acesso ao bem da vida, sendo que já possui, inicialmente, um direito já evidente? É, justamente, este pensamento que o legislador cuidou de resolver com a tutela de evidência.

De uma análise do art. 311 do CPC, lê-se do inciso I que: “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”. Vê-se, assim, que esta motivação para a concessão da tutela de evidência só pode ser analisada em momento posterior a apresentação de resposta da parte adversa, justamente, para que se verifique se há ou não a simples intenção de protelar o processo.

Outrossim, havendo a configuração desta intenção, pode o magistrado, determinar a multa por litigância de má-fé prevista no art. 77, II e III do CPC.

Além disso, analisando o inciso II, aonde se percebe que “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”, esta pode ser concedida de forma limitar, sem que haja a oitiva do requerido. Pois, ela requer a configuração de dois requisitos, quais sejam, as alegações de fato podem ou devem ser/estar comprovadas por prova documental e o fundamento da demanda deve estar amparado em tese já firmada por julgamento de casos repetitivos ou por súmula vinculante.

Sendo que este último requisito, inclusive, estando configurado de forma desfavorável, pode acarretar na imediata extinção do feito nos termos do art. 332 do CPC:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

---

<sup>13</sup> ABELHA, Marcelo. **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. Editora Forense. 6ª Edição. Rio de Janeiro. 2016

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Esta situação última citada revela-se desfavorável ao autor e benéfica ao requerido, sendo que ela pode ocorrer sem nem mesmo o réu ter sido citado para integrar a lide processual.

Aludente ao inciso III é possível ler que “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”. Neste caso, o legislador cuidou de uma situação de grande recorrência no âmbito judicial, qual seja, quando a instituição financeira propõe ações de busca e apreensão do bem que está em posse do devedor inadimplente, como ocorre nos casos de alienação fiduciária. É notável, também, nesta espécie, que ela pode ser concedida de forma liminar.

Por fim, têm-se o inciso IV que assevera que “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”, assim, observa-se que o autor, logo na peça de ingresso, deve trazer uma prova documental direta sobre os fatos constitutivos de seu direito e, após a apresentação da defesa do réu, torne-se evidente o direito, posto que o mesmo não trouxe qualquer argumento ou prova capaz a trazer dúvida na cabeça do julgador.

Surgindo situações como a como inciso mencionado, revela-se mais plausível que, ao invés de se conceder a tutela provisória, promova-se o julgamento antecipado da lide, como instrui o art. 355 do CPC, devendo o magistrado, de forma bem fundamentada, expor em seu comando o porquê de não haver dúvida razoável ao direito autoral.



Finalisticamente, sobre a tutela com base na evidência impende mencionar acerca da estabilização desta, embora, no meio acadêmico haja certa discordância se a estabilização conferida às tutelas de urgência em caráter incidental há doutrinadores, como por exemplo, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (2016) que tem entendido de forma positiva a esta, ou seja, estabilizaria a tutela antecipada de cuja decisão não se recorreu, sendo assim, a única forma de se evitar a estabilização seria com a interposição de um recurso.

### **3.1.2 Tutela de Urgência**

Conforme ABELHA<sup>14</sup> (2016) explica que a tutela de urgência implica na urgência da prestação da tutela, porém isto não altera a solução prevista no plano material e nem modifica qualquer direito material que tenha ensejado a demanda.

Destarte, como já foi dito anteriormente, em se tratando de tutela provisória, o sistema jurídico-processual oferece uma técnica processual diferenciada, adotada de forma adequada para que se possa neutralizar qualquer dano que surja ao direito processual ou ao direito material. Por isto, a técnica empregada na tutela com base na urgência se divide de duas formas: acautelatória e satisfatória, vez que aquela primeira visa assegurar o instrumento processual de sua eficácia, enquanto esta última assegura o bem da vida pretendido.

Estes mecanismos diferenciados recaem sobre o processo, momento em que altera a cognição do julgador, passando de exauriente à sumária, modifica, ainda, o procedimento, no que tange a forma que se desenvolve a relação jurídica processual e, por fim, transforma o provimento, tanto em sua natureza, quanto em sua força.

O fenômeno urgência não é algo previsível, uma vez que não se sabe a hora, o local ou a situação que estes ocorrerão. O que sabe a respeito deles é que devem ser imediatamente contidos, tendo em vista o risco que apresentam, tanto no plano concreto, como no abstrato.

---

<sup>14</sup> Obra já citada.

Segundo referido acima, a tutela emergencial se divide em duas formas: a) satisfativa, aonde há a prevenção ao direito material e b) assecuratória, posto que estas visando proteger o próprio processo.

Aquela primeira tem por objetivo a proteção do bem da vida, ou seja, aquilo que o demandante tem por direito no processo, sendo esta concedida, gera a ele uma satisfação, tendo este gerado o nome da mesma. Lado outro, aquela segunda, visa à proteção do instrumento processual e das técnicas deste, posto que asseguram a integridade e efetividade do processo, nela não há a entrega de qualquer bem da vida, por isso não gera a satisfação.

O art. 300 do Código de Processo Civil traz o seguinte enunciado:

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.

Dentro do próprio enunciado, colhe-se a distinção entre estas duas formas de tutela, aonde uma remete-se ao dano irreparável (perda do bem da vida ou qualquer deterioração do mesmo) e risco ao resultado útil do processo (instrumento para a tutela de um direito).

Embora, estas duas estejam previstas no mesmo artigo, há que se levar em consideração que a fungibilidade entre ela é de forma muito fraca, raramente se ocorre. Pois, ambas possuem finalidades diversas, embora, possa ocorrer quando a medida cautelar que subsistir seja menos gravosa e tão eficaz quanto seria é o que prevê o art. 301 do CPC<sup>15</sup>.

A temporiedade é outra característica inerente, sendo, portanto, que a urgência deve ser contemporânea ao pedido, devendo perdurar a situação de risco ou de dano, posto que, assim que cessar esta situação de eminência de risco, logo a medida deve ser revogada.

A forma de estabilização que ocorre nas duas também é de forma diferenciada, tendo em vista que o objetivo, como já declarado acima, são

---

<sup>15</sup> Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

diferentes. Porém, um único ponto é verdadeiro para ambas, elas podem ser requeridas em ambos os momentos, tanto em caráter antecedente, quanto em caráter incidental. Esta última, tendo em vista que não houve o contraditório, ainda, deve ser analisada de forma ainda mais cuidadosa.

Em que pese à digressão, na prática, a forma que ambas se estabilizam, ocorre de forma semelhantes, posto que, ao julgador analisar a tutela, cabe a parte contrária impugná-la pelos meios legalmente admitidos, qual seja, mediante a interposição do recurso cabível, neste caso, o agravo de instrumento, segundo o exposto no art. 304 do CPC que diz que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”.

Não havendo a apresentação de recurso no prazo legal estabelecido pela lei, a medida torna-se estabilizada. Aqui, tendo em vista a precariedade da cognição empregada, não há que se falar em coisa julgada, mas sim, apenas, que houve a estabilização da tutela provisória de urgência, tanto antecipada quanto acautelatória.

Inobstante esta estabilização, não há impedimento legal para que a parte contrária recorra de outra forma, com o que é o caso da propositura de uma ação autônoma para que possa haver a invalidação ou reforma desta decisão, nos termos do art. 304, §2º do CPC<sup>16</sup>.

Superada tais premissas, sabe-se que o requisito diferenciador entre elas é aquilo que se encontra expressamente previsto no art. 300, §3º do dispositivo legal *alhores* referenciado:

§3º **A tutela de urgência de natureza antecipada** não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (destaquei)

Haja vista que a tutela de urgência de caráter cautelar visa a eficácia de um processo posterior, ou seja, assegura à parte de que haverá a propositura de uma ação afim de se resguardar de seus direitos, a tutela de natureza satisfatória, visa a entrega do bem da vida de forma antecipada, ou seja, traz o

---

<sup>16</sup> §2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

provimento final, aquele que seria entregue ao final da demanda, após todo o curso do *iter* procedimental, para o momento inicial da demanda, na peça de ingresso, ou no meio do processo em curso, quando pleiteada em caráter incidental.

Lado outro, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro em sua obra Tutela Provisória (2016), diz que a reversibilidade da tutela em caráter de urgência, também deve abranger as ações acautelatória, tendo em vista que há uma visão unitária em relação às tutelas.

Porém, a contrário, sendo, o Código de Processo Civil é taxativo ao dizer que a reversibilidade se aplica, somente, à tutela de caráter antecipatório, por óbvio, tendo em vista que a medida é satisfativa e, por isso, revela-se necessária que seja passível de ser revogada e, portanto, reversível. Pontes de Miranda em sua obra Comentários ao Código de Processo Civil (1996, p. 281), já teceu o seguinte comentário:

(...) é certíssimo que a lei proíbe a medida antecipatória, mesmo configurados os requisitos do *caput* (...) se houver risco de que, concedida a providência, não se possa reverter à situação anterior p quadro fático por ela alterado. (...) não se admite, ao menos que seja possível reconstruir a situação de fato por ela modificada.

Diante deste exposto, verifica-se que há um enrijecimento de um instituto, qual seja, a reversibilidade da medida concedida. Porém, este não tem sido o hodierno entendimento dos doutrinadores, bem como dos tribunais pátrios acerca deste assunto. É o que se pretende este trabalho, a demonstração da dinâmica da reversibilidade.

#### 4. A REVERSIBILIDADE

A reversibilidade é um dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, conforme preconiza o §3º do art. 300 do Código de Processo Civil, onde diz que “não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

Didier<sup>17</sup>(2015) explica que “cumulativamente com o preenchimento dos pressupostos (...) exige-se que os efeitos da tutela provisória satisfativa (ou antecipada) sejam reversíveis, que seja possível retornar-se ao *status que ante* caso se constate, no curso do processo, que dever ser alterada ou revogada. Essa é a marca da provisoriedade/precariedade da referida tutela”.

Veja-se, além de preencher os requisitos constantes do *caput*, é necessário que se preencha o requisito do §3º. Pois a precariedade deste provimento é a sua principal característica.

Além do mais, a doutrina tem apresentado divergência no que tange a sua aplicabilidade dentro das espécies de tutela de urgência, ou seja, embora, o dispositivo legal faça menção a este requisito como sendo específico da tutela em caráter satisfatório, o doutrinador Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (2016, p. 150), tem entendido de uma forma mais ampla e abrangente este instituto, podendo ele alcançar as medidas cautelares, leia-se:

A mesma advertência, embora não prevista expressamente nem no Código de Processo Civil de 1973, nem tampouco no Código de Processo Civil de 2015, vale também para a tutela cautelar, mercê da visão unitária que deve ser feita em relações às tutelas de urgência.

Ademais, Candido Rangel Dinamarco (2001)<sup>18</sup> também tem expressado neste mesmo sentido. Lado outro, Teresa Arruda Alvim, entende que este requisito, por razões legais, não se aplica à cautela, ante a inexistência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, uma vez que aquele tipo de tutela se presta a assegurar.

---

<sup>17</sup> DIDER JR., Fredie. **CURSO PROCESSUAL CIVIL**. 10ª Edição. Ed. Jus Podivm. 2015. p. 600.

<sup>18</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **O REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS URGENTES**. Revista jurídica, Porto Alegre, v. 49, n. 286, p. 5-28, 2001.

Diante da controvérsia, no caso em concreto, fica ao encargo do juiz a extensão da interpretação deste dispositivo, podendo o mesmo fazê-lo de forma extensiva, ao interpretar que ele também atinge a tutela cautelar ou fazer leitura de uma forma restritiva, ou seja, taxativa, posto que o dispositivo é expreso ao dizer que “a tutela de urgência de natureza antecipada (...)”.

#### **4.1 O alcance da Irreversibilidade**

Além do mais, outro ponto que é necessário ser esclarecido é acerca do alcance da reversibilidade. Por obvio, ela é cogitada na norma, de forma abstrata, mas sua aplicação se dá no plano dos fatos.

A decisão em si, ou seja, o comando jurisdicional é sempre reversível, bastando que seja revogada ou modificada a qualquer tempo que se fizer necessário. Todavia, não se trata desta forma de irreversibilidade que o legislador cuidou de mencionar na norma, mas sim a eventual “irreversibilidade das consequências da efetivação da tutela de urgência”.

Em outras palavras, o que deve ser observado e cuidado é o efeito dessa tutela concedida ao ser efetivada no plano dos fatos. Essas consequências serão reversíveis ou não. É disso que se trata esse instituto.

Teresa Arruda Alvim<sup>19</sup> diz que “trata-se de uma irreversibilidade fática, e não jurídica”. Portanto, corroborando com o que foi dito acima, a intenção da norma, não é tratar da irreversibilidade jurídica (decisão), mas da fática (consequência da decisão no mundo fático).

Nestes termos, resta evidente que o legislador não se preocupa com a decisão, em si, mas a forma como ela será concedida, sob a ótica que será concedida, pois é necessário observar como a concessão se implementará fora do âmbito abstrato (decisão), ou seja, havendo a concessão, qual será a consequência de sua efetivação no mundo dos fatos.

Observa-se desse raciocínio que existem duas formas de irreversibilidade, qual seja: a) jurídica e b) fática. A primeira trata do comando

---

<sup>19</sup> ALVIM, Teresa Arruda Alvim. **PRIMEIROS COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARTIGO POR ARTIGO**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015.

proferido em si, na decisão exarada pelo magistrado, aquilo que é posto no papel, o qual sempre será reversível, porque basta que o comando seja revogado, modificado ou extinto, podendo isto ser feito a qualquer tempo, sob as justificativas de que cessaram a causa ensejadoras da tutela ou até mesmo porque sobreveio a tutela jurisdicional definitiva, que é a sentença, e revogou o comando.

Já a segunda trata-se da forma como este comando será executado no mundo dos fatos. Por óbvio o cidadão que procura um comando jurisdicional anseia ver a decisão surtindo efeito no mundo dos fatos, deseja ver o cumprimento real daquilo que foi objeto de decisão pelo Estado-Juiz.

Nesta última, na maioria das vezes, mostra-se difícil de operar a reversibilidade, uma vez que executado um comando no mundo real, raramente é possível o retorno do *status quo ante* daquela situação, por razões lógicas. Nem sempre algo que foi feito, poderá ser refeito.

#### **4.2 Como se Operava a Irreversibilidade no CPC de 1973**

Para além desses conceitos, o Código de Processo Civil de 1973, já previa a ressalva quando se tratava de irreversibilidade, todavia, o dispositivo, mostrava-se confuso, porque a reversibilidade era a respeito do provimento concedido na tutela, veja-se:

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

Ou seja, a dicção do artigo era clara ao tratar da irreversibilidade jurídica, mostrando-se, desta forma, uma erronia na escrita. Até porque, como já exposto, o provimento jurisdicional sempre será passível de revogação e modificação.

Diante deste quadro, a responsabilidade de se perceber e promover a leitura do dispositivo de forma correta passou a ser dos magistrados, bem como da doutrina, passando a demonstrar que o perigo de irreversibilidade não era a respeito da decisão proferida, mas das consequências desta decisão no mundo fático.

Com isso, no advento do Novo Código de Processo Civil, o dispositivo passou a ter a seguinte dicção:

A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de **irreversibilidade dos efeitos da decisão**.

Diante disto, verifica-se que o novo Código de Processo Civil, traz tal situação já no mundo dos fatos, como dito anteriormente, a irreversibilidade é vista à luz das consequências daquilo que foi concedido mediante o provimento jurisdicional, portanto, por lógica, tornou mais abrangente este instituto.

### **4.3 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade**

O instituto “irreversibilidade” revela-se, de certa forma, um tanto quanto controvertido para a maioria dos doutrinadores, posto que, ainda, há divergências. Há aqueles que entendem de uma forma mais racional, utilizando o princípio da proporcionalidade, bem como há aqueles que são restritivos, entendendo que se houver o perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão, a tutela não deve ser concedida.

Assim, doutrinadores como Teresa Arruda Alvim, Carreira Alvim, Guilherme Marinoni e Leonardo Ferres, tem entendido que a forma mais plausível para se promover a análise deste requisito, no caso em concreto, é através do princípio da proporcionalidade, alguns até mesmo já veredavam por esta tese na vigência do CPC de 1973.

Ora, então, como se daria tal situação na prática? Primeiramente, a regra para a tutela, ante uma situação de perigo da irreversibilidade é o não deferimento.

Entrementes, em um segundo momento, é o caso de se analisar sob a ótica daquilo que se chama “mitigação dos danos” ou também, conforme denominado por Candido Rangel Dinamarco “juízo do mal maior”. O que isto, em tese, significa é que o magistrado analisará, de forma profunda e cuidadosa, a quem seria maior o dano caso a tutela seja deferida ou indeferida.



Explica-se. Em muitos casos, o deferimento está fadado à produção de efeitos irreversíveis desfavoráveis ao demandado, mas o seu indeferimento também implica consequência ainda mais irreversíveis ao requerente.

A ilustração mais comumente oferecida pela doutrina é a da cirurgia em paciente de alto risco ou em estado terminal. Onde se extrai a seguinte situação: determinada pessoa necessita promover uma cirurgia e sua vida depende deste procedimento, na análise, o juiz, primeiramente, verifica a presença dos requisitos aptos para a concessão da tutela em caráter de urgência, porém, ao observar a presença do perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão, indeferirá a tutela requerida.

No entanto, através do Princípio da proporcionalidade e em razão da mitigação dos danos, constatará que o indeferimento para o autor se revela imensamente mais danoso do que para o réu, posto que se não fizer o procedimento cirúrgico, pode lhe sobrevir o óbito e, ocorrendo tal situação, torna-se totalmente ineficaz o processo (movimentação da máquina judiciária).

Marinoni (2016, p. 121) diz que “há casos em que o juiz está autorizado a assumir o risco”, ou seja, ele possui o condão de deferir, assumindo o risco da irreversibilidade. Porém, ressalva que “não pode ocorrer nas situações relativas ao estado ou a capacidade da pessoa”, bem como que não pode haver prejuízo para a cognição exauriente.

Diante disto, extrai-se que a doutrina constituiu um impasse relativo a este instituto. Aonde, a proporcionalidade é o regente para a concessão. Porém, ainda subsistirá o dano ao requerido, seria, então, o juiz o causador do dano a este, pois deferiu o provimento mesmo com a presença da irreversibilidade.

Assim, necessário analisar como a irreversibilidade tem se operado na prática, como tem sido tratada no caso em concreto, saindo da doutrina e passando à análise da jurisprudência hodierna ou até mesmo aquela que permanecia com o CPC de 1973 em vigor.

## 5. UMA ANÁLISE PERFUNCTÓRIA DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA QUANTO AO TEMA

Diante de tudo o que já se expôs, denota-se a necessidade de mostrar qual tem sido o entendimento da jurisprudência pátria nos casos em que a irreversibilidade se mostra latente.

Para tanto, utilizou-se não somente a jurisprudência hodierna, mas também aquela em vigor durante o Código de Processo Civil de 1973, uma vez que neste instituto já existia a figura da irreversibilidade, razão pela qual é interessante a observação de como era a aplicação deste requisito na prática.

Para mais, a doutrina também se mostra, de sobremodo, relevante neste papel, portanto, imprescindível um compilado daquilo que tem sido a compreensão dos doutrinadores acerca deste tema.

### 5.1 Como Orientam a Jurisprudência

Sabe-se que a jurisprudência é presente em todo o momento da jurisdição, desde o começo da elaboração da peça, até o deslinde da demanda com a ocorrência do trânsito em julgado.

Entrementes, pouco se fala sobre o seu significado, qual seja “é a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”.

Outrossim, “é considerada fonte não formal do direito e, por isso, não poderá, por si só, justificar uma sentença ou decisão judicial. Poderá, todavia, reforçar a conclusão do julgador. Note-se que a jurisprudência poderá ter força equiparada à das normas jurídicas, tornando-se fonte formal, quando “transformar-se” em súmula vinculante (artigo 103-A da Constituição Federal)”.

20

Portanto, extrai-se a magnitude de seu papel no momento em que o magistrado se encontra em análise do feito (caderno processual). No que tange a irreversibilidade, mais ainda necessário, ante a controvérsia do tema. Para a confecção deste capítulo, utilizam-se, somente, aqueles julgados em que restou concedido a medida, tendo em vista que nos demais casos bastaram haver a irreversibilidade que a tutela restou prejudicada, desta maneira não apresenta qualquer novidade.

O e. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo tem entendido por raras ocasiões aptas a deferir a tutela, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO ILÍCITO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. RESPONSABILIDADE INDENIZATÓRIA CONFIGURADA. REDUÇÃO DA PENSÃO. POSSIBILIDADE. PERICULUM IN MORA INVERSO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I. A ação de pensionamento por ato ilícito limita-se a verificar o grau de culpabilidade do agente e quantificação dos danos experimentados pela família da vítima (art. 935, CC/02), sendo inequívoca a responsabilidade pelo pagamento de indenização pelo ato praticado (art. 927, CC/02). II. É possível a redução do pensionamento fixado em sede de tutela antecipada para minimizar as necessidades da vítima e, simultaneamente, viabilizar o pagamento pelo causador do dano. **III. A vedação de concessão de pedido quando houver irreversibilidade da medida pode ser relativizada quando o bem que se pretende tutelar (subsistência da vítima) for superior aquele que pode ser afetado (patrimônio do causador do dano) havendo, na verdade, risco inverso.** IV. Conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para reduzir a pensão para 50% (cinquenta por cento) do salário-mínimo vigente, mantendo-se hígidas as condições fixadas pelo Juízo primevo. (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 35179001553, Relator : ROBSON LUIZ ALBANEZ, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 16/10/2017, Data da Publicação no Diário: 26/10/2017)

No caso em tela, fora percebido a necessidade de relativizar a irreversibilidade, uma vez que haveria uma situação em que a não concessão da medida, traria prejuízo ainda maior para o pedinte do que para a parte contrária. O momento em que o julgador atesta que “quando o bem que se pretende tutelar (subsistência da vítima) for superior aquele que pode ser afetado (patrimônio do causador do dano) havendo, na verdade, risco inverso”, verifica-se a prática daquilo que se chama de “juízo do mal maior”, conceito este dado por Cândido Rangel Dinamarco.

Outra se funda neste mesmo argumento:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO – ACIDENTE EM LINHA FÉRREA – MORTE DO CÔNJUGE E GENITOR DAS AUTORAS – TUTELA ANTECIPADA – FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISIONAIS – POSSIBILIDADE – IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO – PERICULUM IN MORA INVERSO – RISCO AMARGADO PELA AGRAVANTE – QUANTUM – DESPESAS PESSOAIS DA VÍTIMA – DEDUÇÃO DE UM TERÇO E EXCLUSÃO DA FILHA EM CONDIÇÕES DE CONTRIBUIR PARA O SUSTENTO PRÓPRIO E DA FAMÍLIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO(...) **2) A probabilidade de irreversibilidade do provimento não pode constituir obstáculo ao deferimento da tutela jurisdicional antecipada em hipóteses deste jaez, à medida que o direito constitucional à sua prestação estaria sendo negado se o juiz estivesse impedido de conceder tutela antecipatória, tão somente porque corre o risco de causar prejuízo irreversível. 3) Malgrado haja, como se visualiza, em regra, na concessão de qualquer tutela de urgência, eventual risco irreversibilidade da medida, inexistente dúvida de que o periculum in mora inverso é bem mais latente, devendo a ora agravante amargar os efeitos decorrentes de eventual irreversibilidade da medida.**(...) (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 22169000175, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 13/12/2016, Data da Publicação no Diário: 27/01/2017)

Conclui-se, deste modo, que a mitigação dos danos é aplicada na prática, não sendo, somente, um conceito dado pela doutrina. Ainda há a concepção da possível conversão em perdas e danos, caso o deferimento seja necessário, porém em momento posterior haja a revogação da medida concedida:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - OMISSÃO - EXISTENTE – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – REQUISITOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, MAS SEM EFEITOS INFRINGENTES. (...) 2. Conforme texto do art. 273 do CPC/1973, para a concessão da tutela antecipada, necessário a presença da verossimilhança das alegações e do fundado receio de ocorrência de dano de difícil reparação. **3. Não há irreversibilidade da tutela antecipada quando a medida puder se converter em perdas e danos.** (...) (TJES, Classe: Embargos de Declaração AI, 35159008214, Relator: ELISABETH LORDES, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL Data de Julgamento: 16/08/2016, Data da Publicação no Diário: 26/08/2016)

E mais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON ESTADUAL. NULIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE LEGALIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. MULTA ADMINISTRATIVA APLICADA PELO PROCON. NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 112, STJ. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PRÉVIA PARA CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA GARANTIDA PELA SOLIDEZ DA EMPRESA. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE

PROVIDO(...)**II. O depósito em dinheiro ou a prestação de caução, estes como pressupostos à efetividade da medida judicial suspensiva da exigibilidade da multa, só devem ser exigidos nos casos em que a possível revogação da medida de urgência inicialmente concedida possa gerar prejuízo à outra parte ou para garantir a indenização em caso de eventual irreversibilidade da medida, o que não é, a princípio, o caso em testilha, porquanto plausível que a agravante é empresa sólida e, até demonstração do contrário, garante a eficácia da prestação jurisdicional se o julgamento da ação anulatória aforada for desfavorável à recorrente (...)** (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 24179001169, Relator: ROBSON LUIZ ALBANEZ, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL Data de Julgamento: 16/10/2017, Data da Publicação no Diário: 26/10/2017)

Nesse sentido, em determinadas situações, o magistrado deve exigir a caução prevista no §1º do art. 300 do CPC para que possa conceder a medida. Entrementes, para aqueles que são hipossuficientes, esta caução é necessária? Não. Uma vez que o mesmo se encontra coberto pela assistência da justiça gratuita, sua miserabilidade jurídica torna inviável e ineficaz a exigência de caução nesses casos.

O c. Superior Tribunal de Justiça, ainda na vigência do CPC de 1973, proferiu o seguinte julgamento:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTARIO. TUTELA ANTECIPATORIA. DIREITOS PATRIMONIAIS. CONCESSÃO: POSSIBILIDADE. INTELIGENCIA DO ART. 273 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO. (...) **II - A EXIGENCIA DA IRREVERSIBILIDADE INSERTA NO PAR. 2. DO ART. 273 DO CPC NÃO PODE SER LEVADA AO EXTREMO, SOB PENA DE O NOVEL INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPATORIA NÃO CUMPRIR A EXCELSA MISSÃO A QUE SE DESTINA.** III - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 144.656/ES, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/1997, DJ 27/10/1997, p. 54778)

Infira deste julgamento o intuito da lei, a mesma não pode ser extremista, deve-se, por óbvio, se amoldar ao caso em concreto. Até mesmo porque a lei é uma proteção do indivíduo, utilizando-a de forma radical, corre-se o risco de torna inútil sua destinação.

Ademais, também comunga com a ideia de que havendo a possibilidade de dano maior com a denegação do que com a concessão, é o caso de se deferir:

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Tratamento médico. Atropelamento. Irreversibilidade do provimento. **A regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano**

**também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado.** Recurso não conhecido. (REsp 417.005/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25/11/2002, DJ 19/12/2002, p. 368)

Outra noção que corrobora com a jurisprudência é a distinção entre “irreversibilidade de fato” e “irreversibilidade jurídica”:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL. TUTELA ANTECIPATÓRIA EM AÇÃO RESCISÓRIA. IDADE AVANÇADA DA RÉ. CARÁTER ALIMENTAR. EXISTÊNCIA DO PERICULUM IN MORA INVERSO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS, COM EFEITOS MODIFICATIVOS, PARA REVOGAR A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. 1. Na hipótese dos autos, em que se informam a idade avançada da ré e a ausência de recursos financeiros para sua subsistência, **verifica-se a existência do periculum in mora inverso, ante o caráter alimentar da pensão especial** de ex-combatente, concedida pelo julgado que se pretende rescindir com a presente ação. Em verdade, diante de tais fatos, noticiados na petição dos embargos de declaração, **imperioso concluir que a manutenção da antecipação da tutela, suspendendo a execução do julgado rescindendo, pode ocasionar danos irreparáveis à parte ré, em razão da demora do processo. Trata-se, pois, de irreversibilidade de fato, que impede a concessão da tutela antecipatória, porquanto insuscetível de ser resolvida em perdas e danos (artigo 273, § 2º, do Código de Processo Civil).** (...).(EDcl no AgRg na AR 3.163/PR, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/03/2006, DJ 20/03/2006, p. 190)

No caso em comento, a situação era de necessidade da concessão, porém se tratava de medida revestida pela irreversibilidade de fato. Aprouve a concessão, bem como não haveria a conversão em perdas e danos – eventual reparação.

De mais disso, o Tribunal Superior Federal da 4ª Região asseverou que: “A possibilidade de que a medida concedida se torne irreversível não pode ser óbice intransponível para a antecipação de tutela.

Condicionar a tutela antecipada à prestação de caução seria o mesmo que inviabilizar o instituto em matéria previdenciária. Hipótese em que se impõe o sacrifício do direito que aos olhos do juiz pareça o "menos provável", ainda que com a possibilidade, em tese, de que a medida antecipatória venha, ao final, tornar- Se irreversível<sup>21</sup>”. Ou seja, nesse caso, a possibilidade

---

<sup>21</sup> TRF-4 - AG: 10865 RS 2003.04.01.010865-9, Relator: PAULO AFONSO BRUM VAZ, Data de Julgamento: 04/06/2003, QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25/06/2003 PÁGINA:

de concessão foi atraída pela tese que para o magistrado se pareça “menos provável”.

Por fim, o julgamento que mais corrobora com tudo aquilo que já foi exposto vestibularmente é aquele que foi proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, aonde o desembargador cita os doutrinadores Guilherme Marinoni, Humberto Teodoro e Arruda Alvim. Ficando evidente o encontro da doutrina na prática, em outras palavras, a aplicação da doutrina (abstrata) no caso em concreto. Transcrevo:

ALIMENTÍCIA AOS DEPENDENTES DO AUTOR - PROVA INEQUÍVOCA DEMONSTRADA - IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA - PREVALÊNCIA DO DIREITO À SOBREVIVÊNCIA SOBRE O DIRETO PATRIMONIAL - PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE "A denominada prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação, somente pode ser entendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito" (Marinoni). "É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. Quanto à 'verossimilhança da alegação', refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem com ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu" (Humberto Theodoro Jr., In"Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela", Tereza Arruda Alvim Wambier, RT, 1997, p. 194/195). **O risco da irreversibilidade pode decorrer tanto da concessão da tutela antecipada como no caso de não ser concedida; portanto, deve-se, acima de tudo, garantir o direito preponderante, em que o direito à sobrevivência deve prevalecer sobre o direito patrimonial. É o princípio da proporcionalidade que deve ser levado em conta.**(TJ-SC - AI: 129580 SC 2002.012958-0, Relator: José Volpato de Souza, Data de Julgamento: 29/10/2002, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Agravo de instrumento n. 2002.012958-0, de Itajaí.)

À vista disto, sintetiza-se que os tribunais estaduais e superiores têm agido com unanimidade em suas decisões. Levando em consideração as peculiaridades de cada caso, aplicando o princípio da proporcionalidade, admitindo a prestação de contra-caução para a concessão da medida, em determinados casos.

Em sua maioria, a concessão tem sido admitida em situações extremas em que é totalmente necessária para a manutenção da vida da parte contrária, se tratando de direito totalmente necessário para aquele momento.

## 5.2 Quais São as Principais Correntes Doutrinárias

A doutrina tem sido majoritária ao entender que, via de regra, se houver o perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão, o pedido pretendido a título de tutela provisória, deverá ser denegado. Em contrabalanço, os mestres do direito têm entendido também que esta determinação legal não deve ser encarada de forma enrijecida, posto que se corre o risco de se perder o sentido da lei, tornando-a inócua.

Portanto, em diversas situações, como por exemplo, nos casos de cirurgia com elevado risco de perder a vida, pensão alimentícia e entre outros, no caso em concreto, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade.

Probabilidade nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

“Segundo o princípio da proporcionalidade, o que se passa é que quanto mais verossímil o direito, menos rigorosa se apresenta a exigência do risco de dano; e quanto mais grave o perigo de uma lesão extrema e irreparável, mais se atenua o rigor na exigência do *fumus boni iuris*”.

Ante esse conceito, é notável que há um balanceamento entre o dano que poderá ser gerado, a probabilidade do direito, surgindo, desta forma o binômio *perigo de dano-aparência de direito*.

Nesta sequência, Didier (2015) <sup>22</sup> assevera que “esta exigência legal deve ser com temperos, pois se levada às últimas consequências, pode conduzir à inutilização da tutela provisória satisfativa”.

Humberto Theodoro Júnior(2015) também ensina que “não pode deixar de ser levado em conta é a irreversibilidade como regra da antecipação de tutela, regra que somente casos extremos, excepcionalíssimos, justificam sua inobservância”. <sup>23</sup>

Daniel Amorim Assumpção Neves(2016, p. 891) também vereda pelo supracitado princípio e expõe assertivas como a que segue:

---

<sup>22</sup> Obra já citada, p. 600.

<sup>23</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. Volume 1. Ed. Forense. 2015. p. 810.



A melhor doutrina vem interpretando que essa vedação já consta de forma ampla no regime da tutela antecipada, representada pelo § 3.º do art. 300 do Novo CPC. Ainda que se concorde com esse entendimento, também na tutela antecipada contra a Fazenda Pública não se pode imaginar que a irreversibilidade dessa tutela de urgência seja apta a proibir sua concessão, devendo-se aplicar a regra da proporcionalidade.

Até mesmo, em se tratando de demandas contra a Fazenda Pública, é preciso que, em determinados casos, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, a tutela seja deferida.

Por fim, para que se possa concluir. A doutrina tem majoritária, diante de algumas situações, tem entendido que a regra não deve ser aplicada de forma rígida. Tendo em vista que a regra trata de forma abstrata, ou seja, a legislação é imparcial ao dispor, não levando em consideração o caso em concreto.

Todavia, como é cediço, entre a norma e o caso em concreto, existem diversas situações em que o risco que se corre é drasticamente maior. Cabe, portanto, a doutrina e jurisprudência, delinear os limites da aplicação desta regra no mundo fático.

Por óbvio, como já dito exhaustivamente acima, o indeferimento é a regra, somente sendo o caso de se deferir, se houver situação hábil a ensejar a concessão. Os exemplos já elucidados corroboram com o raciocínio de que somente em casos extremos, o magistrado está apto para conceder a tutela em favor de uma das partes em detrimento da outra.

### **5.3 Princípio da Legalidade, Vedação Legal e o Problema da Superação da Lei**

Outro Princípio que se mostra relevante dentro deste quadro, é o da Legalidade. Dentro deste delineado lógico, esclarece que este princípio possui embasamento na Constituição Federal de 1988, mormente em seu art. 5º, II:

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

É cediço que dentro de um Estado-Democrático de Direito, a lei é a base sobre a qual a sociedade se rege, se políca e aplica sanções. Servindo de garantia constitucional ao indivíduo, na qual ele pode agir de forma que lhe

apraz, deste de que isto não seja proibido em lei. Ou até mesmo deve agir de determinada forma, caso esteja previsto na legislação vigente.

De modo ainda mais específico, dentro do ordenamento jurídico processual civil, o princípio da legalidade encontra-se previsto no art. 8º do Código de Processo Civil.

A respeito deste Princípio, Humberto Theodoro Júnior (2015) assegura que “o julgamento deve sujeitar-se ao princípio da legalidade (NCPC, art. 8º), ou seja, deve observar as normas legais existentes, pois o juiz não legisla, mas apenas aplica as leis em vigor”.

Assim, colhe-se que o magistrado, ao analisar o processo (como um todo), não leva em consideração, somente, os fatos em si, mas os aplica na legislação em vigor, surgindo, assim, a jurisdição do juiz, ao dizer com quem se encontra o direito, após ter percorrido todo o apostilado processual.

Adentrando este assunto, também devemos analisar os aspectos da norma, aonde ela é mais abrangente do que a lei. A lei, por sua natureza, é rígida, positivada em um dispositivo legal e pendente de interpretação, ela é também o resultado de uma norma social que já existe. Já a norma, é a origem da lei. Ela pode ser jurídica, social, moral ou ética.

A norma jurídica são aquelas obrigações jurídicas advindas da lei, porém, ela abrange os princípios constitucionais e os costumes daquela população. Ela é mais flexível e com isso, torna o direito mais dinâmico.

Neste caso, do art. 300, §3º do CPC, estamos diante de uma lei, a qual proíbe expressamente a concessão da tutela, caso seja configurado o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Isso se refere à lei. O qual se configura como sendo uma vedação legal. A qual ocorre quando a lei expressamente proíbe pessoa (as) da prática de determinadas condutas, como é o caso em tela, aonde há uma lei específica proibindo a concessão da tutela se as consequências desta forem irreversíveis.

A norma referente a este artigo é mais flexível ao dizer, como já exposto anteriormente, que a concessão da tutela deve passar pelo crivo da

proporcionalidade. Veja-se desta forma, a lei é totalmente restritiva, mas a norma, neste caso, a torna mais maleável, tendo em vista que as situações existentes no mundo dos fatos não são enrijecidas pela abstratividade, porém é, a todo o momento, dinâmica.

A doutrina e jurisprudência cumpriram o seu papel ao trazer ao dispositivo legal a norma jurídica que lhe era inserta. Qual seja: em determinadas situações, este dispositivo será submetido ao princípio da proporcionalidade.

A lei, muita das vezes, é superada em casos extremos, no qual a norma cumpre a sua função de manter a aplicação da lei, porém de forma mais equilibrada. Em se tratando de tutela de urgência, a norma advinda do dispositivo legal, é uma proteção ao direito.

Entenda-se. O processo ele é o instrumento para que seja proferido o direito de um determinado indivíduo. Porém, se desrespeitado os princípios constitucionais que o regem, ele se torna um instrumento falho e não seguro. Isso abarca a concessão da tutela, a parte a quem será desfavorável deve ter, e terá, sua proteção garantida.

No entanto, existem situações em que a proteção do direito de um pode gerar dano irreparável, leia-se mal maior, ao outro. Como um exemplo clássico citado pela doutrina da cirurgia necessária para um paciente que corre risco de perder a vida.

#### **5.4 Os Princípios Constitucionais e a Solução Condizente com a Magna Carta**

Observando mais detidamente esta situação, conseguimos observar que a Magna Carta, garante o direito à:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País **a inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Embora, a Constituição consagre os princípios do contraditório, da ampla defesa, da legalidade, ela menciona que é inviolável o direito à vida. Ela ainda garante o direito à saúde.

Olhando por uma ótica óbvia a humana, o direito constitucional da vida é superior ao direito do contraditório, ampla defesa e legalidade. Uma vez que estes só existirão se houver o processo e este último só existirá se o indivíduo possuir capacidade de ingressar em juízo, por óbvio, tem que estar vivo. Exceto ações em que figuram como autor o Espólio do *de cujus*.

A solução condizente com a Constituição Federal é aquela fortemente defendida pela doutrina: aplicação do princípio da proporcionalidade no caso em concreto. Ou seja, leva-se em consideração a mitigação de danos. Aonde, com respeito aos princípios constitucionais mais “fortes”, será concedida a tutela de urgência.

Observa-se, também que caso haja a revogação da medida concedida e os efeitos destas tenham trazidos prejuízos para a parte, aplica-se o disposto no art. 302, donde se lê:

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.

O código também tratou de cuidar disto. Ocorrendo a reversão processual, se a concessão houver causado danos para a parte adversa, ela será convertida em perdas e danos, aonde será liquidada nos próprios autos em que concedeu a medida.

A situação complicada ainda persiste, uma vez que a pessoa que recebeu a medida favorável, pode não possuir condições de arcar com eventual condenação, como é o caso da pessoa hipossuficiente. Entrementes o código tenha trazido a solução, o problema ainda permanece, agora à título de indenização pelos danos causados decorrentes da medida.

Isso revela que, para que haja a superação da irreversibilidade, a probabilidade do direito deve ser inequivocadamente nítida, pois, somente assim, esta tutela não correrá o risco de ser revertido, sobrevivendo prejuízo às partes. Para isso, deve o magistrado observar com total afinco os requisitos constantes do *caput* do art. 300 do CPC.

Pois, se não houver o preenchimento dos requisitos do dispositivo mencionado, a concessão é indeferida. Menciona-se que os requisitos são cumulativos, ou seja, se não houver o preenchimento de todas as exigências, a medida não será concedida.

## 6. SITUAÇÕES CONCRETAS DE AFASTAMENTO DO REQUISITO DA REVERSIBILIDADE DE FATO E ANÁLISE CONSTITUCIONAL

É de clareza solar que já se expôs por toda a obra diversas doutrinas e jurisprudências abordando exaustivamente o tema da irreversibilidade, porém para que reste ainda mais evidenciado tal instituto, necessário é que se observem, a título de exemplo, três hipóteses concretas em que a irreversibilidade foi superada.

Assim, analisa-se o primeiro exemplo, extraído do julgado do STJ, referente a um Recurso Especial de nº 408.828, proferido pelo Min. Barros Monteiro:

Assim a exigência legal da reversibilidade da medida de urgência deve ser tomada *cum grano salis*, comportando mitigações quando estiver em jogo um valor igualmente caro ao ordenamento. Por isso, “a regra do §2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela **quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado.** (Destaquei)

Do caso em comento, observa-se que o julgador analisou situação em que era necessário que se promovesse o atendimento médico do pleiteante. Para isso, levou em consideração que a não concessão da medida acarretaria perigo à vida do indivíduo, posto que se não fosse concedida. Extrai-se, portanto, desde julgado a observância da garantia constitucional do direito à vida.

Veja-se, a garantia do direito à vida é a supremacia das garantias, posto que a vida é o bem maior a ser tutelado e no caso em comento, foi objeto da tutela jurisdicional. Assim, a não concessão da tutela, nestes termos, geraria a lesão irreparável, além do que afrontaria uma garantia constitucional, conforme anteriormente dito.

Outro caso que se analisa é também do c. Superior Tribunal de Justiça, em que foi apreciado pelo Min. Sidnei Beneti, nos autos do REsp 801.600, donde se extrai:

É possível a antecipação da tutela, ainda que haja perigo de irreversibilidade do provimento, quando o mal irreversível for maior, **como ocorre no caso de não pagamento de pensão mensal**

**destinada a custear tratamento médico da vítima de infecção hospitalar, visto que a falta do imediato atendimento médico causar-lhe-ia danos irreparáveis de maior monta do que o patrimonial.**

No mesmo sentido do julgado colacionado *alhures*, o julgador verificou que a vida era superior. A concessão, neste caso, é ainda mais específica ao trazer a assertiva de que “a falta do imediato atendimento médico causar-lhe-ia danos irreparáveis de maior monta do que o patrimonial”.

Contempla-se que o direito ao atendimento médico, leia-se direito à saúde, é superior ao direito patrimonial. Posto que a ausência do imediato atendimento se tornaria insuperável dano, enquanto que o dano patrimonial, assim como previsto no art. 302 do CPC, é passível de superação, podendo, até mesmo ser ressarcido a título de perdas e danos.

Diante disto, não resta dúvida de que a concessão da tutela, no caso em concreto, analisou o princípio da proporcionalidade, pois foi sensata ao deferir a garantia da saúde do cidadão.

Por fim, em último caso, analisa-se o julgamento proferido nos autos do Agravo de Instrumento de nº AI 7.357.470-8, TJT 343/172:

Acidente aéreo. Vítima fatal. Pensão mensal. Alegação de impossibilidade de concessão antecipada dos efeitos da tutela ante o perigo de irreversibilidade da medida (art. 273, §2º do CPC). Regra processual relativa que comporta exceções mediante aplicação do princípio da proporcionalidade. **Proteção da dignidade da entidade familiar, que invocou direito verossímil. Inadmissível privação do cônjuge supérstite e seus filhos daquilo que lhe proporcionava a vítima, especialmente no que concerne ao vestuário, alimentação e saúde.**

Neste espeque, o que fora objeto de apreciação foi a concessão de pensão alimentícia em razão do óbito do genitor da família em decorrência de acidente aéreo.

Veja que o caso difere dos dois outrora mencionados, posto que neste caso, não há risco de morte ou dano irreparável, porém, a verba a título de pensão, neste caso alimentar, mostra-se essencial para a subsistência da família.

Como fundamento para a concessão observou-se dois dispositivos constitucionais, quais sejam: a) o art. 1º, III da Constituição Federal, que cuida da garantia da dignidade da pessoa humana e b) art. 226 também da Magna Carta, aonde garante que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Ou seja, a família por ser a base da sociedade, possuirá especial proteção por parte do Estado.

Neste caso em concreto, a ausência da pensão alimentícia, tornaria escasso o recurso familiar, uma vez que a ausência do genitor, além de trazer prejuízo financeiro, traz traumas emocionais para todos os indivíduos desta entidade familiar.

Verifica-se do momento em que o julgador alega que é “inadmissível privação do cônjuge supérstite e seus filhos daquilo que lhe proporcionava a vítima, especialmente no que concerne ao vestuário, alimentação e saúde”. Assim, em outras palavras, a vítima proporcionava qualidade de vida, com sua ausência, estes perderiam esta qualidade de vida, podendo, inclusive, passar necessidades.

Nestes termos, embora irreversível a medida concedida, pois a pensão em caráter alimentar embora se trate de dinheiro, este é convertido, propriamente dita, em alimentos, vestuário e demais necessidade física, o que é impossível de ser revogado.

Insta mencionar ainda o exemplo dado pela doutrinadora Teresa Arruda Alvim em sua obra, aonde diz que um requerimento de autorização para uma transfusão de sangue emergencial a um menor, para salvar-lhe a vida, porque um dos pais, por questões religiosas, opõe-se, ou ainda, um pedido de liberação de mercadoria perecíveis, retidas na Alfândega para exame sanitário que, por greve dos servidores, não é realizada.

Termina dizendo que “nessas e em outras tantas situações, mesmo diante da irreversibilidade, há de ser concedida a tutela de urgência”.<sup>24</sup> Ou seja, a medida será concedida, em situações em que o dano é maior caso não haja a concessão.

---

<sup>24</sup> Obra já citada. p. 501



## 6.1 Ônus Argumentativo

A dicção do art. 300 do CPC é clara ao dizer que “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”.

Assim sendo, verifica-se que, por óbvio, a parte pleiteante incorre na necessidade demonstrar, ao tempo do pedido, que há o preenchimento de ambos os requisitos: probabilidade do direito e perigo da demora.

Diante disto, colhe-se o que Cândido Rangel Dinamarco(2017) asseverou o ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar os fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo.

A palavra ônus significa encargo ou peso, assim, vê-se que a parte que alega necessitar da tutela de urgência, deve comprovar que possui os requisitos devidamente preenchidos.

Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 498) diz que “pode-se afirmar, como ponto de partida, que só é possível cogitar de tutela de urgência se houver uma situação crítica de emergência”.

Isto posto, se a parte comprovar tais exigências, o julgador, ao analisar o processo observará a possibilidade de concessão. Outrossim, no que tange a irreversibilidade, deve a parte suportar o ônus de comprovar que a não concessão da medida gerará prejuízo ainda mais irreversível.

Ou seja, além de preenchido os requisitos do *caput*, no momento em que a parte vislumbra que corre o risco da medida concedida não ser reversível, ela possui a obrigação de provar o risco que a não concessão lhe trará

Tendo cumprido tais pressupostos, a análise do caso em concreto torna-se de responsabilidade do julgador. O qual incorrerá na análise das provas trazidas aos autos pela parte que pretende a concessão da tutela, bem como observará se há o perigo da irreversibilidade e havendo, analisará sobre o viés Constitucional, com a devida observância do princípio da Proporcionalidade.

## 6.2 Meios de Afastamento da Norma

Inicialmente, analisando o tema “meios de afastamento da norma”, a doutrina só tem entendido por ser possível a aplicação desta, somente quando o dispositivo é declarado inconstitucional, mediante a impetração de ação cabível, como é o caso da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

Ou seja, há primeiramente que haver a interposição de uma ação cabível, por parte legítima perante o STF para que seja, posteriormente, declarada inconstitucional para, só então, o dispositivo deixar de ser aplicado.

Porém, o caso do dispositivo legal em comento, não se trata de item declarado inconstitucional, ao contrário, trata-se de requisito recepcionado pela Constituição Federal, tendo em vista que se encontra presente na Lei 13.105 de março de 2015, portanto, perfeitamente constitucional.

Ora, se somente é possível deixar de aplicar um dispositivo se houver a declaração de sua inconstitucionalidade, como, no caso da irreversibilidade, o mesmo deixará de ser aplicado?

A jurisprudência tem entendido pela flexibilização deste dispositivo, não se trata de “afastamento” da norma, mas, em verdade, a aplicação do princípio da proporcionalidade ao promover sua interpretação no caso em concreto, leia-se o que Teresa Arruda Alvim (2015, p. 501) declara sobre isso:

“(...) a doutrina e jurisprudência **têm abrandado a aplicação da norma**. Há situações em que, mesmo irreversível, a medida há de ser deferida (...)”

Assim, também a doutrina já entendia, mesmo na vigência do CPC de 1973, aonde o c. Superior Tribunal de Justiça, mediante julgamento do REsp nº 144.65, asseverou que:

**(...) a exigência da reversibilidade inserta no §2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo**, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir com a excelsa missão a que destina” (STJ – 2ª T., REsp, Min. Adhemar Maciel, j. 6.10.97, DJU 27.10.97)

Ademais, essa situação de flexibilização da norma legal, somente tem ocorrido em situações em que há o confronto da norma infraconstitucional,

neste caso do art. 300, §3º do CPC, com o direito constitucional presente na Magna Carta.

Como os exemplos citados anteriormente, nos casos em que envolvam direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana. Inobstante a isso, a flexibilização também tem ocorrido em razão do princípio da Proporcionalidade, uma vez que o magistrado, no caso em concreto, deve proceder com a mitigação de danos.

Ainda neste raciocínio, por exemplo, ocorre a mitigação dos danos em razão do princípio da proporcionalidade, quando o juiz verifica que haverá prejuízo maior para a parte pleiteante caso a medida não seja concedida.

Aliás, avulta destacar que o abrandamento do dispositivo legal tem se dado mediante a valorização dos precedentes, ou seja, por meio do poder vinculante destes precedentes.

Atenta-se para o fato de que alegar que a utilização de precedentes no Estado de Direito brasileiro aproximar-se-ia do modelo jurídico de *commomlaw* é uma afirmativa incorreta, posto que, conforme Zaneti Jr (2017, p. 429) esclarece:

“(...) é incorreto confundir modelo de precedentes com um modelo de *commom law* e o modelo de legalidade como um modelo de *civil law*, não somente porque existe uma forte aproximação entre as tradições jurídicas contemporâneas, como também porque a antiga identificação simplista entre lógica indutiva (*commom law*) e lógica dedutiva (*civil law*) não é correta.”

Isto por que:

“O que se extrai dos precedentes é um princípio ou uma regra para a solução do caso através de reconstrução do ordenamento jurídico, com base jurídica artificial e não natural, que é identificada no caso concreto como uma regra de decisão que terá obrigatoriamente de ter aptidão para servir de precedente para as decisões futuras e, portanto, estar pensada a partir do critério da universalização racional”.

Tal situação amolda-se perfeitamente a tudo o que tem sido construído a respeito da tutela de urgência no que tange a reversibilidade das consequências das medidas concedidas. Os precedentes, neste caso, têm

tomado força para servirem de base abstrata (situação pretérita) a ser utilizada no caso em concreto (situação futura).

### 6.3 Consequências do Afastamento

Como via de consequência, com o abrandamento da norma legal, por óbvio, ocorre à concessão da tutela de urgência, mesmo diante da existência de uma situação de perigo de irreversibilidade da medida concedida. O que ocasiona, seguidamente, a efetivação da medida.

Porém, se, posteriormente, a medida vier a ser revogada judicialmente, ou seja, se o comando que concedeu a tutela de urgência vier ser revogada, modificada ou extinta, a parte que sofrer prejuízo pode pleitear indenização com fundamento no art. 302 do CPC, aonde há a garantia expressa de indenização (perdas e danos), os quais serão objetos de posterior liquidação.

Neste sentido, a jurisprudência é clara ao dizer que:

(...) “A natureza do bem jurídico, tutelado por antecipação, ou sua irreversibilidade não impedem, por si só, que **a parte lesada em seu patrimônio possa pleitear a restituição**. Aplicação da regra *neminem laedere* (a ninguém prejudicar) e da vedação ao enriquecimento sem causa”. (STJ – 2ª T., REsp 1.078.011, Min. Herman Benjamin, j. 2.9.10, DJ 24.9.10)

Destarte, primeiramente, a medida deve ser executada para que seja possível incorrer na indenização deste artigo. Os quais estabelecem as seguintes possibilidades que, depois de efetivada a medida, ocorrer: a) a sentença lhe for desfavorável; b) obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; c) ocorrer a cessação da eficácia da medida em hipótese legal ou d) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. O parágrafo primeiro ainda estabelece que a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

## CONCLUSÃO

O instituto da reversibilidade dos efeitos da tutela antecipada de urgência como requisito mostra-se ainda incontroverso, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência.

Entretanto, com a observação do panorama geral na qual ela se encontra inserida, qual seja a forma como ela se executa na prática (como é inserida no caso em concreto no dia a dia da justiça brasileira), bem como do posicionamento majoritário da doutrina, pode-se concluir que sua figura, já existente no CPC de 1973, não deve ser obstáculo para a concessão da medida jurisdicional, uma vez que a lei, embora rígida, tem sido abrandada pela doutrina e pela jurisprudência.

O que ocorre, em verdade, é que é necessário extrair do dispositivo legal a sua norma jurídica inserta. Não se trata somente da letra escrita, mas qual a intenção do legislador ao positivar tal norma. Isto demonstra a clara transição da teoria positivista para a neoconstitucionalista, aonde há uma maior valorização dos princípios e demais normas.

Neste sentido, Madureira (2017) esclareceu que os valores concretos almejados pelo legislador, que são: justiça, bem estar social, dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade perante o direito, oportunidades iguais de adequação de circunstâncias de eficácia e de bem estar social devem ser respeitados, caso contrário, se a aplicação de uma norma a determinado fato concreto levar a efeitos contrários daquele por ela visados, essa norma deve ser considerada inaplicável àquele fato.

Assim, primeiro, o que deve ser observado pelos operadores do direito é qual o sentido da norma positivada, ou seja, qual é o sentido daquele dispositivo existir e o que ela visa a proteger. No caso do §3º do art. 300 do CPC, é a proteção da parte contrária, ante uma situação de perigo de irreversibilidade da consequência da medida concedida.

Embora seja necessária que haja a proteção do direito da parte contrária, é prioritário, também, que seja protegido direito mais valioso da parte requerente.

Com esse sopesar de danos, ocorre aquilo outrora denominado pelo doutrinador Cândido Rangel Dinamarco de “mitigação de danos”. Em síntese, o julgador levará em consideração quem suportará o fato mais danoso caso a medida seja indeferida ou deferida.

Levando em consideração a flexibilização da legislação que tem ocorrido em nosso estado jurídico, há a criação de novas fontes de direito, onde, hodiernamente, tem-se desembocado na valorização dos precedentes. Posto que têm-se priorizado a mediação dos fatos e dos direitos fundamentais, os quais são usualmente reproduzidos sob a forma de princípios jurídicos, com vista à efetiva realização dos direitos e da justiça.

Frisa-se que a lei não é vista de forma isolada, ela é envolta de diversos fatores: culturais, morais, políticos e etc. Mas, de suma importância, é a sua posição frente aos direitos constitucionais (garantias constitucionais), como já exposto exaustivamente.

A norma deve ser enquadrada no caso em concreto. Ela, no momento de sua criação, é abstrata, porém deve o Legislador, ao criá-la, levar em consideração possíveis situações na qual ela será aplicada. Não pode ser criada sem propósitos, deve transparecer os valores – justos – do ordenamento jurídico pátrio.

Assim, por arremate deste tema, se a norma for oposta às garantias constitucionais fundamentais – direito à vida, saúde, dignidade da pessoa humana e etc – ela, no caso concreto e específico, deve deixar de ser aplicada, ou melhor, como a doutrina tem dito, deve ser “flexibilizada a sua aplicação”. Com tudo isso, o que se vê é a busca e construção de um Estado Jurídico onde os precedentes são valorizados, criando um ambiente em que se prioriza a unanimidade dos comandos jurisdicionais exarados, trazendo ao cidadão uma maior segurança jurídica e efetividade dos comandos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. 6ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2017.

ALVIM, Arruda et al. **COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2014.

ALVIM, Teresa Arruda. **PRIMEIROS COMENTÁRIOS AO NOVO CODIGO DE PROCESSO CIVIL. ARTIGO POR ARTIGO**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015.

BRASIL. **IGUALDADE FORMAL X IGUALDADE MATERIAL A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DA ISONOMIA**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,igualdade-formal-x-igualdade-material-a-busca-pela-efetivacao-da-isonomia,57812.html>>. Acesso em 05 de março de 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. Ed. Atlas. São Paulo. 2015.

CANELUTTI, Francesco. **COMO SE FAZ UM PROCESSO**. Ed. Pilares. São Paulo. 2015.

DELLORE, Luiz et al. **TEORIA GERAL DO PROCESSO – COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015**. Ed. Forense. São Paulo. 2015.

DIDER JR., Fredie. **CURSO PROCESSUAL CIVIL**. 10ª Edição. Ed. Jus Podivm. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. Volume III. 7ª Edição, Rev. e Atual. São Paulo. 2017.

DINAMARCO, Candido Rangel. **O REGIME JURÍDICO NAS MEDIDAS URGENTES**. Revista jurídica, Porto Alegre. 2001.

MADUREIRA, Cláudio. **FUNDAMENTOS DO NOVO PROCESSO CIVIL: O PROCESSO DO FORMALISMO-VALORATIVO**. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA. SOLUÇÕES PROCESSUAIS DIANTE DO TEMPO DA JUSTIÇA**. Edição 2017. Editoria Revista dos Tribunais. São Paulo. 2017.

MELO, Gustavo de Medeiro. **PROCESSO E CONSTITUIÇÃO**. Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. Ed Jus Podivm. Salvador. 2016.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **TUTELA PROVISÓRIA. TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA DO CPC/1973 AO CPC/2015**. Ed. Revista dos Tribunais. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. Volume 1. Ed. Forense. 2015.

WATANABE, Kazuo. **DA COGNIÇÃO NO PROCESSO CIVIL**. 2ª Edição Atualizada. Bookseller. 1999.

ZANETI JR, Hermes. **O VALOR VINCULANTE DOS PRECEDENTES. TEORIA DOS PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES**. Ed. JusPodivm. Salvador. 2017.