

O perigo da irreversibilidade :uma visão do art. 273, § 2º, do CPC à luz de uma tutela jurisdicional efetiva

Flávia Roberta Farias da Costa Assunção^()*

1. Considerações iniciais

Discorrer sobre a tutela antecipada é tarefa honrosa e ao mesmo tempo árdua, tendo em vista o fato dos mais renomados doutrinadores já terem escrito sobre ela. O grau de complexidade e ousadia encontrados nesse instituto jurídico faz com que seja ele alvo de muito estudo e discussões acadêmicas. É verdade que a matéria apresenta vários pontos polêmicos, mas, para efeito desse estudo, daremos uma atenção maior à questão trazida pelo art. 273, § 2º, do CPC, que proíbe concessão de tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento.

Sabemos das limitações próprias do trabalho ora elaborado. Por isso, trataremos de fazer um rápida abordagem sobre a figura da tutela antecipada e de sua posição frente à Constituição, para depois entrarmos no assunto propriamente dito, expondo aspectos e questões atinentes ao problema, oferecendo um breve resumo da posição doutrinária e finalizando com o nosso modesto entendimento, na intenção de contribuirmos para a desmistificação do tema que ainda não encontrou interpretação pacífica na comunidade jurídica.

2. A tutela antecipada dentro do sistema jurídico-processual

Na gama de direitos protegidos pelo ordenamento jurídico, encontram-se aqueles (seja pela sua natureza, como acontece com os de caráter alimentar, seja pela sua situação dentro do caso concreto), cujo inadimplemento em si já configura risco de dano inestimável aos seus titulares, de modo que ensejam uma tutela diferenciada, capaz de assegurar o exercício imediato dos mesmos, caso contrário, a demora, ainda que razoável, inerente ao processamento jurisdicional, tornará sem efeito prático uma possível sentença de mérito em favor deles. A figura jurídica da tutela antecipada veio justamente dar um tratamento distinto aos interesses jurídicos supracitados, rompendo com o ritual clássico do processo, para introduzir um procedimento incidental, no qual o litigante poderá conseguir, provisoriamente, o próprio bem da vida pretendido, em momento anterior ao preparado à tutela definitiva (isso é o interessante), desde que comprove os pressupostos previstos no art. 273,

^(*) Advogada e pós-graduada na Escola Superior de Magistratura Trabalhista – ESMATRA VI

caput e inciso I, do CPC. Essa antecipação dos efeitos de um provimento final também acontece como meio de coibir comportamento abusivo e protelatório do réu (art. 273, inciso II, do CPC), pois nada melhor para apenar quem busca retardar a solução da demanda do que entregar ao autor, antes do tempo reservado para tanto, a tutela da pretensão deduzida em juízo.

A tutela antecipada não é de todo uma novidade trazida ao nosso direito processual através da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, visto que já era prevista no ordenamento jurídico, em esparsas situações, tais como, liminar em ações possessórias, nos termos do art. 928, do CPC, ou venda antecipada dos bens penhorados quando sujeitos à deterioração, conforme o art. 670, do mesmo diploma legal, mas, com a nova redação dada ao art. 273, do Código de Processo Civil, a antecipação dos efeitos do provimento final foi permitida, de uma forma ampliada, caso o requerente preencha todos os requisitos legais. ⁽¹⁾

3. A tutela antecipada e a constituição

Desde o direito romano até o século XIX, prevaleceu um sincretismo entre o direito material e o direito de ação. A queda do individualismo e o fortalecimento do poder estatal formaram campo fértil para o nascimento da autonomia do direito de ação, mas a preocupação exagerada com o conceitualismo fez do processo uma abstração da realidade social, gerando um descontentamento em massa. Para atender aos reclamos da época, surgiu a então fase do instrumentalismo, caracterizada por uma doutrina processual que passou a velar pela efetividade da tutela jurisdicional. Deste modo, modernamente, o direito de ação consiste em um direito a pronunciamento do Poder Judiciário em tempo razoável e com utilidade aos seus jurisdicionados. ⁽²⁾

A evolução sócio-econômica intensificou o número de lides, tornando a prestação jurisdicional demasiadamente lenta. Um processo tardio sempre coloca em xeque a credibilidade da Justiça e prejudica o resultado justo da demanda. Como já lembrou Cappelletti, “a demora excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico, este último, pode, sem dano grave, esperar na justiça lenta”.⁽³⁾ Na tentativa de evitar a ‘falência’ do Judiciário várias medidas vêm sendo adotadas, como os procedimentos sumários e especiais, as medidas cautelares, as liminares em procedimentos específicos, a antecipação de tutela, entre outras, todas visando reduzir comportamentos protelatórios

⁽¹⁾ MALLET, Estevão, “A antecipação da Tutela no Processo do Trabalho”, São Paulo, LTR Editora, 1999, 2ª Edição.

⁽²⁾ Idem, págs. 11 a 26.

⁽³⁾ CAPPELLETTI, Mauro, “El proceso como fenómeno social de masa, in: “Proceso, ideologias, sociedad”, Buenos Aires, EJE, 1974, págs. 133/134.

Analisando a Constituição, sob a ótica instrumentalista, o seu art. 5º, XXXV, ao proibir que seja excluída da apreciação judicial qualquer ameaça ou lesão a direito, também implicitamente não permite que o Estado preste uma tutela sem o seu devido efeito prático, pois prestação jurisdicional tardia e sem efetividade equivale à denegação do direito de ação e, por consequência, do próprio direito *sub judice*. É fácil perceber a estreita ligação existente entre o artigo retromencionado e as medidas de urgência, pois enquanto aquele esboça o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito, estas são instrumentos através dos quais tal lesão ou ameaça de dano poderá ser submetida à apreciação em juízo, de modo que chegam elas a constituírem desdobramentos necessários à garantia constitucional de ação. Nessa vertente, a omissão do Legislativo ou existência de lei infraconstitucional que, direta ou indiretamente, coíba ou restrinja o uso pelo Poder Judiciário de cautelares, liminares ou tutelas antecipatórias são condutas que estarão indo contra norma constitucional.⁽⁴⁾

4.O perigo da irreversibilidade e a antecipação com efeitos irreversíveis

O § 2º, do art. 273, do CPC, dispõe da seguinte redação: “ não concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. *A priori*, queremos deixar bem claro que a doutrina é praticamente unânime em entender que o perigo de irreversibilidade acima diz respeito aos efeitos do provimento e não ao provimento em si que, enquanto decisão provisória, é revogável. Também, ela é patente ao dizer que, sob o aspecto temporal, não existem efeitos reversíveis pois, o que foi realizado não pode mais ser apagado. O correto, portanto, para os doutrinadores em geral é interpretar o termo irreversibilidade, não do ponto de vista jurídico, como já foi dito, nem quanto à irreparabilidade econômica, e sim, como irreversibilidade factual, isto é, uma impossibilidade real de se voltar ao estado anterior ao deferimento da medida. Além do mais, pelo magistério de Teori Albino Zavascki, “não se pode confundir irreversibilidade com satisfatividade porque todas as medidas antecipatórias são, por natureza, satisfativas, por permitirem a fruição, ainda que em parte do bem jurídico reclamado, porém, a satisfatividade pode ter consequência reversível ou irreversível no plano dos fatos”.⁽⁵⁾

Pergunta-se, então, diante do disposto no art. 273, § 2º, do CPC, sendo a tutela antecipada um reflexo do direito constitucional de ação, não havendo condições práticas de retornar ao *status quo ante*, o juiz estará sempre impedido de decidir pela antecipação? Primeiro que tudo, queremos frisar que inexistente qualquer problema em se proibir antecipação de tutela quando difícil

⁽⁴⁾ TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio, “Antecipação dos Efeitos da Tutela”, in Cadernos de Processo Civil, São Paulo, LTR Editora, Vol. 09, 1999.

⁽⁵⁾ ZAVASCKY, Teori Albino, “Antecipação da Tutela”, São Paulo, Saraiva, 1997.

ou impossível o restabelecimento à situação anterior, se disso não decorre nenhum prejuízo irreparável para o requerente, quando se estiver diante do fundamento previsto no art. 273, II, CPC, ficando a conduta abusiva só sujeita às penas menos eficazes do art. 18, CPC.⁽⁶⁾ A problemática surge quando se trata da tutela antecipada requerida com base no perigo iminente de dano (art. 273, I, CPC), pois, nesse caso, o juiz pode se deparar com situação, onde verifica que a ordem antecipatória causará efeitos irreversíveis ao réu e a sua não concessão tornará o direito do autor impraticável, abrindo-se, deste modo, um conflito de interesses merecedores de proteção jurídica. A opção do legislador foi em privilegiar sempre o direito do demandado, mas tal afirmativa não quer dizer que seja a solução mais acertada.⁽⁷⁾

A doutrina tem formulado várias propostas para resolver o dilema. A maioria, encabeçada por Marinoni, tem optado por uma relativização da vedação legal supracitada porque uma interpretação rígida da norma pode tornar inútil a aplicação das regras legais referentes à tutela antecipada, precisamente em casos onde é maior a necessidade de proteger direitos que mais facilmente ficam expostos a sucumbir enquanto perdura o processo. Em amparo a essa tese, formulam, como exemplo, situação em que se peça a tutela antecipada para amputar a perna de paciente ou fazer transfusão de sangue, contra a vontade dele ou de seus pais, no sentido de salvá-lo a vida. ⁽⁸⁾

Em hipóteses como essas, de urgência urgentíssima, não há como não se aceitar o risco de eventual prejuízo ao demandado. É razoável, desta forma, exigir do magistrado que use regras de experiência e critérios de valoração já consagrados entre nós, na hora em que for decidir pela antecipação irreversível de efeitos da sentença de mérito. Como lembra bem Jorge Pinheiro Castelo, pelo princípio da probabilidade, seria sensato ao juiz, de logo, deixar de tutelar direito improvável submetido a efeitos irreversíveis para proteger o provável sujeito à dano irreparável. ⁽⁹⁾ Ainda, a título de contornar o impasse, prega o referido autor que o julgador combine o juízo de probabilidade com o princípio da proporcionalidade, verificando, na escala de valores jurídicos, qual dos bens tem lugar de preeminência dentro das circunstâncias da época, lugar e do caso concreto.⁽¹⁰⁾

Outro grupo de autores, do qual destacamos Nelson Nery Júnior e Arruda Alvim, embora concordem com as posturas anteriores, teoricamente apresentam uma diferenciação, ao

⁽⁶⁾ MALLETT, Estevão, ob. cit. pág. 102 a 104.

⁽⁷⁾ Idem, pág. 105 a 107.

⁽⁸⁾ BELLINETTI, Luiz Fernando, “ Irreversibilidade do Provimento Antecipado”, in Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, sob a coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 1997, págs. 246 a 266.

⁽⁹⁾ CASTELO, Jorge Pinheiro, “Tutela Antecipada na Teoria Geral do Processo”, São Paulo, LTR Editora, Vol. 01, 1999.

⁽¹⁰⁾ Idem ob. cit.

considerar suficiente a reversão decorrente de perdas e danos, quando impossível a reconstituição ao estado anterior. Conforme entendimento deles, a exigência de caução ou indenização em benefício da parte contrária só seria justificável quando imprescindível para assegurar imediatamente a pretensão deduzida em juízo.⁽¹¹⁾

Encontramos também uma corrente menos liberal liderada por Teori Albino Zavascki, onde ele é bem objetivo ao dizer que sempre deverá ser exigido do juiz providências voltadas para salvaguardar o direito fundamental à segurança do réu. Preleciona ele ainda que o perigo de irreversibilidade é vedação não apenas para a concessão da tutela antecipada como também para a execução dessa medida, e mesmo tratando-se de provimento cujos efeitos sejam reversíveis, o dever de proteger a segurança do réu impõe que o juiz assegure meios possibilitando a reversão efetiva à situação anterior. Mas, apesar de tudo isso, acaba ele admitindo também que, em caso excepcionais, à guisa de exemplo, como se sucede em apreensões de jornais, onde conceder a liminar corresponde a satisfazer o direito plenamente, pois não há como recolher a edição, e não conceder danifica irreparavelmente o direito porque de nada vale o jornal circular vários dias depois, o juiz, com prudência, ponderando bens e valores, possa tomar decisão em favor do considerado prevalente a luz do Direito.⁽¹²⁾

Existe ainda a ala dos fiéis ao texto da lei, como Calmon de Passos e Cândido Dinamarco. Para esses, não sendo possível a reversão facta, impossível será a antecipação. E mesmo que se apresente essa com efeitos reversíveis, haveria que se exigir caução.⁽¹³⁾

Gostaríamos de destacar, para efeito de ilustrar mais o debate, a opinião de Luiz Fernando Bellinetti que, em excelente artigo escrito sobre o tema, afirmou não ter o nosso sistema processual ainda regulamentado sistematicamente a tutela de urgência satisfativa, apesar de já se encontrar uma ou outra hipótese legal, como é o caso dos alimentos provisionais, pois o art. 273, do CPC, que trata de tutela antecipatória, ao incluir § 2º, negou-lhe caráter exauriente. Para ele, ainda, admitir-se que a tutela antecipada produza efeitos irreversíveis significa estar ferindo o princípio constitucional do devido processo legal e o direito à tutela jurisdicional adequada, visto que o réu seria privado do seu direito sem ter exercido o contraditório e da ampla defesa. Termina dizendo, então, que enquanto não for mudada a Constituição, efeitos irreversíveis só por intermédio de provimento final.⁽¹⁴⁾

No nosso parecer, em casos especiais que atraiam a tutela antecipatória, só pelo confronto dos interesses em litígio, aplicando os critérios da probabilidade e da proporcionalidade, será possível equacionar o dilema. Interpretar literalmente o artigo 273, 2º, do CPC seria dar poder ao

⁽¹¹⁾ BELLINETTI, ob. cit.

⁽¹²⁾ ZAVASCKY, ob. cit.

⁽¹³⁾ BELLINETTI, ob. cit.

⁽¹⁴⁾ Idem, ob. cit.

juiz de sacrificar direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a saúde, o lazer, o trabalho, a previdência social, entre outros consagrados constitucionalmente, quando, na verdade, o Estado foi investido no dever jurisdicional de proteger até a fumaça do bom direito. Estabelecer que o magistrado encontra-se impedido de deferir a tutela quando sabidamente ocorrerá danos irreversíveis, estar-se-ia impedindo a análise das particularidades do caso concreto e permitindo que o julgador promova uma decisão injusta e inconstitucional.

É claro que compete ao juiz adotar as medidas capazes de resguardar adequadamente a esfera de direito do réu, como exigir caução real ou fidejussória do autor, ficando por conta deste a responsabilidade dos prejuízos causados àquele (art. 588, I, CPC), na tentativa de conciliar, conquanto difícil, o caráter satisfativo com os possíveis efeitos irreversíveis da decisão antecipatória, sob pena de ser ele também igualmente responsabilizado (art. 5º, LXXV, CF). Mas mesmo que, pelas condições do beneficiário, não lhe seja possível assumir qualquer indenização, consideramos, a luz do exposto, que legítima é conduta do juiz ao escolher tutelar interesse provável e digno de preferência, pois também fere o devido processo legal uma tutela jurisdicional inútil ao demandante.

5. Conclusão

Dentro desta moldura argumentativa, inquestionável que a tutela antecipatória traz um grau de risco e por isso clama por sensatez, mas não pode ser sinônimo de temor e insegurança. Fica, portanto, a presente reflexão para aqueles que ainda entendem ser proibido ao Judiciário antecipar efeitos do provimento final quando houver perigo de irreversibilidade. Vedado mesmo aos magistrados é proferir sentença definitiva deferindo direito que não pode ser mais exercido pelo seu titular porque o normativismo míope o danificou, quando pela sua verossimilhança e magnificência poderia ter sido concedido desde cedo, até em detrimento irreparável do interesse contrário.

Concluimos o presente estudo declarando que definitivamente a atividade judicial deve andar de mãos dadas com a Constituição. O instituto da tutela antecipada é uma boa oportunidade para que o Poder Judiciário “arregace as mangas” e contribua na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF). Está mais que na hora dos nossos juizes mostrarem que estão suficientemente amadurecidos para manusear a tutela antecipada com toda a força inovadora que ela carrega, porque prestação jurisdicional que tarda não é justiça, ...é injustiça.

E que os céus nos escutem!

6. Bibliografia

BELLINETTI, Luiz Fernando, “Irreversibilidade do Provimento Antecipado”, *in* Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, sob a coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, págs. 246-266.

CASTELO, Jorge Pinheiro, “Tutela antecipada na Teoria Geral do Processo”, São Paulo, LTR Editora, Vol. 01, 1999.

MALLET, Estevão, “Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho, São Paulo, LTR Edit., 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme, “ Efetividade do processo e tutela antecipatória”, *in* Revista Ciência Jurídica, São Paulo, Ano VI, Vol. 47, pp. 313-318, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme, “Novas Linhas do Processo Civil”, São Paulo, Editora Malheiros, 4ª Edição, 2000.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio, “Antecipação dos Efeitos da Tutela”, *in* Cadernos de Processo Civil, São Paulo, LTR Editora, Vol. 09, 1999.

ZAVASCKY, Teori Albino, “Antecipação da Tutela”, São Paulo, Saraiva, 1997.