

TUTELA ANTECIPADA: REVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DO PROVIMENTO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

João Batista LOPES*

INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro vive momento de grande elaboração doutrinária em razão da recente reforma processual e do fenômeno que se convencionou denominar *constitucionalização do processo*.

A expressão *constitucionalização do processo* comporta dois significados distintos: a) criação de nova disciplina, na grade curricular, denominada Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional; b) novo método ou modo de estudar o processo com os olhos voltados para a Constituição.

A criação de nova disciplina, a par das tantas já existentes, não se afigura necessária, já que o objeto do estudo de que se cuida é o próprio processo civil, posto que sob a perspectiva constitucional.

Mais adequado se mostra falar de *constitucionalização do processo* como simples

método de trabalho em que o processo é estudado à luz dos princípios e valores expressos ou implícitos na Constituição Federal.

Dentre os princípios fundamentais que regem a Constituição, avulta o *princípio da proporcionalidade*, chamado por WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO de *princípio dos princípios*.

Ainda que não previsto expressamente na Constituição, o princípio da proporcionalidade é imanente ao Estado Democrático de Direito e coordena os demais princípios para o fim de coibir os excessos e tornar concreta a atuação dos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade tem íntima relação com a efetividade do processo na medida em que, ao avaliar os interesses em jogo e solucionar o conflito segundo os valores da ordem constitucional, estará o juiz concedendo a adequada proteção ao direito e atendendo aos escopos do processo.

(*) Desembargador aposentado. Professor dos cursos de mestrado e doutorado da PUC/SP. Membro da Academia Paulista de Magistrados

A preocupação doutrinária com sua formulação traduziu-se em excelentes monografias, cujos reflexos já se fazem sentir na jurisprudência, como pode ser comprovado com o exame de nossos repertórios mais qualificados.

No campo do processo civil, por exemplo, o princípio vem sendo aplicado tanto no processo de conhecimento, como no de execução e no cautelar.

Interessa-nos, nesta exposição, particularmente, o papel que ele pode desempenhar na tutela de urgência e, mais especificamente, no que respeita ao risco de irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada.

1. NATUREZA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE URGÊNCIA.

Doutrina recente vem defendendo a natureza constitucional da tutela de urgência, de que constitui espécie a tutela cautelar.

A essência dessa orientação pode ser assim resumida: tutela jurisdicional significa efetiva proteção a direitos e constitui garantia constitucional, razão por que, para situações urgentes, deve ser assegurado tipo de tutela urgente.

Em estudo recente, observa **MARCOS DESTEFFENI** que a garantia do acesso à justiça não significa apenas o direito de obter a tutela jurisdicional, mas o direito de obter a proteção efetiva, tempestiva e adequada do direito¹.

A seu turno **LUIZ GUILHERME MARINONI** adverte:

*“A problemática da efetividade do processo está ligada ao fator tempo, pois não são raras as vezes que a demora do processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito. Entretanto, se o Estado proibiu a autotutela não pode apontar o tempo como desculpa para se desonerar do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflituos concretos”.*²

2. TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

A tutela cautelar apresenta pontos de semelhança com a tutela antecipada o que têm levado parte da doutrina a aproximá-las dando-lhes tratamento uniforme.

Os traços comuns nessas duas espécies de tutela podem ser assim resumidos: **a)** ambas são tutelas de urgência; **b)** uma e outra tem caráter provisório; **c)** tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada são concedidas *rebus sic stantibus* e, portanto, são revogáveis a qualquer tempo; **d)** nas duas, a cognição é sumária; **e)** em ambas, não há coisa julgada material.

Entretanto, a tutela antecipada se extrema da tutela cautelar, porque a primeira é marcada pela instrumentalidade (sua função é garantir a utilidade do processo principal) enquanto a segunda, pela satisfatividade, traduzida no adiantamento de efeitos práticos (do provimento final).

Concede-se que as semelhanças entre essas formas de tutela criam uma zona cinzenta

⁽¹⁾ Natureza constitucional da tutela de urgência. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002, pág.353.

⁽²⁾ Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994, pág.37.

que dificulta a solução de casos concretos no dia-a-dia forense.

Entretanto, a construção doutrinária da tutela cautelar confere-lhe função distinta da outorgada à tutela antecipada, porque esta se vincula ao próprio mérito da causa, enquanto aquela é tutela de mera segurança.

Consoante clássica formulação de **CALAMANDREI**, o processo cautelar é dotado de uma *instrumentalidade hipotética* – **BARBOSA MOREIRA**, expressivamente, a denomina *instrumentalidade ao quadrado* – ou seja, a tutela cautelar é concedida para a hipótese de o autor vir a ter êxito no julgamento da lide principal; e, conquanto seja a instrumentalidade característica de qualquer processo, no processo cautelar ela é mais intensa, isto é, o processo cautelar é instrumento de outro instrumento.

Essa orientação está em harmonia com a advertência de **SERGIO LA CHINA**, para quem o processo cautelar não deve usurpar a função própria do processo de conhecimento antecipando indevidamente a decisão da causa principal, o que implicaria quebra da moderação e do equilíbrio.³

3. OBJETO DA TUTELA ANTECIPADA

Questão tormentosa, que desafia os processualistas, é fixar, com precisão, o objeto da tutela antecipada.

Cuida-se, em essência, de resolver a seguinte questão: que efeitos podem ser adiantados na tutela antecipada?

Consoante o caput do art. 273 do C.P.C.:

“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...”

Como se vê, o legislador valeu-se de termos genéricos o que poderia autorizar a conclusão de que todos os efeitos do provimento de mérito poderiam ser antecipados.

Assim, por exemplo, a própria eficácia sentencial poderia ser adiantada, o que nos levaria a concluir pela admissibilidade de declaração, constituição e condenação provisórias.

Entretanto, essa não é a *ratio legis*, já que a tutela antecipada não se confunde com o julgamento antecipado da lide.

Vejamos o que ocorre na ação declaratória.

De acordo com doutrina dominante, a declaratória objetiva desfazer dúvida ou incerteza sobre a existência ou inexistência de relação jurídica.

Em rigor técnico, a incerteza é subjetiva, está na mente do sujeito.

O que o autor pretende, em verdade, é a segurança jurídica emergente da coisa julgada.

De um modo ou de outro, porém, o autor só poderá obter a satisfação plena a partir do trânsito em julgado da sentença.

Por outras palavras, a eficácia sentencial, na declaratória, é contemporânea ao trânsito em julgado da sentença.

³ Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza, in I Processo Speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1979, pág.160.

Na ação constitutiva é ainda mais evidente a inviabilidade de antecipação da eficácia sentencial. Como anular provisoriamente uma escritura? Como desconstituir provisoriamente a sociedade conjugal?

Por último, não se pode condenar provisoriamente o réu em simples decisão interlocutória, o que caracterizaria manifesto prejulgamento da causa.

Diante disso, mais razoável se afigura limitar o alcance da tutela antecipada aos efeitos práticos do provimento final.

Alguns exemplos tornam mais clara essa assertiva. Em ação declaratória objetivando fixar a exata inteligência de cláusula de contrato de prestação de serviços de saúde, o juiz não pode reconhecer antecipadamente o direito postulado, mas pode deferir pedido de internação ou cirurgia urgente em favor do autor. Em ação anulatória de deliberação de assembléia condominial, o juiz não pode anular provisoriamente o ato impugnado, mas pode deferir pedido de suspensão do pagamento de despesas ilegalmente cobradas. Em ação de indenização por acidente de veículo, o juiz não pode condenar provisoriamente o réu, mas pode conceder verba provisória para atender a despesas hospitalares efetuadas pelo autor.

A adotar-se entendimento diverso, a tutela antecipada se identificaria com o julgamento antecipado da lide o que, à evidência, entra em conflito aberto com o sistema processual.

Como é curial, tutela antecipada e julgamento antecipado da lide não se confundem, tanto que o legislador cuidou de discipliná-los em artigos distintos do Código.

4. REVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DO PROVIMENTO

Objetivando estabelecer limites para a atuação da tutela antecipada, o legislador, no

parágrafo 2º do artigo 273 do C.P.C., proibiu sua concessão quando “houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Afora a ambigüidade da redação – a irreversibilidade refere-se ao provimento ou aos seus efeitos? – verifica-se a preocupação do legislador com as conseqüências decorrentes da medida, que poderão atingir a esfera jurídica do réu irreversivelmente.

O que se pretendeu com o preceito foi evitar que o deferimento da tutela antecipada pudesse criar fato consumado, o que conflitaria com a provisoriedade e revogabilidade da providência.

Com efeito, como a decisão concessiva da tutela antecipada não ostenta caráter de definitividade, isto é, não opera coisa julgada material, ter-se-ia, como corolário, a inviabilidade da concessão da medida sempre que não houvesse possibilidade de retorno ao *status quo ante*.

Entretanto, interpretação atrelada à literalidade da norma poderia deixar ao desabrigo situações merecedoras de proteção imediata para se evitar dano irreparável ou grave injustiça.

Assim, por exemplo, se, em ação declaratória objetivando interpretação de cláusula de plano de saúde, o juiz indeferir pedido de realização de cirurgia inadiável, com fundamento no citado § 2º do artigo 273 do C.P.C., o paciente poderá correr risco de morte. Por igual, o indeferimento de liminar para demolição de imóvel prestes a desabar poderá pôr em perigo a vida dos seus ocupantes.

Verifica-se, portanto, que a questão é complexa e, por isso, não comporta solução singela como a adotada pelo legislador.

Importa ressaltar que *irreversibilidade* é conceito vago ou indeterminado e, assim, terá de ser identificado em cada caso pelo juiz.

Em trabalho anterior, assim discorremos sobre o ponto:

“É de rigor, porém, ressaltar que irreversibilidade é conceito vago ou indeterminado, cuja identificação dependerá das circunstâncias de cada caso concreto que cumpre ao juiz avaliar.

Como observa MARCACINI, “é evidente que, quando se fala em reversibilidade, não se pode pensar em apenas duas situações, de modo que ou a medida seja reversível ou irreversível. É possível que a reversibilidade seja de difícil realização, ou demande tempo, dinheiro e muita atividade processual. Assim, é possível apurar no caso concreto o quanto a medida pode ser mais ou menos facilmente reversível. A sustação de protesto é reversível com uma simples penada, cassando a decisão e liberando o cartório extrajudicial a prosseguir com as anotações devidas; a suspensão de realização de algum ato processual – pedida, por exemplo, em embargos de terceiro, mandado de segurança, ou medidas cautelares – igualmente pode ser reversível sem grande dificuldade. São estes exemplos algumas das situações em que a reversibilidade da medida atinge o seu maior grau, trazendo, como único gravame à parte contrária, o decurso do tempo”.

Há situações em que, ao revés, fica nítida a irreversibilidade.

Numa ação constitutiva aforada para ver anulada uma assembléia condominial não pode o juiz, por exemplo, antecipar o pedido de anulação, porque a desconstituição provisória do ato gerará insegurança na relação jurídica em conflito aberto com a finalidade do processo. Mas é perfeitamente possível, como já vimos, antecipar alguns efeitos práticos do provimento final, como, por exemplo, a suspensão provisória de exigências ilegais aprovadas pela assembléia de condôminos.

*Outro exemplo: em ação intentada para anular ato ilegal de presidente de sociedade anônima (v.g., proibição de voto de acionista) é vedado ao juiz, em sede de tutela antecipada, pronunciar a nulidade do ato, cabendo-lhe, porém, deferir a suspensão de sua eficácia”.*⁴

Há que registrar, também, que irreversibilidade é via de mão dupla, isto é, pode prejudicar o réu, em caso de concessão da medida, ou o autor, na hipótese de indeferimento.

Diante disso, é de se lamentar que a recente reforma processual tenha deixado de acatar proposta de alteração do § 2º do art. 273 do CPC, para admitir a tutela antecipada em hipóteses de “irreversibilidade recíproca”.

5. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA SUPERAÇÃO DO REQUISITO DA REVERSIBILIDADE

Como decorre do já exposto, o requisito da reversibilidade dos efeitos da tutela, se aplicado inflexivelmente, pode frustrar os

⁽⁴⁾ Tutela antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pág.81.

objetivos perseguidos pelo instituto da tutela antecipada.

Diante disso, registra-se tendência no sentido do abrandamento ou flexibilização da regra constante do § 2º do art. 273 do C.P.C.

Para lograr-se sobredita flexibilização, tem sido invocado o princípio da proporcionalidade, por via do qual o juiz, ao analisar a tensão traduzida pelo conflito de interesses em jogo, procede a adequada avaliação ou ponderação para dar prevalência aos valores maiores consagrados no sistema jurídico.

O princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional – como ensina **SUZANA DE TOLEDO BARROS** – porquanto resulta da força normativa dos direitos fundamentais, tendo como fonte, principalmente, os arts. 1º, III; 3º, I; 5º, caput e incs. XXXV, LIV e §§ 1º e 2º; 60, § 4º, IV. Da Constituição.⁵

O tema foi objeto de detido estudo por **WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO**, jusfilósofo, professor da PUC/SP.

Para esse autor, a ordem jurídica é formada por normas situadas em patamares distintos. Dentre elas, os princípios constitucionais, com alto grau de abstração, muitas vezes entram em estado de tensão conflitiva.

Para resolver o conflito surge, então, o princípio da proporcionalidade, que pode, assim, ser considerado o “princípio dos princípios”.⁶

Em estudo recente, que lhe valeu o título de doutor em Direito, o magistrado e professor

FRANCISCO FERNANDES DE ARAÚJO ressaltou:

“O princípio da proporcionalidade tem ampla aplicação no campo da juridicidade, para calibrar a maior ou menor prevalência de outros princípios em colisão ou regras em conflito, não depende dos demais princípios constitucionais, implícitos ou expressos, e tem natureza aberta e permanente, para atuar imediatamente e com plena liberdade”.⁷

Na jurisprudência, vale invocar acórdão de que foi relator o eminente constitucionalista Min. **CELSO DE MELLO**, de que se extrai este tópico:

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, pp. 56/57, itens 18/19, 4ª ed., 1993 Malheiros; Lúcia Valle Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, p. 46, item 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) – como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa – adverte

⁵ O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2a ed., 2000, p. 212.

⁶ Sobre os princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade in RT 719/57-58.

⁷ O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil, tese PUC/SP, 2000.

que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquele que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do due process of law (Raquel Denize Stumm, Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, pp. 159/170, 1995, Livraria dos Advogados Editora; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Direitos Humanos Fundamentais, pp. 111/112, item 4, 1995, Saraiva; Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, pp. 352/355, item 11, 4º ed., 1993, Malheiros; Gilmar Ferreira Mendes, Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos, pp. 38/54, 1990, Saraiva).⁸

Em conclusão, diante de posições conflitantes, escoradas em princípios em estado de tensão, deve o juiz proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão.

Exemplo de aplicação do princípio da proporcionalidade no campo processual é a flexibilização ou relativização da garantia da coisa julgada.

É cediço que a coisa julgada, sobre regra ou princípio constitucional, é garantia constitucional, sendo necessária para a segurança e estabilidade das relações jurídicas.

Registram-se, porém, na doutrina e na jurisprudência, recentes tendências no sentido

de relativizar essa garantia para resolver situações constitucionais de tensão conflitiva entre princípios.

Assim, por exemplo, tem sido relativizado o princípio nas ações de investigação de paternidade, em razão da evolução da tecnologia do exame do DNA, e, também, nas desapropriações em que sejam fixados valores aberrantes e abusivos.

Em situações de conflito entre valores consagrados na ordem jurídica – coisa julgada *versus* direito à paternidade; coisa julgada *versus* moralidade administrativa, a aplicação do princípio da proporcionalidade (“o princípio dos princípios”) tem o condão de conduzir a uma solução de justiça efetiva que homenageia e prestigia o Poder Judiciário.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, após discorrer sobre a possibilidade de mitigação da autoridade da coisa julgada, indica alguns precedentes jurisprudenciais *in verbis*:

“O Supremo Tribunal Federal aplicou a regra de mitigação dos rigores da coisa julgada material, ao enunciar que ‘não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender a garantia constitucional da justa indenização’. Em outro caso o Superior Tribunal de Justiça admitiu a superação da coisa julgada em um caso no qual a Fazenda do Estado de São Paulo fora condenada (ação de desapropriação indireta) em razão de fraude na perícia a prestar indenização por haver-se apossado de área que depois se evidenciou ser de propriedade

⁽⁸⁾ AgRg em Suspensão de Segurança 1.319-1, DJU, 19 abr. 1999, p.32.

dela própria (Min. José Delgado). No Uruguai deu-se o caso de um fazendeiro que, havendo gerado um filho adúlterino, obteve da pobre mãe da criança, sua empregada, a assinatura em um papel que outra coisa não era senão a procuração a um advogado da confiança dele, para promover-lhe uma ação de investigação de paternidade; a demanda foi proposta, o fazendeiro defendeu-se muito bem, o advogado do autor nada provou, o juiz julgou improcedente a demanda e a sentença passou em julgado. Anos depois, havendo atingido a maioridade, o próprio filho voltou à carga com nova ação investigatória, mas, como era de esperar, o réu invocou a autoridade da coisa julgada material; com extrema lucidez, Eduardo Couture demonstrou que essa autoridade não poderia prevalecer para coonestar uma fraude tão evidente e suplantar os valores da dignidade humana, expressos no direito à paternidade".⁹

Presentes tais considerações, afigura-se admissível, também no campo da tutela de urgência – e, particularmente, da tutela antecipada – a invocação do princípio da proporcionalidade para o fim de se admitir a providência em hipóteses excepcionais de irreversibilidade como nos exemplos de cirurgia urgente, transfusão de sangue, demolição liminar de prédio prestes a ruir etc.

A regra da reversibilidade, que protege a posição do réu, deve ceder passo à atuação de valores maiores como a preservação da vida, da integridade física, da liberdade etc.

Assim, enquanto não for modificada a redação do art. 273, § 2º é possível, em casos

excepcionais, a superação do requisito da reversibilidade pelo princípio da proporcionalidade, como retro exposto.

6. CONCLUSÕES

À luz das considerações expendidas, é lícito formular as seguintes conclusões:

- a) a tutela de urgência tem *status* constitucional e, por isso, a legislação ordinária não pode proibi-la ou embaraçá-la, ainda que lhe seja permitido discipliná-la;
- b) a tutela cautelar se extrema da tutela antecipada na medida em que a primeira tem caráter instrumental, destinando-se a garantir o resultado útil de outro processo, e a segunda, natureza satisfativa, vinculando-se ao próprio mérito da causa;
- c) a redação do art. 273, *caput*, do C.P.C., é inadequada, quando se refere aos *efeitos da tutela pretendida no pedido inicial*, parecendo autorizar a conclusão de que seria possível o adiantamento da própria eficácia sentencial;
- d) a redação do parágrafo 2º do art. 273 é ambígua, já que a irreversibilidade deve referir-se aos efeitos e não ao próprio provimento antecipado;
- e) interpretação atrelada à literalidade da lei, poderia deixar ao desabrigo situações merecedoras de proteção imediata, o que conflita com os escopos do processo;

⁹ Instituições de Direito Processual Civil, vol. III. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, pp 307/308.

- f) em casos excepcionais, é possível a superação do requisito da reversibilidade pelo princípio da proporcionalidade.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*, tese PUC/SP, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2ª ed., 2000.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DESTEFFENI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre os princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade* in RT 719.
- LA CHINA, Sergio. *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza*, in *I Processo Speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1979.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1998.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994.
- MESQUITA, Eduardo Melo de. *Tutelas cautelar e antecipada*. São Pauto: Ed. RT, 1992.
- TOMMASEO, Ferrucio. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, 1983.