

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO INQUÉRITO CIVIL À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DO CONTRADITÓRIO E DA PROVA “INEQUÍVOCA”

Ada Pellegrini Grinover*

RESUMO

No inquérito civil, busca-se o acesso a documentos, depoimentos (sem o acompanhamento do juiz) etc., considerados necessários para a demanda. Para proteger garantias fundamentais das partes, existem as tutelas de urgência (antecipação de tutela e tutela cautelar). Este artigo discute os pressupostos dessas tutelas de urgência e os limites de atuação do juiz na fase do inquérito civil.

* Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de São Paulo (1970); professora titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo; professora do Curso de Mestrado e Doutorado da USP e do Curso de Mestrado da FDV; coordenadora dos Cursos Pós-graduação “*lato sensu*” da Rede LFG (cursos pela TV on-line e pela Internet); diretora dos Cursos de Extensão da Escola Paulista de Direito; presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual; vice-presidente da International Association of Procedural Law e do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; doutora Honoris Causa pela Universidade de Milão, Itália, agraciada com o prêmio da Fundação Redenti (Bolonha, Itália) em 2007; titular do Escritório de Advocacia APG Empreendimentos Jurídicos, 2008: homenagem da USP por ter defendido a primeira tese oficial de doutorado na Faculdade de Direito, 1988: Prêmio Woman of the year for Brazil do American Biographical Institute .

Palavras-chave: Inquérito civil. Antecipação de tutela. Tutela cautelar. Pressupostos.

ABSTRACT

In pre-trial phase, the discovery encompasses the access to documents, depositions (testimony out of court), etc., considered necessary for their case. In order to safeguard fundamental rights of the opposing party, there are protective orders provided as provisional remedies. This paper discusses the prerequisites for preliminary injunctions, and the discretionary powers of the court, in pre-trial phase.

Keywords: Pre-trial phase. Protective orders. Preliminary injunctions. Prerequisites.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Antecipação de tutela e tutela cautelar: distinção conceitual em face do direito positivo brasileiro

A delimitação conceitual da *tutela cautelar* foi e continua sendo – talvez hoje com menor intensidade – objeto de acirradas controvérsias doutrinárias, com importantes repercussões práticas e projeções na jurisprudência. Bastaria percorrer a mais seleta doutrina estrangeira e nacional para constatar que, dentre os que se dedicaram ao estudo do tema, nunca houve razoável grau de uniformidade quanto à natureza e o alcance dessa modalidade de tutela.

Procurando superar, ao menos em parte, as dificuldades decorrentes dessa diversidade de pensamentos, o legislador introduziu, no sistema do Código de Processo Civil (art. 273 e parágrafos), o instituto já constante de legislação especial da *antecipação de tutela* que, sob o prisma de sua disciplina positiva, comporta distinção com respeito à *tutela cautelar*; quer quanto aos respectivos *conteúdo* ou *efeitos*, quer quanto aos respectivos *pressupostos* de cabimento.

Na doutrina pátria, foi Luiz Guilherme Marinoni quem, antes mesmo da Reforma do CPC, se dedicou com intensidade ao exame do tema: editou sucessivos e importantes estudos acerca do confronto entre a tutela cautelar e a tutela “antecipatória”, destacando a diversidade de que se falou anteriormente. Negando o clássico pensamento de Calamandrei – para quem medidas antecipatórias podem configurar modalidade de medidas cautelares –, Marinoni destacou que “[...] a tutela antecipatória **realiza o direito** mediante cognição sumária, enquanto a tutela cautelar apenas **assegura a viabilidade da realização do direito**”.¹ Esse entendimento é hoje compartilhado, em peso, por autorizados doutrinadores pátrios.

Cândido Rangel Dinamarco observa que, generalizando a antecipação de tutela no CPC, “[...] o legislador tomou posição quanto a uma questão conceitual que já foi muito importante, que é da possível *natureza cautelar* da antecipação da própria tutela pretendida no processo de conhecimento”.² E, a propósito, conclui o eminente processualista:

A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. **Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor**³ (grifos meus).

Nelson Nery Júnior, lembrando a preexistência do instituto no âmbito de legislação especial, afirma que a tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução “*lato sensu*”, **com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos**. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que **realiza o direito**, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. E mais:

Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da

sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas ‘cautelares satisfativas’, que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois **as cautelares não satisfazem**: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar⁴ (grifos meus).

É igualmente significativo o pensamento de Sálvio de Figueiredo Teixeira para quem reside na regra do citado art. 273 “[...] uma das mais importantes inovações da reforma processual. Daí o relevo que passa a ter sua correta aplicação, para que **não se repitam os equívocos e abusos ocorridos na prática com a cautelar inominada, com a qual, aliás, não se confunde a tutela do art. 273**”⁵ (grifos meus).

Cumprido frisar que o instituto da antecipação de tutela assim apartado da tutela cautelar já era conhecido do sistema processual e, para o que importa nas presentes considerações, **inclusive no âmbito da ação civil pública**.

Lúcia Valle Figueiredo, escrevendo especificamente sobre a concessão da liminar na ação civil pública, bem dividiu essa distinção afirmando que “[...] a liminar concedida terá a mesma natureza da liminar em mandado de segurança [que], **diversamente da medida cautelar representa uma antecipação da própria pretensão final e não medida que visa apenas à tutela do processo principal**”⁶ (grifos meus). Isso, de resto, é amplamente ratificado pela aplicação subsidiária do CPC à disciplina da ação civil pública (Lei nº 7.347/85, art. 19).

Pois bem, tendo naturezas distintas, as tutelas *cautelar* e *antecipatória* **sujeitam-se a pressupostos diversos**, importando aqui salientar que a segunda precisamente por representar a própria realização do direito material afirmado pelo demandante (e não mera garantia de utilidade e eficácia do próprio processo) não pode ser concedida, sequer em tese, “[...] quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, segundo regra expressa do art. 273, § 3º do CPC. Mais ainda: pelas mesmas razões, a antecipação não se contenta com a mera plausibilidade do Direito – expressa na fórmula “*fumus boni iuris*” – que é suficiente para a tutela cautelar (duplamente instrumental); exige, pois, “prova inequívoca” das alegações em que se fundamenta o demandante (art. 273, “caput”, do CPC).

Convém examinar, separadamente, cada um desses aspectos.

O “perigo de irreversibilidade” como limite ao deferimento da antecipação de tutela

O limite imposto pelo § 2º do art. 273 do CPC à concessão da tutela antecipada tem recebido interpretações nem sempre uniformes da doutrina, que ora vê nesse dispositivo um óbice intransponível para o deferimento da providência, ora atenua o rigor legal, para admiti-la mesmo diante do risco de eventual *irreversibilidade*. Além disso, controverte-se acerca desse último conceito.

Nas judiciosas palavras de Cândido Rangel Dinamarco⁷, as “[...] medidas inerentes à tutela antecipada têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares”. Mas, adverte o ilustre processualista:

Nem por isso o exercício dos direitos antes do seu seguro reconhecimento em sentença deve ser liberado a ponto de criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não ficou descartada. É difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à *reversibilidade* dos efeitos do ato concessivo (art. 273, parágrafo 2º). Some-se ainda a **necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva⁸ (grifos meus).**

Sérgio Bermudes, precursor no exame dos dispositivos legais que implantaram a recente Reforma Processual civil, é taxativo ao afirmar:

Urge que a providência antecipada não produza resultados irreversíveis, isto é, resultados de tal ordem que tornem impossível a devolução da situação ao estado anterior. Assim dispõe o § 2º, que restringiu o âmbito da tutela antecipada, só a admitindo sem risco de irreversibilidade. Diante desse dispositivo,

assaz limitador, **não se admite a antecipação quando a irreversibilidade só puder ser reparada em dinheiro. É preciso que o quadro fático, alterado pela tutela, possa ser recomposto**⁹ (grifos meus).

Da mesma maneira, Ernane Fidélis dos Santos é enfático ao afirmar que “[...] como a antecipação, em seus efeitos processuais, é provisória, **nunca poderá ser concedida se não comportar reversibilidade**. A irreversibilidade se traduz na impossibilidade material de se voltarem as coisas ao estado anterior”¹⁰ (grifos meus).

Assim também fala Calmon de Passos,¹¹ para quem a

[...] antecipação está autorizada havendo ‘fundado receio’ de que ocorrerá dano irreparável ou de difícil reparação e **não será concedida se houver ‘perigo’ de irreversibilidade**. Há diferença de monta entre uma e outra situação? Há, numa e noutra hipótese, o risco, isto é, algo entre a certeza, que elimina toda e qualquer dúvida, e a impossibilidade de firmar um juízo fundado e seguro. Há risco quando algo é dotado de alto grau de probabilidade, sem que se possa assegurar sua ocorrência, seja como fato, seja em termos do tempo em que o fato inelutável ocorrerá (v.g. a morte no seguro de vida). E todo risco importa perigo, donde me parece que nenhuma diferença se deve construir entre as duas hipóteses.

E conclui o processualista:

O grau de convencimento que autoriza, em termos de prova, a antecipação, é o mesmo que desautoriza, em caso de irreversibilidade. Foi acertado o comportamento do legislador? Em princípio, sim. **Admitir a antecipação do que será irreversível é transformar em definitiva uma execução que dessa natureza não se pode revestir** ou se colocar o executado, dada a falta da caução, sem garantia de ressarcimento¹² (grifos meus).

É certo que expressivas vozes doutrinárias têm interpretado o dispositivo legal (art. 273, § 2º) de sorte a abrandar a restrição: fala-se na necessidade de sua interpretação “cum grano salis”¹³ e também se recorre ao “princípio da proporcionalidade”,¹⁴ para dirimir situações de confronto de valores quando da concessão ou denegação da providência. De qualquer modo, a regra legal é expressa e, quando menos, **configura questão estritamente jurídica**, a desafiar exame pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem cumpre velar pela aplicação e uniformidade da lei federal. Neste ponto, remete-se ao complemento constante da letra “C” e respectivos tópicos, infra.

O requisito da “prova inequívoca”

Mesmo superado o pressuposto negativo da irreversibilidade, a antecipação da tutela reclama, segundo a dicção do “caput” do art. 273 do CPC, a “prova inequívoca” da alegação em que se funda o pedido. Conforme oportuna observação de Humberto Theodoro Júnior,

[...] para não transformar a liminar satisfativa em regra geral, o que afetaria, de alguma forma a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico (CF, art. 5º, incs. LIV e LV), **a tutela antecipatória submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial**¹⁵ (grifos meus).

Também aqui as interpretações que o dispositivo gerou não têm sido uniformes, tanto mais porque o “caput” do art. 273 do CPC emprega, ao lado da expressão “prova inequívoca”, a locução “verossimilhança da alegação”, o que, convenha-se, é um tanto contraditório.¹⁶ Trata-se de estabelecer o grau de probabilidade exigido para a realização antecipada do direito material invocado pelo demandante.

Cândido Dinamarco situa a “prova inequívoca” como algo superior ao “fumus boni iuris” exigido para a tutela cautelar.¹⁷ Já Ernane Fidélis dos Santos, mais incisivo, afirma que

[...] convencimento de verossimilhança nada mais é do que um **juízo de certeza**, de efeitos processuais provisórios, sobre os fatos em que se funda a pretensão, em razão **da inexistência de qualquer motivo de crença em sentido contrário. Provas existentes, pois, que tornam o fato, pelo menos provisoriamente, indene de qualquer dúvida**¹⁸ (grifos meus).

E conclui:

Não havendo a prova concludente, mas sendo fortes os motivos da crença, a verossimilhança não deixa de existir, mas, neste caso, **o juízo de máxima probabilidade cede lugar à simples possibilidade, mera aparência que pode revelar o fumus boni iuris, informador apenas da tutela cautelar**¹⁹ (grifos meus).

Quanto a esse requisito (“prova inequívoca”), considerando inclusive o contexto da consulta, tenho que dois aspectos devem ser ressaltados: primeiro, a configuração da prova inequívoca em face das *consequências advindas da antecipação da tutela*, isto é, da gravidade da providência deferida; segundo, a *formação* dessa prova e, por reflexo, dos motivos ou fundamentos em que foi lastreada a decisão que defere a antecipação.

O primeiro desses relevantes aspectos foi destacado por Cândido Dinamarco, para quem a cognição sumária que aí tem lugar, deve ser “[...] dimensionada segundo um binômio representado (a) pelo menor grau de imunidade de que se reveste a medida antecipatória em relação à definitiva e (b) **pelas repercussões que ela terá na vida e patrimônio dos litigantes**”.²⁰

De fato, e complementando o pensamento de Dinamarco, parece correto afirmar que quanto maior o impacto gerado pela antecipação na esfera jurídica dos destinatários do provimento – notadamente do demandado – tanto maior o cuidado na colheita dos elementos formadores da convicção, ainda que (e exatamente por ser) provisória. Esse também é o sentir de Nelson Nery Júnior: “Como a norma prevê apenas a cognição sumária, como condição para que o juiz conceda a

antecipação, o juízo de probabilidade da afirmação feita pelo autor deve ser exigido em grau compatível com os direitos colocados em jogo”²¹ (grifos meus).

Esse aspecto conduz àquele outro, que diz da *formação* da prova suficiente para que o juiz antecipe a tutela.

Na doutrina nacional, Calmon de Passos, comentando o requisito da “prova inequívoca” – afirma que a antecipação da tutela “[...] reclama, para que seja deferida, **já seja possível decisão de mérito no processo em que ela é postulada**, a ser concomitantemente proferida, **ou já exista decisão de mérito**, à qual se deseja acrescentar o benefício da antecipação, para que se torne, de logo, provisoriamente exequível”.²² Segundo esse mesmo processualista, para que seja deferida a antecipação, deve ser “[...] **obedecido, no procedimento em que se postula a antecipação, o princípio do contraditório**. Não é possível sua concessão sem audiência da parte contrária, que deve responder no prazo que se prevê para a cautelar”.²³

Embora se trate de posição reconhecidamente isolada, pelo extremo a que chega, ela revela importante e saudável preocupação com o modo pelo qual são coligidos os elementos formadores da convicção do juiz, para que possa deferir a antecipação. Embora de forma menos contundente, essa preocupação está presente na generalidade da doutrina pátria.

Cândido Dinamarco observa que

[...] o reduzido nível de imunidade das decisões concessivas de cautela antecipada (sua provisoriedade) **não é motivo para descuidar das atividades instrutórias inerentes à indispensável cognição sumária**. A probabilidade exigida pela lei ao falar em prova inequívoca significa que até a algum grau de investigações o juiz deve chegar²⁴ (grifos meus).

Ernane Fidélis dos Santos, coerente com a posição assumida a propósito da “prova inequívoca”, afirma, mais assertivamente, que a

[...] antecipação pode ser dada a qualquer momento do processo, ficando a critério do juiz ouvir ou não o réu, antecipadamente, se requerida como liminar, mas, se não houver a prova inequívoca, isto é, a que, desde já e por si só, permita a compreensão do fato como juízo de certeza, pelo menos provisória, não será possível, **mormente quando o entendimento do juiz depende da colheita de outros elementos probatórios, para, depois, em análise do conjunto, extrair a conclusão**”²⁵ (grifos meus).

Do quanto exposto, é possível afirmar que a **“prova inequívoca” que autoriza a antecipação da tutela não está configurada** – *tanto mais quando apta a gerar importantíssimas repercussões na vida e patrimônio do demandado* – **quando a formação da convicção dependa ainda da colheita de outros elementos probatórios não trazidos na inicial**, reclamando, portanto, cognição mais aprofundada e cuidadosa.

É tempo, portanto, de indagar se a prova colhida exclusivamente no inquérito civil, não presidido pelo contraditório e, portanto, sem qualquer intervenção ou contribuição do demandado, seria apta a configurar “prova inequívoca”, a ensejar a antecipação de tutela. É disso que se passo a tratar.

INQUÉRITO CIVIL E CONTRADITÓRIO

Procedimento probatório e devido processo legal: o contraditório como condição de eficácia da prova

O processo civil moderno é banhado pela *cláusula do devido processo legal*, assegurada expressamente pela Constituição da República (art. 5º, LIV), vista – como já tive oportunidade de afirmar – não apenas sob o enfoque individualista da tutela de direitos subjetivos das partes, mas sobretudo como conjunto de garantias objetivas do próprio processo, como fator legitimante do exercício da jurisdição.²⁶ Tais considerações, cumpre desde logo observar, são igualmente válidas para o âmbito administrativo (certo que com as peculiaridades de que se reveste essa função estatal), quer pela expressa previsão do texto constitucional, quer pela ênfase que vem recebendo da autorizada doutrina a “processualidade” do direito administrativo.²⁷

Assim, garantias como as da defesa, do contraditório, da igualdade e *par condicio* estão à base da regularidade do processo e da justiça das decisões, não podendo disso escapar o *direito à prova* que, à evidência, nada mais é do que uma resultante do contraditório. A esse propósito, já tive a oportunidade de escrever:

Não pode ficar imune a tais garantias o **direito à prova**, que nada mais é do que uma resultante do contraditório: **o direito de contradizer provando**. E assim como o contraditório representa o momento da verificação concreta e da síntese dos valores expressos pelo sistema de garantias constitucionais, **o modelo processual informado nos princípios inspiradores da Constituição não pode abrir mão de um procedimento probatório que se desenvolva no pleno respeito do contraditório**²⁸ (grifos meus).

Cândido Dinamarco também já teve oportunidade de relacionar *contraditório* e *prova*, situando-os como fatores determinantes da *efetividade* do processo, quanto ao respectivo modo de ser:

Entre as atividades das partes em contraditório e as inquisitivas do juiz, tem-se por muito importante a *instrução probatória*, que no processo de conhecimento é **vital para a efetividade da ação ou da defesa, bem como para o correto exercício da jurisdição**. Fala-se até no **'direito à prova'** e ele é algo que **integra o complexo de faculdades e poderes enfeixados ora no conceito de ação, ora no de defesa**²⁹ (grifos meus).

Na relação entre *contraditório* e *prova*, aquele emerge como verdadeira **condição de eficácia** desta. Conforme já tive a oportunidade de assinalar, como regra, tanto será viciada a prova **colhida sem a presença do juiz**, quanto aquela **colhida sem a presença das partes**. Daí, inclusive, poder afirmar-se que, ao menos em princípio, não têm eficácia probatória no âmbito jurisdicional os elementos coligidos em procedimentos administrativos prévios ou mesmo em outros processos jurisdicionais, se a colheita não contar com a possibilidade

real e efetiva de participação dos interessados, em relação aos quais se pretende editar provimento de caráter vinculante e cuja esfera jurídica possa vir a ser atingida.³⁰ Tomo a liberdade de voltar a invocar minha anterior manifestação:

E é importante salientar que o princípio da ineficácia das provas que não sejam colhidas em contraditório **não significa apenas que a parte possa defender-se em relação às provas contra ela apresentadas: exige-se, isso sim, que seja posta em condições de participar, assistindo à produção das mesmas enquanto ela se desenvolve**³¹ (grifos meus).

A ineficácia da colheita de elementos de prova desvinculada do contraditório decorre, portanto, **da infringência a princípio constitucional**, que desempenha função de garantia não apenas para as partes em atual ou potencial litígio, mas do correto exercício da função estatal.

A prova no âmbito administrativo e particularmente no inquérito civil

Embora as ideias anteriormente expostas sejam aplicáveis ao campo do processo *jurisdicional*, o exercício do poder no âmbito administrativo está igualmente submetido aos postulados do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Como bem acentua Odete Medauar, “[...] entre administrativistas e processualistas, registra-se tendência à aceitação de uma processualidade que vai além daquela vinculada à função jurisdicional, **admitida, assim, a processualidade no âmbito da Administração Pública**”.³² E mais:

O processo administrativo **encontra respaldo expresso e direto no inc. LV do art. 5º da CF de 1988**, que impõe o contraditório e a ampla defesa, com seus desdobramentos, em situações de controvérsia e conflitos de interesse ante a Administração e em situações nas quais se atribuem, a pessoas, condutas ou atividades suscetíveis de sanções (acusados)³³ (grifos meus).

Certo que há “[...] elementos caracterizadores do processo administrativo, decorrentes, em especial, de suas próprias finalidades e das particularidades da função administrativa”; contudo os escopos de *garantia*, de *legitimação* e *controle do poder*, de *correto desempenho da função*, de *justiça* e de *democratização* estão presentes tanto no processo jurisdicional, quanto no administrativo,³⁴ pois num e noutro se regula o *exercício do poder estatal*.

A esse propósito, inclusive, já tive a oportunidade de me manifestar, destacando a tendência rumo à **“jurisdicionalização do processo administrativo”**. Trata-se de relevante aperfeiçoamento do Estado de Direito, “[...] correspondendo ao **princípio de legalidade** a que está submetida a administração pública e **aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que devem preceder toda e qualquer imposição de pena**”.³⁵ A Constituição de 1.988, aliás, foi explícita, ao estatuir, em seu art. 5º, 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”.

Conforme já tive a oportunidade de salientar, é conhecida a existência, no plano administrativo processual, de processos de natureza **punitiva** (que visam à aplicação de sanções administrativas) e não punitiva. A primeira categoria desdobra-se em processos **externo** e **interno**, conforme o destinatário da sanção seja, respectivamente, pessoa sujeita ao poder público em geral (primeiro caso) e servidor público (segundo caso). Além disso, cuidei de ressaltar que **as exigências constitucionais do contraditório e ampla defesa se fazem presentes sempre** que, nos processos administrativos – punitivos ou não – **haja litigantes**. E, a propósito desse conceito, cumpre reafirmar o seguinte:

Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. **Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta.** Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide. **Pode haver litigantes - e os há - sem acusação alguma, sem qualquer lide.**³⁶ (grifos meus)

Portanto, todas essas considerações – a propósito da *prova* e da necessária observância do *contraditório* – são aplicáveis a todas as hipóteses em que, havendo exercício de poder estatal, esteja ele submetido à cláusula do devido processo legal e respectivos desdobramentos. Cumpre determinar, apenas, se essas mesmas considerações se aplicam em tema de *inquérito civil*, destinado à colheita de elementos para a propositura de ação civil pública ou à celebração de compromisso de ajustamento.

Embora se reconheça ser voz corrente que esse inquérito civil tem natureza *inquisitorial*, é inegável que nele se apresenta – ainda que em estado de latência – um conflito de interesses, sem que para isso, conforme ressaltado, seja necessária a existência de uma acusação formal.

Portanto, **quando se trata de aproveitar, em juízo, a prova coligida nesse procedimento administrativo, é imprescindível a instauração do contraditório**, sob pena de afronta à garantia constitucional aqui mencionada. E, conforme anteriormente ressaltado, a exigência do contraditório, aí, não significa apenas que a parte possa defender-se em relação às provas contra ela apresentadas; exige-se que o interessado seja posto em condições de participar, assistindo à produção das provas mesmas **enquanto elas se desenvolvem**.

A posição encontra eco na doutrina nacional. Nesse sentido, Nelson Nery Júnior afirma ser “[...] salutar que o MP **faculte aos interessados a possibilidade de se manifestarem no IC** [inquérito civil], juntando documentos, pareceres técnicos, fornecendo informações etc.”. E, mais adiante, observa: “Prova recolhida no IC, **se para sua realização não tiver havido participação dos interessados, precisa ser refeita ou contrastada em juízo, em obediência ao princípio constitucional do contraditório**”³⁷ (grifos meus).

Essa mesma orientação, diga-se, é encampada pelo próprio Ministério Público. Com efeito, em “Encontro sobre ação civil pública”, promovido pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná e que teve lugar em Curitiba-PR (26 a 28-07-1995), por mim coordenado, formalizou-se a seguinte conclusão: “O inquérito civil é inquisitório, mas o MP pode instaurar o contraditório para efeito de compromisso de ajustamento e aproveitamento da prova em juízo” (grifos meus).

CONCLUSÃO

Contraditório e “prova inequívoca” para o fim de antecipação de tutela

Confrontando-se o requisito legal da “prova inequívoca” (CPC, art. 273, “caput”), de um lado, e a exigência constitucional do contraditório como fator de eficácia da prova (CF, art. 5º, LV), de outro lado, é lícito concluir, conforme já adiantado, que **a antecipação de tutela não pode ser concedida quando a convicção esteja fundada exclusivamente em elementos formados pelo próprio requerente – sem o crivo do contraditório – e na dependência de outros elementos probatórios não trazidos na inicial.**

Não é preciso sequer encampar a tese de que a “prova inequívoca” é aquela necessária para o decreto de procedência da demanda (tese defendida por Calmon de Passos) para repudiar a antecipação de tutela (com efeitos irreversíveis) fundada tão somente em elementos de prova formados pelo próprio Ministério Público e que, por si só, jamais autorizariam um decreto judicial que impusesse a satisfação do direito alegado pelo demandante. Portanto, tenho como certo que a “prova inequívoca” necessária e suficiente para a antecipação de tutela é exclusivamente aquela formada em contraditório.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. A antecipação de tutela na reforma processual. In: PAULA, Adriano Perácio de et al. **CPC modificações**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 93-120.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. **Novas tendências do direito processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1994.

_____. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 1996.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Novos perfis do processo civil brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de processo civil anotado.** São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1.

NOTAS

- 1 MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela antecipatória não é tutela cautelar. In: _____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1994, p. 54. (grifos meus). Após o advento da Reforma, o mesmo autor reafirmou a distinção (cfr. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1996, especialmente p. 45).
- 2 DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- 3 Ibid., p. 141.
- 4 NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.66.
- 5 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 197.
- 6 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública: considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão da liminar, na concessão de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipatória. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 340.
- 7 DINAMARCO, 1996, p. 146.
- 8 Ibid., p. 148.
- 9 BERMUDEZ, Sérgio. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 29-30.
- 10 SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Novos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 29.
- 11 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 33.
- 12 Ibid., p. 34.
- 13 Assim expressamente TEIXEIRA, op. cit., p. 498 e ALVIM. A antecipação de tutela na reforma processual. In: PAULA, Adriano Perácio de. **CPC Modificações**, Belo Horizonte: Del Rey, 1.995, p. 119.
- 14 Por todos, confira-se MARINONI, op cit.p. 80 e segs.
- 15 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1. p. 368.

- 16 Anotam essa contradição DINAMARCO, op. cit., p. 145 e SANTOS, op. cit., p. 28-29.
- 17 DINAMARCO, op. cit., p. 145.
- 18 SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Novos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 30.
- 19 Ibid., p. 30-31.
- 20 DINAMARCO, op. cit., p. 147.
- 21 NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 548.
- 22 PASSOS, 1995, p. 11.
- 23 Ibid., p. 12 e 26.
- 24 DINAMARCO, op. cit., p. 146.
- 25 SANTOS, op. cit., p. 31.
- 26 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 82 e segs.
- 27 Sobre o tema, merece destaque a obra de MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, *passim*.
- 28 Prova emprestada, in **O processo em evolução**, p. 54.
- 29 DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 407.
- 30 Nesse sentido, meu trabalho O conteúdo da garantia do contraditório, In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, especialmente n. 3.1 e 3.2., p. 22-25.
- 31 **O conteúdo da garantia** cit., p. 24.
- 32 MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 159.
- 33 Op. cit., p. 159, de onde foram extraídas apenas as conclusões, fundadas em longo trabalho de pesquisa desenvolvido ao longo da obra.
- 34 Ibid., p. 159 e ainda n. 30, p. 61 e segs., quanto às finalidades (escopos) do processo administrativo.

- 35 Do direito de defesa em inquérito administrativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 81.
- 36 Do direito de defesa... op. cit., n. 2, 2.1. e 2.2, p. 84-85.
- 37 NERY JÚNIOR, op. Cit., p. 1.424, nota n. 4.

Artigo recebido em: 07/07/2010

Aprovado para publicação em: 22/07/2010