

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/01/2013

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit-ljb.diritto.it/docs/34544-tutela-anticipada-e-o-principio-do-contradit-rio>

Autori: Donner Rodrigues Queiroz, Camila Carrijo Rodovalho Rodrigues Martins

Tutela Antecipada e o Princípio do Contraditório

Tutela Antecipada e o Princípio do Contraditório

Donner Rodrigues Queiroz¹

Camila Carrijo Rodvalho Rodrigues Martins²

Resumo: O presente artigo terá por escopo apresentar, de maneira sucinta, porém, sistemática, a efetividade e importância do instituto denominado, no Direito Brasileiro, de Tutela Antecipada em contraposição a normas constitucionais, das quais destacaremos o Princípio do Contraditório.

Palavras chaves: Tutela Antecipada e Princípio do Contraditório.

Riassunto: Questo articolo presenta un ambito, succintamente, tuttavia, sistematicamente, l'efficacia e l'importanza dell'istituto denominato nella legge brasiliana di provvedimenti ingiuntivi contrari alle norme costituzionali, che mettono in luce il principio di contraddittorio.

Parole chiave: Un provvedimento ingiuntivo e principio di contraddittorio.

O presente trabalho debruçará, sobretudo, na controvérsia referente à ofensa do instituto da Tutela Antecipada ao Princípio do Contraditório.

Todavia, antes de adentrarmos ao tema, nota-se importante elucidar que, no Brasil, em tempos longínquos, vigorava a ordem de ideais particulares frente ao Estado. À época, os conflitos resolviam-se pelo que a doutrina conceituou como autotutela. Seguindo o tempo e evoluindo-se a mentalidade social, surgiu a autocomposição, em que a renúncia à pretensão, seja parcial ou plena, e a transação, passaram a compor o ordenamento social.

No entanto, decorridos outros anos, o Estado, por meio de normas tácitas, tomou para si a resolução dos conflitos sociais, resvalando-se, porém, na ineficiência evidente nos tempos atuais. Referida ineficácia, com a progressão dos conflitos e diversos fatores “políticos/econômicos”, culminou em um Poder

¹ Graduado em Direito e Licenciado em Letras e Linguística pela Universidade Federal de Uberlândia-MG. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia-MG. Assessor de Juiz do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

² Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo de Uberlândia-MG (UNITRI). Oficial Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Judiciário aquém dos anseios sociais, necessitando, portanto, de entremeios para atenuar a incapacidade estatal.

Surge, então, dentro deste sistema normativo, a Tutela Antecipada, que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Passa-se, então, a permitir ao julgador antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela jurisdicional pretendida na peça de ingresso (ZAVASCKI, 1997), desde que houvesse requerimento expresso da parte postulante.

Considerando a histórica e inafastável demora do provimento jurisdicional proferido após a apreciação exauriente da matéria posta em Juízo, percebia-se que o longo trajeto a ser traçado pelo autor de determinada demanda representava verdadeiro prêmio para o réu que, usando de meios legais postos à sua disposição, dificultava a prolação da decisão definitiva, prejudicando, por conseqüência, o postulante (MARINONI, 1998). Tal fato, por si só, mas, não apenas, possibilitou a criação da tutela antecipada que, por seu turno, é concedida mediante apreciação sumária pelo magistrado, caracterizando-se como decisão provisória. Inobstante não constar na disposição do artigo 273, do Código de Processo Civil brasileiro, por construção doutrinária e jurisprudencial, insta observar que é, também, admitida a concessão da tutela antecipada na ocasião da prolação da sentença.

Assim, consoante ensinamento de Humberto Theodoro, o instituto da Tutela Antecipada pode ser conceituado como o “poder/dever conferido ao Juiz de antecipar a proteção jurisdicional invocada pela parte, de modo que o comando que seria proferido ao final do processo poderá ser concedido antes da sentença, desde que preenchidos os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, sendo, então, direito subjetivo processual da parte e não faculdade ou mero poder discricionário do Juiz.” (THEODORO JÚNIOR, 2001)

O emérito doutrinador, Alexandre Câmara, por sua vez, defende que a “satisfação antecipada do direito alegado em virtude do *periculum in mora* apresenta-se como remédio processual para evitar o perecimento do próprio direito reclamado em Juízo, evitando o iminente dano irreparável ou de difícil reparação”. (FREITAS CÂMARA, 2003)

Para elucidar referidos conceitos, verifica-se importante citar, infelizmente, caso rotineiro na sociedade brasileira, em que o jurisdicionado, encontrando-se enfermo e não lhe é disponibilizado um leito na UTI de determinado hospital público, fato este que pode acarretar a sua morte. É lógico, ou pelo menos deveria ser, que ao propor uma demanda para que o Estado providencie um leito na UTI de qualquer hospital, o autor não poderá esperar a sentença ao cabo do processo, sob pena de ter seu direito constitucional à vida perecido, ou seja, respeitando-se todo o sistema processual e, especificamente o contraditório a ser estabelecido em determinado processo, de nada adiantará uma sentença procedente, visto que, provavelmente, decorrido longo tempo do trâmite processual, não mais se disporá do próprio direito.

Entretanto, deve-se ressaltar que a antecipação de tutela escorada no perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, encontra-se calcada, em síntese, na efetividade e celeridade do processo, devendo-se a circunstância de perigo ser concreta, pois, conforme Zavascki, “não estando o perigo no mundo dos fatos, jamais se encontrará presente o requisito exposto no art. 273, I do CPC”. (ZAVASCKI, 1997)

Uma análise superficial da tutela antecipada poderá, no entanto, levar ao entendimento de que tal instituto contradiz alguns princípios referidos na Constituição da República Federativa do Brasil (CF), especialmente, o contraditório e a ampla defesa, uma vez que, por meio de apreciação sumária, se antecipará os efeitos da tutela jurisdicional, sem a oitiva da parte contrária.

Todavia, tal posicionamento não deve prevalecer, pois, algumas garantias fundamentais, nem sempre, são absolutas e, com frequência, chocam-se com outros direitos fundamentais, devendo-se buscar estabilização das normas.

O contraditório, em meio a tantos outros, é um Princípio processual constitucional. A maioria desses princípios encontra-se no artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, demonstrando, assim, sua importância dentro do ordenamento jurídico.

Os princípios constituem fontes primordiais para qualquer ramo científico, influenciando, tanto na formação, quanto na aplicação de determinada ciência.

Desse modo, a ciência jurídica orienta e estrutura-se, dentre outros objetos, também por princípios. No que toca ao Direito do Processo Civil não seria diferente, uma vez que os princípios estão presentes naqueles dois instantes, quais sejam; na formação e na aplicação de suas normas.

O ilustre educador Reale (1991) ensina que “toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica na existência de princípios”.

Para não estender demasiadamente, atente-se, especificadamente, ao contraditório, que, em linguagem simples, significa tudo aquilo que está em debate, que não é pacífico ou unânime, tudo que traz discórdia intrínseca consigo.

No processo, o contraditório inicia-se com a bilateralidade da relação processual, ainda que possa haver mais do que dois focos de interesse na demanda.

Essa multiplicidade de interesses é, por óbvio, anterior ao processo. Trazidas à arena processual, as partes buscarão, por meio dos instrumentos que a lei lhes determinar, provar a supremacia de sua pretensão em oposição à parte contrária (e desfrutar do bônus dessa prova). Dentro do processo, as partes produzirão seu embate na disputa por um bem jurídico específico, com regras e instrumentos predeterminados. Esse combate será assistido, fomentado e regido por um magistrado que, ao final, declarará o vencedor.

Postas as questões anteriores, deve-se ter em mente que a tutela antecipada possibilita, em suma, pleitear, dentro dos ditames específicos dessa norma, o próprio bem da vida objeto do processo, antes, porém, de exaurida a cognição. Para tanto, considerar-se-á, apenas, na acepção da norma, a verossimilhança da alegação na peça de ingresso.

PAULO AFONSO BRUM VAZ, acerca do assunto, ensina que:

"À análise da verossimilhança, que corresponde a um juízo de probabilidade, calcado em cognição sumária, importam duas operações. Num primeiro momento, faz-se um juízo de probabilidade quanto à situação fática refletida na inicial. Positivo este juízo, porque os fatos aparentemente são verossímeis, impõe-se verificar se as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor são também plausíveis, vale dizer, se a tese jurídica contida na inicial é provida de relevância, tem respaldo na ordem jurídica. "Esta aparência verossímil deve apresentar-se de forma inequívoca, ou seja, revestida de contornos tais que permitam ao juiz um convencimento razoável. Deve-se lembrar, no entanto, que não se exige um convencimento pleno, pois a certeza é apanágio da verdade real

(utópica), não de mera probabilidade. "A contradição entre as expressões prova inequívoca e verossimilhança (a prova inequívoca transmite muito mais do que a idéia de verossimilhança) é só aparente. Quis o legislador reforçar a necessidade de se contar com algo mais do que mera fumaça do bom direito, contraindicando o provimento antecipado quando a prova apresentada se revela equívoca. Verossimilhança e prova inequívoca são conceitos que se completam exatamente para sinalizar que a tutela somente pode ser antecipada na hipótese de juízo de máxima probabilidade, a quase certeza, mesmo que de caráter provisório, evidenciada por suporte fático revelador de razões irretorquíveis de convencimento judicial." (PAULO AFONSO, 2002)

Todavia, dizer que a cognição não foi exaurida significa, tão somente, que o contraditório não foi esgotado, mas, mesmo assim, a tutela pleiteada, *ab initio*, será concedida. Trata-se, assim, em primeira e abstrata análise, de situação de potencial infringência ao contraditório.

Aliás, a situação não só envolve o contraditório, mas coloca em destaque dois valores que, pela própria natureza do processo, costumam, freqüentemente, se opor: efetividade e segurança. Por segurança entenda-se a segurança da decisão, isto é, até que ponto ela é baseada na verdade, na realidade dos fatos, e em qual medida essa decisão é justa.

Porém, verifica-se que não caberá, aqui, dissertar sobre conceitos de justiça, ou, sequer, questionar o que faz com que determinada decisão judicial seja justa ou injusta. No entanto, insta observar que justiça e verdade são inseparáveis e, por assim ser, uma decisão que não esteja baseada na verdade dos fatos só será justa por acaso e com muita sorte do magistrado. Corolário lógico, portanto, a relação entre contraditório e segurança, uma vez que aquele revela-se como elemento precioso na descoberta da verdade, e, ao mesmo tempo, exigência básica para se atingir uma decisão justa.

Diante do exposto, Humberto Theodoro Júnior elucida a questão de forma objetiva e com bastante propriedade:

É claro que o princípio do contraditório não existe sozinho, mas em função da garantia básica da tutela jurisdicional. Logo, se dentro do padrão normal o contraditório irá anular a efetividade da jurisdição, impõe-se alguma medida de ordem prática para que a tutela jurisdicional atinja, com prioridade, sua tarefa de fazer justiça a quem merece. (THEODORO JÚNIOR, 2001)

Por isso, num ordenamento no qual a única preocupação fosse a segurança das decisões, as manifestações das partes teriam tal destaque que a efetividade ficaria comprometida. Da mesma forma, um ordenamento legal exageradamente focado na efetividade revelaria descaso com a segurança das decisões e, por conseqüência, permitiria julgamentos precipitados e/ou injustos, caso fossem regra.

Chega-se então ao ponto de destaque do instituto da tutela antecipada, na medida em que a legislação brasileira há muito relega a efetividade para segundo plano e almeja alterar o panorama de demora interminável dos processos de procedimento comum, particularmente do ordinário; cumprindo questionar, assim, se a incessante busca de efetividade não se confirmou à custa da justiça ou da legitimidade das decisões, na medida em que parece transgredir o contraditório.

Nery Júnior (1996) articula que, na tutela antecipada, como em qualquer provimento de caráter liminar, existiria “limitação imanente” à bilateralidade da audiência; limitação não quanto à intensidade, mas tão-só no que toca ao momento de seu exercício, o que tornaria legítima a limitação.

Cintra, Grinover & Dinamarco (2001) esclarecem, contudo, que o contraditório não admite exceção nenhuma e que, por conta disso, mesmo nos casos de urgência, “o demandado poderá desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo”.

Neste ponto, revela-se, portanto, a necessidade de equilíbrio entre os institutos em análise, pois o contraditório não é excluído pela antecipação de tutela, mas, apenas, contido para exercício em momento posterior, visando, de fato, atingir aos ideais pragmáticos de justiça. A antecipação da tutela, ao invés de obstar o Princípio do Contraditório, revela-se como mero instrumento de aprimoramento deste último.

A demora processual representa verdadeira desigualdade de armas. A própria situação fática já nasce desigual e reflete essa disparidade dentro do processo. Assim, supondo-se que autor tenha razão na tese posta em Juízo, sem a hipótese da tutela antecipada não existiria igualdade de armas, pois o ônus da dissonância intrínseca da situação fática e a posterior desigualdade quanto ao tempo do transcurso processual implicam, de plano, em vantagens desleais para o

réu. Contudo, a tutela antecipada, alterando o fardo do tempo no processo, e também a própria posse do bem da vida durante o decorrer da lide, visa corrigir a ambos, se o autor, observando os preceitos da norma, demonstrar o seu direito.

Essa forma de tutela permite, portanto, corrigir, quando for o caso, a situação de vantagem intrínseca que o réu tem quando nasce a lide. Ele já a inicia de posse do bem da vida; porém, se o autor conseguir satisfazer os requisitos legais, essa vantagem poderá ser alterada, revelando-se, assim, como instrumento de efetiva aplicação de justiça.

Em face do exposto e no intuito de certificar que a antecipação da tutela não fere o princípio do contraditório, há que se ressaltar que o provimento que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional pode vir, inclusive, por meio de decisão devidamente fundamentada, a ser modificado ou revogado a qualquer tempo, nos termos do §4º, do art. 273, do Código de Processo Civil brasileiro.

A concessão da medida antecipatória, ao contrário do que é defendido por alguns doutrinadores, não constitui decisão discricionária do Juiz, pois se vincula à existência dos pressupostos autorizadores, como também a revogação ou modificação da medida só deverá ser decretada, caso as condições que autorizaram a antecipação dos efeitos da tutela não mais subsistirem.

Destarte, o entendimento de que a tutela antecipada transgredir princípios constitucionais não deverá prosperar, já que referido instituto possibilitará, somente, mesmo em caráter provisório, maior celeridade ao provimento jurisdicional e, em consequência, atingirá, de fato, o Princípio da efetividade da tutela jurisdicional, e possibilitará, assim, serenar a ineficiência Estatal na resolução dos conflitos sociais.

JURISPRUDÊNCIA:

Ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA POR VIOLAÇÃO DE DESENHO INDUSTRIAL. TUTELA ANTECIPADA. APRECIÇÃO DO PEDIDO ANTES DA FORMAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA EM SEDE DE 2ª INSTÂNCIA. VIOLAÇÃO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. VOTO VENCIDO. A apreciação imediata da tutela antecipada não ofende o princípio do contraditório. O efeito devolutivo do agravo de instrumento é restrito, e, salvo situações excepcionais, não é lícito conceder a tutela antecipada em sede de 2º grau, especialmente quando o tema foi diferido na decisão

recorrida. Agravo provido. V.V.: Não há irregularidade na decisão agravada, em postergar a apreciação do pedido de tutela antecipada, para quando do oferecimento da contestação, ou do decurso do seu prazo. Súmula: DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL. (Des. Roberto Borges de Oliveira) (TJMG, 1.0024.06.029857-7/001(1), Rel. Des. Alberto Vilas Boas, Publicação 06/10/2006)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - APRECIÇÃO APÓS O ESTABELECIMENTO DO CONTRADITÓRIO - FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL - NECESSIDADE DE ANÁLISE IMEDIATA - PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. O instituto da tutela antecipada, previsto no art. 273, do CPC, visa garantir a efetividade da tutela jurisdicional com a antecipação dos seus efeitos. Contudo, a lei não fixou o momento adequado para a antecipação de tutela. Assim, poderá o juiz apreciar a mesma antes ou depois da citação do réu, conforme sua maior ou menos urgência. Mostra-se prudente, entretanto, que seja realizada a análise da tutela antecipada, in limine litis, tão logo a parte requeira, desde que presente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Em tais circunstâncias, o juiz deverá apreciar, de imediato, o pedido liminar, verificando a presença dos demais requisitos para a sua concessão, quais sejam: a prova inequívoca do direito, que leve ao seu convencimento sobre a verossimilhança das alegações. Súmula: DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. (TJMG, 1.0024.07.452604-7/001(1), Rel. Des. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA, Publicação 25/05/2007)

Referências bibliográficas

1. BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro.**

2. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
3. CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.57.
4. FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lição de Direito Processual Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. V.1. p.459.
5. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.21.
6. NERY JÚNIOR, N. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 145.
7. REALE, M. **Lições preliminares de Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 299.
8. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Processo Civil**. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. II. p.552, 554, 556 e 559.
9. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.46, 77 e 97.
10. VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada - Doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 136/137.