

INQUÉRITO CIVIL: CONTRADITÓRIO E “PROVA INEQUÍVOCA” PARA FINS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

THE CIVIL INQUIRY: CONTRADICTIONARY AND “UNEQUIVOCAL PROOF” FOR LEGAL PROTECTION

Ada Pellegrini Grinover*

1 Antecipação de tutela

1.1 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, entre 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, dedicou-se 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 cau-

* Professora Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; adapell@brasil.com.br

telar 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.” 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 pericimento 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.*²

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 *contra-dictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar.³

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.*”⁴

¹ Marinoni (1994, p. 54, grifo nosso). Após o advento da Reforma, o mesmo autor reafirmou a distinção (cfr. A antecipação da tutela na reforma do processo civil, 1996).

² Dinamarco (1996).

³ Nery Júnior (1996, p. 66, grifo nosso).

⁴ Teixeira (1996, p. 197, grifo nosso).

Cumprir 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 divisou 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 a tutela do processo principal.*”⁵ Isso, de resto, é amplamente ratificado pela aplicação subsidiária do CPC à disciplina da ação civil pública (Lei 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, parágrafo 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 fundado o demandante (art. 273, “*caput*”, do CPC).

Convém examinar, separadamente, cada um desses aspectos.

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

O limite imposto pelo parágrafo 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 Dinamarco, 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 preser-

⁵ Figueiredo (1995, 340, grifo nosso).

*var os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva.*⁶

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.*⁷

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.”⁸

Assim também fala Calmon de Passos, 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 ressarcimento.⁹

⁶ Dinamarco (1996, p. 148, grifo nosso).

⁷ Bermudes (1996, p. 29-30, grifo nosso).

⁸ Santos (1996, p. 29, grifo nosso).

⁹ Passos (1996, p. 34, grifo nosso).

É certo que expressivas vozes doutrinárias têm interpretado o dispositivo legal (art. 273, parágrafo 2º) de sorte a abrandar a restrição: fala-se na necessidade de sua interpretação “cum grano salis”¹⁰ e também se recorre ao “princípio da proporcionalidade”,¹¹ 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.

1.3 O requisito da “prova inequívoca”

Mesmo que 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.¹²

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. 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.¹³ 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.

E conclui:

¹⁰ Assim expressamente Teixeira (1996, p. 498) e Alvim (1995, p. 119).

¹¹ Por todos, confira-se Marinoni (1996, p. 80 ss.).

¹² Theodoro Júnior (1996, p. 368, grifo nosso).

¹³ Dinamarco (1996, p. 145).

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*.¹⁴

Quanto a esse requisito (“prova inequívoca”), considerando inclusive o contexto da consulta, 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 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*.”¹⁵

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*.¹⁶

Esse aspecto conduz àquele outro, que diz com a *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.” 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.”¹⁷

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

¹⁴ Santos (1996, p. 30-31, grifo nosso).

¹⁵ Dinamarco (1996, p. 147, grifo nosso).

¹⁶ Nery Júnior (1996, grifo nosso).

¹⁷ Calmon de Passos (1996, p. 12, 26, grifo nosso).

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 des-cuidar das atividades instrutórias inerentes à indispensável cog-nição sumária*. A probabilidade exigida pela lei ao falar em prova inequívoca significa que até a algum grau de investigações o juiz deve chegar.¹⁸

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 conjun-to, extrair a conclusão*.¹⁹

Do quanto exposto, é possível afirmar que a “*prova inequívoca*” que *autori-za a antecipação da tutela não está configurada – tanto mais quando apta a gerar importantíssimas repercussões na vida e patrimônio do demandado – quando a for-mação 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 inqu-érito civil, não presidido pelo contraditório e, portanto, sem qualquer intervenção ou contribuição do demandado, seria apta a configurar “prova inequívoca”, a en-sejar a antecipação de tutela. É disso que se passa a tratar.

2 Inquérito civil e contraditório

2.1 Procedimento probatório e devido processo legal: o contradi-tório 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, inciso LIV), vista – como já tive oportunidade de afirmar – não apenas sob o enfoque individu-alista da tutela de direitos subjetivos das partes, mas, sobretudo, como conjunto de garantias objetivas do próprio processo, como fator legitimante do exercício

¹⁸ Dinamarco (1996, p. 146, grifo nosso).

¹⁹ Santos (1996, p. 31, grifo nosso).

da jurisdição.²⁰ 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.²¹

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*.²²

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*.²³

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.²⁴ Tomo a liberdade de voltar a invocar minha anterior manifestação:

²⁰ Dinamarco (1996, p. 82 ss.).

²¹ Sobre o tema, merece destaque a obra de Medauar (1993, *passim*).

²² Prova emprestada. In: O processo em evolução, p. 54, grifo nosso.

²³ Medauar (1987, p. 407, grifo nosso).

²⁴ Nesse sentido meu trabalho, Grinover (1990, p. 22-25).

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.*²⁵

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.

2.2 A prova no âmbito administrativo e particularmente no inquérito civil

Muito 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 daquele vinculada à função jurisdicional, *admitida, assim, a processualidade no âmbito da Administração Pública.*” 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).²⁶

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,²⁷ pois num e noutro regula-se 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*

²⁵ Grinover (1990, p. 24, grifo nosso).

²⁶ Medauar (1993, p. 159, grifo nosso) de onde foram extraídas apenas as conclusões, fundadas em longo trabalho de pesquisa, desenvolvido ao longo da obra.

²⁷ Medauar (1993, p. 159, grifo nosso). Quanto às finalidades (escopos) do processo administrativo ver p. 60 e ss.

imposição de pena.”²⁸ A Constituição de 1988, 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.*²⁹

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 o mesmo submetido à cláusula do devido processo legal e respectivos desdobramentos. Cumpre determinar, apenas, se essas mesmas considerações aplicam-se 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 anteriormente mencionada. E, conforme anteriormente ressaltado, a exigência do contraditório, aí, não significa apenas que a parte possa se defender em relação às provas contra ela apresentadas; exige-se que o interessado seja posto em condições de participar, assistindo à produção das provas *enquanto ela se desenvolve*.

A posição encontra eco na doutrina nacional. Nesse sentido, Nelson Nery Júnior afirma ser “salutar que o MP *faculte aos interessados a possibilidade de*

²⁸ Do direito de defesa em inquérito administrativo. In: *O processo em evolução*, op. Cit., p. 81, grifo nosso.

²⁹ Do direito de defesa cit., n. 2, 2.1. e 2.2, p. 84-85, grifo nosso.

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.³⁰

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 28.07.95), 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.” (grifo nosso).

3 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, é lícito concluir, conforme já se houvera adiantado supra (“A”, III), 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 (teste 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: PAULLA, Adriano Perácio de et al. *CPC Modificações*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

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

CALMON DE PASSOS, J. J. *Inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Consultor, 1996.

³⁰ Nery Júnior (1996, p. 1424, grifo nosso).

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

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

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

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

_____. A tutela antecipatória não é tutela cautelar. In: *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994.

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

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

NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SANTOS, Ernane 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.

Recebido em 11 de agosto de 2011
Artigo convidado