

TUTELA ANTECIPADA E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Daiane Souza IMADA¹

RESUMO: O presente artigo tem como estudo o instituto da tutela antecipada, origem, conceito, requisitos e aplicabilidade, evidenciando sua constitucionalidade e efeitos frente aos princípios do contraditório e ampla defesa. A antecipação de tutela é um mecanismo muito utilizado no ambiente jurídico para a prestação da justiça e anseios do mundo moderno diante da morosidade processual, entretanto, sofre questionamentos em face ao direito constitucional da parte contrária de exercer o contraditório e ampla defesa, principalmente, quando concedida a antecipação da tutela *inaudita altera pars*, ou seja, sem a oitiva da parte contrária. Diante disso, o artigo estabelecerá de forma sucinta, o cabimento de tal medida e seus reflexos defronte os princípios do contraditório e ampla defesa.

Palavras-chave: Direito processual civil. Tutela antecipada. Contraditório e ampla defesa. Tutela jurisdicional. Tutela *inaudita altera parte*.

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito detentor de soberania e poder exerce através das esferas administrativa, legislativa e judiciária, o controle governamental em prol do bem estar social e da justiça. Ele visa assegurar a proteção aos cidadãos e a promoção do convívio harmonioso em sociedade, permitindo o acesso à justiça, e atribuindo a si, a responsabilidade pela resolução de todo e qualquer conflito.

As disposições para o convívio social, por várias vezes não são respeitadas e cabe ao poder judiciário, por meio do processo, prestar a tutela jurisdicional e conseqüentemente vedar e punir a autotutela. Assim, o monopólio da jurisdição pertence ao Estado que é o responsável em proporcionar um sistema jurídico com mecanismos que o torne eficaz e que atenda às demandas.

Entretanto, com o tempo, o número de conflitos aumenta e isso, aliado à burocratização e complexa estrutura do processo, mesmo que esta concorra para

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: daiane_imada@hotmail.com Bolsista do Programa de Iniciação Científica.

a segurança da solução conflituosa, acabam por provocar a morosidade e até ineficácia da prestação jurisdicional, já que a demora em conquistar o bem jurídico pode provocar irreparáveis prejuízos e até mesmo a inútil tutela tardia. Por isso, o Estado criou em 1994 com a Lei 8.952 o instituto da tutela antecipada que desde a sua criação até os dias atuais, com o seu aprimoramento, tornou-se um mecanismo colaborador na eficácia da tutela pretendida, seja na antecipação do direito pleiteado ou no resguardo e garantia da futura execução.

Ela representa um instrumento que propicia o acesso a uma ordem jurídica mais justa e compatível com a realidade, porque permite ao juiz deferir, desde que preenchidos determinados requisitos, um ou alguns dos pedidos formulados pelas partes. Com isso, a tutela antecipada pode ser considerada como uma forma de salvaguardar os direitos urgentes, evidentes e incontroversos, afinal, em muitas situações o sistema jurídico transforma-se num verdadeiro inimigo das partes litigantes, através da demora em proferir a sentença da lide.

No entanto, a antecipação dos efeitos da tutela provoca divergências em relação à possibilidade de ferir princípios constitucionais e, em destaque, ao princípio do contraditório e ampla defesa, pois, do ponto de vista da parte prejudicada com a concessão da tutela antecipada, é possível identificar um caráter inquisitivo, sobretudo na tutela concedida sem a oitiva da parte contrária.

Portanto, o estudo aborda um tema não só importante para o direito processual, mas principalmente para a prática da atividade forense, analisando desde a origem da tutela antecipada, sua introdução no Código Processual Brasileiro, requisitos e pressupostos até sua constitucionalidade frente a direitos assegurados às partes.

Enfim, a tutela antecipada com a intenção de conceder ampla eficiência ao processo, sem deixar de reconhecer e ponderar a importância dos princípios constitucionais, em especial, o contraditório e ampla defesa, é o objeto de estudo do presente trabalho que, baseando-se em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, objetiva discorrer sobre tal instituto como um mecanismo essencial para a conciliação da segurança jurídica com a efetividade do processo, bem como, relacionar a problemática de sua aplicabilidade frente ao contraditório e ampla defesa.

2 TUTELA ANTECIPADA

Quando há a necessidade de recorrer ao poder judiciário para atender alguma demanda, é correto afirmar que se busca um sistema eficaz e justo, capaz de promover a justiça desde o recebimento da tutela demandada até a decisão final. No entanto, todo o percurso para conquistar o bem litigado despende um elevado tempo, que parece se tornar cada vez maior quando a eficácia da justiça e do processo dele depende.

À vista disso, uma ideia de ineficiência, lentidão e conseqüente injustiça, impregnam sobre a sociedade tornando necessário o surgimento de institutos processuais para tentar amenizar esse mal. Dentre eles, a tutela antecipada.

2.1 Origem e Evolução do Instituto

A origem da antecipação de tutela remonta ao Direito Romano, exatamente ao período clássico de seu processo civil, através do chamado “interdicto”, detentor do poder de império para a solução dos litígios sem a participação das partes envolvidas. Ele se caracterizava como uma forma de tutela de urgência de cunho satisfativo e caráter provisório, baseado em juízo de verossimilhança e probabilidade, para a obtenção da pretensão inicial do autor de forma imediata. (CARMIGNANI, 2001, p. 05).

Também salienta Lima (2009, p. 59) em relação ao direito processual italiano:

Colhe-se do sistema processual italiano que, nada obstante a previsão de tutela antecipada para situações predeterminadas, tem-se caminhado para a existência da tutela antecipada genérica, capaz de abarcar os casos não previstos textualmente na legislação, sendo que, dependendo da hipótese versada, pode variar o grau da cognição (*fumus boni iuris*, ou profunda) exercida pelo magistrado, o qual não deve, no entanto, deixar de ponderar os interesses das partes em confronto. Oportuno ainda averbar como lembra Ada Pellegrini Grinover, que na tutela antecipada prevista no ordenamento italiano o contraditório geralmente (exceto no processo monitorio) é

necessário, muito embora seja admitido *inaudita altera parte*, quando se dá se forma diferida.

Assim, é possível reconhecer muita semelhança entre o direito processual brasileiro e o direito italiano, fruto do elevado préstimo que este direito desempenhou sobre a criação do instituto no Brasil.

O mesmo autor ainda lembra que no processo italiano a tutela antecipada pode ser deferida antes do ajuizamento do processo, bastando apenas o ajuizamento do processo de conhecimento. Assim, é possível uma decisão de caráter meritório em prol da efetividade do processo, ainda que seja necessário relativizar os princípios do contraditório e ampla defesa. (LIMA, 2009, p. 60).

Logo, o sistema italiano influenciou diretamente no ordenamento processual brasileiro, pois, era de suma importância a elaboração de instrumentos que evitassem a demora processual. Por isso, em 13 de dezembro de 1994, com a contribuição da reforma do Código de Processo Civil que já ocorria, o instituto foi introduzido pela Lei 8.952, conferindo uma nova redação aos artigos 273 e 461 do CPC, criticada pela doutrina da época como uma afronta ao princípio da igualdade.

Entretanto, de acordo com Melo (2010, p. 27):

[...] muito antes, ou seja, desde prístinos tempos, já eram proferidas decisões que antecipavam os efeitos da tutela, como no caso das liminares possessórias, das que concediam alimentos provisionais, ou ainda das liminares nas ações autônomas de busca e apreensão, entre outras.

Com o disposto, é possível perceber que a necessidade de um instituto que regulamentasse tal tutela, sempre existiu, e em determinados casos, já conferiam aos litigantes os efeitos da tutela.

No decurso do tempo ocorreram outras mudanças em relação a tutela antecipada. Em 2002, houve a alteração dos artigos 273 e 461 do CPC com a Lei 10.444 e em 2005 a Lei 11.232 trouxe as inovações dos artigos 466-B e 475-N do CPC. Tudo para aprimorar e regulamentar o instituto da tutela antecipada muito aplicada nos dias atuais.

2.2 Conceito e Natureza Jurídica

É perceptível que a criação da tutela antecipada decorre de uma preocupação em agilizar a justiça. Ela surgiu para atender situações em que não bastaria a garantia de uma futura realização do direito. Dispõe Melo (2010, p. 36) “tutela antecipada significa a proteção ou o amparo antes do tempo que lhe seria próprio”. Entretanto, a tutela concedida é apenas provisória e parece equivocado dizer sobre algo que lhe seria próprio vendo que a existência desse direito ainda será discutida. “Tal prática consistiria no prejulgamento, ou seja, no reconhecimento da procedência da pretensão antes do momento oportuno, em autêntica violação do direito do demandado de exercitar com plenitude sua defesa”. (VAZ, 2002, p. 72).

Nesse sentido, também bem discorre Paim (2012, p. 116):

Com a tutela antecipada, permite-se a concessão de uma tutela provisória que satisfaça o direito da parte. A tutela é provisória porque é limitada no tempo e precária, já que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, não estando sujeita a imutabilidade própria da coisa julgada. A mudança que gera a modificação ou revogação decorre de alteração dos fatos ou do estado da prova.

Assim, a tutela antecipada não pode ser considerada como um julgamento definitivo, pois ainda lhe será analisado o mérito sob a ótica de todos os procedimentos e princípios que devem ser respeitados, podendo inclusive ser revogada ou modificada como dispõe o § 4º do artigo 273 do CPC.

Em resumo, podemos afirmar que a antecipação de tutela, ou dos seus efeitos, não significa que a disputa sobre o bem jurídico esteja encerrada, ou que esteja o mesmo definitivamente alocado ao autor. Apenas entenda-se, usufruirá o autor deste bem jurídico, de forma provisória, enquanto permanecer o litígio, efetivando-se de completo apenas no momento da prolação de final decisão, em que seja declarado vencedor da demanda. (BUTTENBENDER, 1999, p. 27).

Para Doria (2003, p. 49) a antecipação de tutela “é o mecanismo processual da tutela de urgência através do qual se consegue obter a satisfação (antecipada) de um direito subjetivo reivindicado em determinado processo”. Essa satisfação é inclusive um ponto que diferencia a tutela antecipada da tutela cautelar, pois, esta não se destina a satisfazer uma pretensão de direito material, ela visa

assegurar o resultado prático do processo e a possibilidade da realização do direito tutelado. Confirma o entendimento Paim (2012, p. 118) “a tutela antecipada é utilizada para a própria satisfação do direito afirmado, enquanto que a cautelar é cabível para garantir uma futura certificação ou execução, e não para satisfazer o próprio direito”.

Também em relação à satisfação do direito é que caracteriza a natureza jurídica do instituto da antecipação de tutela, embora haja discórdia minoritária sobre o assunto, o professor Cândido Rangel Dinamarco (1995, p. 146) reforça tal posicionamento majoritário:

[...] 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.

Por isso, o intuito é conceder à parte requerente a fruição do próprio direito, ainda que provisoriamente, amenizando o peso do ônus da espera no processo. Dessa forma, como medida satisfativa, a tutela antecipada busca a eficácia do provimento jurisdicional.

Enfim, a tutela antecipada garante a uma das partes, a antecipação dos efeitos do bem da vida pretendido, parcialmente ou na sua totalidade, desde que atendidos alguns requisitos.

2.3 Requisitos

Como já foi mencionado, para que seja concedida a antecipação da tutela é necessária a presença de certos requisitos descritos no próprio artigo 273 do Código de Processo Civil:

Art. 273. 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:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Esses requisitos são classificados, de acordo com Bueno (2011, p. 34), em “necessários” que são: a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação e “cumulativo-alternativos” que são: o receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Mas, também ainda há outros dois requisitos que serão descritos a seguir e também norteiam a possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela.

Além disso, também está disposto, no caput do presente artigo, a necessidade de requerimento da parte para a antecipação dos efeitos da tutela, ou seja, a legitimidade para postular, que Lima (2009, p. 78) pronuncia “ é reconhecidamente claro que o promovente da ação possui sempre legitimidade para postular o pedido antecipatório, disto não tenho dúvidas. Resta saber quem mais pode figurar nesta qualidade”.

E sobre isso, Marinoni (2000, p. 126) declara:

Não há dúvida de que o autor ou o réu reconvinde podem requerer a tutela antecipada. [...] A reconvenção é autêntica ação do réu, admitida no processo instaurado pelo autor. O reconvinde faz pedido e requer tutela jurisdicional. Ora, se é assim, ou seja, se a reconvenção é a ação do réu, está o reconvinde autorizado a requerer a antecipação da tutela. Também nas ações dúplices é possível ao réu requerer a tutela antecipatória. O réu, nas ações dúplices, pode formular pedido na própria contestação, sem necessidade de reconvenção.

Dessa forma, mesmo que haja posicionamentos contrários à possibilidade do réu em requerer a liminar, é clara a permissão da parte em pedir o instituto, não só pelo fato deste ser partícipe da relação processual, mas também pelas garantias constitucionais de igualdade a acesso a justiça.

2.3.1 Prova Inequívoca e Verossimilhança da Alegação

Torna-se até clichê dizer, mas como o próprio nome lhe confere, a prova inequívoca é aquela que não está sujeita a equívoco, ou seja, aquela que não resta nenhuma dúvida. De acordo com Bueno (2011, p. 36) “o melhor entendimento

para prova inequívoca é o de tratar-se prova robusta, contundente, que dê, por si só, a maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato e de suas consequências jurídicas”.

Assim, com o disposto, entende-se que o julgador deva se sentir seguro de seu posicionamento em deferir a tutela antecipada através de uma prova forte em favor da parte que requeira.

Já a verossimilhança, segundo Melo (2010, p. 44) é a qualidade do que é verossímil, que tem aparência ou que é semelhante. É a qualidade da afirmação que se mostra real e verdadeira, a ponto de se tornar suficiente para que o magistrado chegue à conclusão de que a parte tem razão e, portanto, merece receber a tutela pleiteada.

Neste contexto, é interessante lembrar que quando o legislador instituiu o instituto da tutela antecipada, ele trabalhou com a concepção de que ela seria uma exceção ao percurso comum do processo, quando o magistrado concederia o bem da vida sem que antes houvesse uma sentença final transitado em julgado, com todo o exercício do contraditório e ampla defesa. Por isso, ele buscou ao máximo formar a convicção do julgador, no entanto, ele utilizou-se de elementos (requisitos) que se forem levados estritamente ao pé da letra, acabam por configurar uma verdadeira incoerência, afinal, para a prova inequívoca é preciso uma certeza irrefutável (que se o verdadeiramente fosse, não seria tutela provisória) enquanto que para a verossimilhança bastaria apenas indícios, probabilidades ou aparências.

Porém, sobre isso, há vários doutrinadores que defendem suas teses como explica Bueno (2011, p. 37):

O adjetivo inequívoca, portanto, relaciona-se ao substantivo “prova”; a “verossimilhança” é da “alegação”. Basta isso para afastar críticas comuns ao texto do art. 273 no sentido de que o legislador teria aproximado duas situações inconciliáveis entre si.

E como não cabe ao presente trabalho aprofundar sobre o assunto, bem coloca Paim (2012, p. 124) para finalizar o entendimento dos pressupostos indispensáveis para a concessão do instituto: “os requisitos precisam ser analisados de maneira a se complementarem, entendendo-se a prova inequívoca como uma prova robusta o suficiente para convencer o julgador da verossimilhança do direito alegado”.

2.3.2 Dano Irreparável ou de Difícil Reparação

Dentre os requisitos alternativos, que devem ser cumulados aos indispensáveis (prova inequívoca e verossimilhança da alegação), o dano irreparável ou de difícil reparação está relacionado ao caráter de urgência que deve estar presente para a concessão da tutela antecipada, pois, a ausência de provimento jurisdicional provocaria, fatalmente, prejuízo irreparável ou de difícil reparação.

Define Bueno (2011, p. 40):

[...] o dano irreparável ou de difícil reparação pode, com perfeição, ser assimilado a usual expressão latina *periculum in mora* [...] Essa perigo na demora da prestação jurisdicional deve ser prestada (e, para os fins presente, antecipada) como forma de evitar a perpetuação da lesão a direito ou como forma de imunizar a ameaça a direito do autor. Trata-se, inequivocadamente, de uma situação em que a tutela é antecipada como forma de debelar a urgência, sendo insuficiente a prática de atos que busquem meramente assegurar o resultado útil do processo, isto é, a futura prestação da tutela jurisdicional.

O mesmo autor ainda observa que para o deferimento da tutela, basta que a reparação seja difícil, e não, necessariamente no sentido estrito da palavra, irreparável, pois, neste caso, as situações de irreparabilidade norteiam a ideia de que ou se antecipa a tutela para a proteção de um direito, ou a tutela jurisdicional, no final, se tornará ineficaz.

Contudo, vale destacar que o receio de dano em se tornar uma difícil reparação é algo que se consubstancia através do princípio do livre convencimento do juízo que, de forma motivada, irá avaliar a possibilidade objetiva de sua ocorrência.

2.3.3 Abuso de Direito de Defesa ou Propósito Protelatório do Réu

Este também é um requisito alternativo, mas não de caráter de urgência e sim de evidência. Lima (2009, p. 99) afirma que neste pressuposto “o julgador estará diante de uma conduta maliciosa da parte ré, que justificará, por previsão legal (art. 273, inc. II do CPC), o deferimento antecipado do provimento,

independentemente da presença do receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Dessa forma, visa-se impedir que a parte contrária realize o exercício do direito de defesa através de características dolosas, praticadas de má-fé, ou que utilize o aparato jurisdicional com o objetivo de retardar o provimento judicial definitivo.

2.3.4 Tutela Antecipada do Pedido Incontroverso

Além dos requisitos já citados para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, a Lei 10.444/2002 acrescentou no §6º do artigo 273 CPC, mais uma hipótese de cabimento. “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Quanto a essa tutela Lima, (2009, p. 105) explica:

A hipótese de antecipação de tutela em estudo tem cabimento quando um dos pedidos, ou existindo apenas um pedido, parte dele, tenha se tornado no decorrer do processo incontroverso, ou não passível de discussão, de modo que o magistrado não necessita aguardar o desfecho das demais questões, essas sim ainda controvertidas, para proferir a decisão que habilite a parte interessada a de logo usufruí-la.

Por isso, a finalidade de antecipar a tutela quando o pedido for incontroverso é para evitar o atraso da prestação jurisdicional de um direito evidente que por procedimentos meramente processuais, não o recebe. Pedido incontroverso de acordo com Bueno (2011, p. 114) é aquele que não depende de prova complementar, pois a incontrovérsia de um ou mais dos pedidos dispensa a parte contrária do ônus da prova.

2.3.5 Irreversibilidade do Provimento Antecipado

Depois de tratar sobre os requisitos para a concessão da tutela, encontra-se um ultimo requisito, considerado como negativo porque para que seja deferida a tutela antecipada é necessário que este pressuposto não esteja presente, afinal, o instituto corresponde a uma tutela provisória que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

A irreversibilidade está prevista no § 2º do 273 CPC “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Lima (2009, p. 122) orienta:

[...] a irreversibilidade a que alude o § 2º, do art. 273, CPC, não é do provimento, já que este pode ser revogado a qualquer tempo (*ex vi* do § 4º, do art. 273), mas sim dos efeitos práticos da decisão de cunho provisório, que não devem ser possíveis de retorno ao *status quo ante*.

Contudo, é se suma importância o que relata Paim (2012, p. 134):

A vedação à antecipação dos efeitos da tutela irreversíveis deve ser relativizada, sob pena de inviabilizar o próprio instituto. Sempre que houver um confronto entre o risco de dano irreparável ao direito do autor e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o juiz formular a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto.

Enfim, é preciso ponderar o mais grave, a recusa ou a concessão, pois a irreversibilidade no seu sentido literal levaria à conclusão de que nada poderia ser antecipado. Assim, cabe ao julgador formular o seu embasamento a partir do princípio da proporcionalidade com o trinômio: necessidade, adequação e proporcionalidade.

3 OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A nossa Constituição Federal confere vários princípios constitucionais que são alicerces do ordenamento jurídico. Eles norteiam o campo jurídico para

assegurar a todos, as garantias fundamentais. Dentre estes princípios encontram-se o contraditório e a ampla defesa consagrados no artigo 5º, LV da CF :

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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;

Por conseguinte, o contraditório e a ampla defesa são normas princípios assegurados aos litigantes e que merecem observância na realização de qualquer processo. Mesmo dispostos num único inciso, o contraditório e a ampla defesa são princípios diferentes como demonstra Mesquita (2003, p. 177):

[...] o contraditório manifesta-se mecanicamente através da fórmula informação-reação, utilizando-se dos mecanismos de comunicação processual (citações e intimações), mas a qualidade da reação, sua amplitude, sua forma e teor, são regulados pela ampla defesa [...] que se mantém distinta daquele também por sua capacidade de dar sofisticação à reação.

Nesse jaez, o mesmo autor define ampla defesa como o “asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário”. Assim, ampla defesa também abarca, dentre outros elementos, a defesa técnica no processo, igualando as partes e evitando o desequilíbrio processual que é um possível gerador de desigualdades e injustiças.

Já o contraditório é o direito que tem o indivíduo de tomar conhecimento e contraditar tudo o que é levado pela parte adversa ao processo.

O princípio do contraditório integra o próprio princípio do devido processo legal, visto sob a perspectiva de um devido processo legal procedimental, e possui, como forte característica, a igualdade das partes, conferindo-lhes direitos e deveres de maneira paritária. (PAIM, 2012, p. 88).

O autor também reforça que o princípio do contraditório “protege tanto o direito de ação quanto o direito de defesa, assegurando ao autor o direito de deduzir sua ação em juízo, alegando e provando seu direito, e ao réu, o direito de ser informado sobre todo o conteúdo do processo”.

Por isso, é a partir dessa efetiva participação dos interessados no processo, com o exercício do contraditório e ampla defesa, que se confirma a legitimidade do Estado em realizar seu poder jurisdicional, assim como se concretizar uma ordem jurídica justa.

Todavia, há situações em que o risco de perecimento do direito em questão é iminente, requisitando a utilização do instituto da tutela antecipada para evitar prejuízos ou até garantir uma tutela jurisdicional justa. E são nesses casos de tutela de urgência que surgem discussões a respeito da prevalência ou não do contraditório e ampla defesa e se o instituto não configura uma afronta a tais garantias constitucionais.

4 A TUTELA ANTECIPADA E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Em uma análise acerca da tutela antecipada na Constituição Federal de 1988, percebe-se que existem princípios que dão apoio constitucional ao instituto, como demonstra Melo (2010, p. 34):

A tutela antecipada encontra respaldo constitucional no artigo 5º não só no inciso XXXV, que prevê o acesso à justiça, como também no inciso LIV, que garante o devido processo legal e, finalmente, no inciso LXXVIII, que assegura a todos a razoável duração do processo judicial e administrativo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

Além disso, também há suporte legal para a tutela, no artigo 5º inciso XXXV com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou proteção judiciária, onde o Estado ao ter o monopólio da jurisdição, torna-se o responsável em assegurar a tutela jurisdicional e a eficácia da administração da justiça. Dessa forma, com todo o apresentado é impossível falar em inconstitucionalidade da liminar, sendo notória a importância e contribuição da tutela antecipada no exercício jurisdicional do Estado.

Entretanto, em muitas situações, frente à necessidade de uma prestação jurisdicional célere e eficaz, o juiz, no legítimo exercício de sua função, concede antecipada a tutela sem que haja a oitiva da parte contrária, a denominada *inaudita altera pars*, o que provoca dúvida quanto ao grau de prejuízo causado ao

réu, pois, este só teria o conhecimento da existência da ação quando já houvesse uma decisão favorável ao autor.

Mas afinal, se a demora na prestação jurisdicional pode fazer com que o direito da parte autora pereça, o deferimento da tutela de urgência sem a citação do réu e conseqüentemente sem o exercício do contraditório, também não pode gerar grandes prejuízos ao demandado? Sobre o tema, Bueno (2007, p. 68) dispõe: “Dito de forma bem simples: a tutela antecipada é instituto que, por definição, prestigia muito mais o autor do que o réu”.

Diante disso, não há um conflito de direitos? Qual seria a melhor maneira de conciliar as garantias constitucionais dos litigantes para que haja uma decisão mais justa? Lamentavelmente, o legislador não abordou tal situação nos dispositivos do ordenamento jurídico. À vista disso que, Vaz (2002, p. 122) dispõe:

Diante da colisão de princípios, já se disse, é preciso verificar qual dos princípios possui o maior peso diante das circunstâncias concretas. Avulta no que se convencionou chamar de *ponderação*, a importância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A razoabilidade, de um primeiro estágio, vai apontar qual o princípio deve ser privilegiado, com base na axiologia constitucional, ou seja, nos valores que a Constituição preza. A proporcionalidade, em uma segunda operação, vai atuar no sentido de evitar que a mitigação de um dos princípios imponha sacrifício de seu enunciado capaz de impedir a sua realização. Irá definir os critérios de delimitação da relação meio-fim, assegurando a restrição na exata medida do necessário e evitando excessos. Vai salvar o núcleo essencial do direito tutelado pelo princípio que sofre a intervenção.

Neste contexto, também é importante a lição de Nelson Nery Júnior (1997, p. 79) ao assinalar que:

Quando a natureza e a finalidade do provimento jurisdicional almejado, no superior interesse da justiça, ensejarem pedido de liminares em possessórias, MS, ações populares, ADin, cautelares, ACP, e tutela antecipatória (CPC 273), a efetiva concessão da liminar não configura ofensa, mas sim, limitação iminente do princípio do contraditório no processo civil brasileiro. Citado, o réu terá oportunidade de contestar e deduzir amplamente sua defesa. O adiamento da tutela de mérito ou de seus efeitos, tanto nas ações de conhecimento (CPC 273 e 461 § 3o), quanto nas ações do consumidor, é expressamente permitido (CDC 84 § 3o).

Dessa forma, não se pode alegar que a tutela antecipada não observa os princípios constitucionais, ou os fere, pois ela apenas posterga-os, é um contraditório diferido. O réu tem assegurada a oportunidade para apresentar defesa e reverter a situação a seu favor no decurso do processo.

Os direitos fundamentais embora sejam detentores da característica de imprescritibilidade, não são direitos absolutos, pois no ordenamento jurídico, como sistema que é, todos os direitos são limitados, por se encontrarem em relação próxima entre si e com os outros bens constitucionalmente protegidos.

Exatamente nesta esteira que há muito consagrou-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a concessão de medidas liminares *inaudita altera parte* não conflita nem vulnera o princípio do contraditório [...]. Ante a decisão definitiva, o contraditório há de estabelecer sempre *a priori*. Para viabilizar a decisão provisória, pode o contraditório efetivar-se *a posteriori*, vale dizer, sem a oitiva da parte contrária. Ainda que numa fase posterior, estará sempre franqueado a quem deve se submeter a seus efeitos o direito do pedido da revogação da decisão a ao recurso adequado. Daí concluir-se que, em realidade, diante de tais casos, não se suprime o contraditório, senão que ele é realizado ulteriormente à decisão que conceda a medida liminar. (VAZ, 2002, p. 123).

Enfim, na verdade, não há supressão do princípio, mas apenas o remanejamento da oportunidade de contraditar. A tutela antecipada sem oitiva da parte contrária configura a promoção da efetividade da jurisdição, sem comprometer o contraditório e ampla defesa, pois em sua essência, ela pode ser revogada a qualquer momento, inclusive, com a prática dos princípios constitucionais do demandado. Ratifica o entendimento o Des. Raymundo Cardoso:

NECESSIDADE DE JUSTIFICAR O JUSTO RECEIO OU RISCO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - A antecipação da tutela de mérito, concedida liminarmente e sem audiência da parte contrária, não configura violação do contraditório senão que seu deferimento para momento subsequente, justificado pela urgência na proteção do interesse jurídico ameaçado ou lesionado. É lícito ao Juiz, para antecipar a tutela de mérito, invocar como fundamento da decisão os elementos de convicção da petição inicial do autor e documentos a ela inclusos. À antecipação da tutela basta a verossimilhança do direito alegado, consubstanciada no juízo de possibilidade de acolhimento definitivo da pretensão, e que se extrai de cognição sumária, que não comporta pronunciamentos definitivos, pena de pré-julgamento da causa. A compreensão do que seja lesão grave e de difícil reparação, para que não se percam os objetivos do legislador de 1994, deve abranger a consideração de que como tal pode ser entendida a frustração da efetividade do provimento definitivo, o que, por si só, já autoriza antecipação da tutela de mérito.(ex vi TJRJ – 5.ª Câmara Civil; Agravo de Instrumento n.º 6.456/99-RJ; Rel. Des. Carlos Raymundo Cardoso; j. 14.09.1999).

Além disso, é de suma importância observar que a tutela *inaudita altera pars* só pode ser concedida se a citação do réu para oferecimento de resposta prejudicar a eficácia da medida, posto que ela é uma exceção, onde o exercício do contraditório e ampla defesa é a regra. A jurisprudência também confirma essa cognição (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2013):

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA – REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO – CONSIGNAÇÃO DE VALOR – INSCRIÇÃO DO DEVEDOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTES – ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DE TAXAS ABUSIVAS – Ausentes os requisitos previstos no artigo 273 e incisos do CPC, mormente a prova inequívoca capaz de formar o conhecimento do julgador acerca da verossimilhança das alegações deduzidas, não há que se antecipar os efeitos da tutela jurisdicional. Ademais, quando esta é pedida na forma *inaudita altera pars*, os elementos para convencimento do órgão jurisdicional devem ser apresentados com maior robustez, pois se trata de medida excepcional.

Portanto, a tutela antecipada somente será prestada após conhecimento ou oitiva do demandado e o exercício do contraditório e ampla defesa, salvo, nos casos excepcionais, em que é utilizada a *inaudita altera pars* e o contraditório e ampla defesa são assegurados, mas postergados. Dessa forma, consolida-se no nosso ordenamento processual a antecipação dos efeitos da tutela como um instrumento eficaz na propagação da tutela jurisdicional.

5 CONCLUSÃO

Infelizmente, é evidente que a demora na prestação jurisdicional é uma das maiores causas de insatisfação e descrédito de toda a sociedade em relação ao poder judiciário. O elevado percurso temporal em receber a tutela jurisdicional faz com que muitas pessoas se desestimulem na busca por seus direitos. Por isso, cabe ao Poder Judiciário utilizar-se de mecanismos que viabilizem o acesso a justiça e concilie a eficácia jurisdicional com a segurança jurídica. Como ficou constatado, a tutela antecipada é um deles.

Com todo o exposto, não há dúvidas de que a criação do instituto foi um avanço no plano jurídico em conceder, mesmo que de forma provisória e não definitiva, uma tutela jurídica mais rápida. Basta preencher os requisitos para sua concessão e ponderar princípios constitucionais, com a prevalência de uns sobre os outros, mas sem negar qualquer direito constitucionalmente garantido, que a tutela antecipada garantirá um progresso no sistema processualista, um verdadeiro remédio para morosidade judiciária que refletirá na eficácia da prestação jurisdicional.

No entanto, assim como a antecipação dos efeitos da tutela pode trazer benefícios para a sociedade, se erroneamente utilizada, ela também pode provocar resultados ilegítimos, injustos e deveras prejudiciais. Dessa forma, destaca-se a responsabilidade do julgador em analisar não só os pressupostos legais, mas igualmente se valer de princípios constitucionais, como a proporcionalidade e a razoabilidade para julgar e motivar sua decisão.

Além disso, também ficou evidente que a tutela antecipada segue orientação constitucional, não ferindo o direito do contraditório ou da ampla defesa, inclusive, nos casos excepcionais da tutela *inaudita altera pars*, onde tais direitos são apenas adiados.

Enfim, por meio de tudo o que foi apresentado, fica a convicção de que a criação da antecipação da tutela foi um avanço processual, afinal, ela é um instrumento que se associa perfeitamente com as garantias constitucionais contribuindo para a administração da justiça, porém, ainda há muito o que se fazer para alcançar a ampla efetividade e eficácia do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Casio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUTTENBENDER, Carlos Francisco. **A Antecipação dos Efeitos da Tutela Jurisdicional Pretendida**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A Origem Romana da Tutela Antecipada**. São Paulo: Ltr, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

DORIA, Rogéria Dotti. **A Tutela Antecipada em Relação à Parte Incontroversa da Demanda**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007.

FILHO, Manoel Antônio Teixeira. **Antecipação dos Efeitos da Tutela**. São Paulo: LTr, 1999.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Salvador: JusPodivm, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MELO, Maria Rita de Carvalho. **Aspectos Atuais da Tutela Antecipada**. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2006.

MESQUITA, Gil Ferreira. **Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

PAIM, Gustavo Boher. **Estabilização da Tutela Antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual de Tutela Antecipada: Doutrina e Jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.