

O garantismo pode ser classificado como doutrina filosófica, política e jurídica voltada à preservação dos direitos e garantias dos cidadãos, de modo a conferir efetividade às normas jurídicas mediante o equilíbrio na atuação do Estado e dos particulares.

A busca por um sistema normativo equânime, que vise a contemplar esses fundamentos, remete-nos a dúvidas maiores, partindo-se do fato de que as leis e sua respectiva aplicação se dão pela própria mão do Estado.

Como se vê, não se trata de mais um projeto voltado ao duelo entre publicismo e privatismo. O garantismo não é, necessariamente, sinônimo de uma dessas correntes. Também não se fala aqui, como já foi possível perceber, em garantismo como contraponto de ativismo.



# GARANTISMO PROCESSUAL

## Garantias constitucionais aplicadas ao processo

Coordenadores

José Roberto dos Santos Bedaque  
Lia Carolina Batista Cintra  
Elie Pierre Eid

**GARANTISMO  
PROCESSUAL**  
Garantias constitucionais  
aplicadas ao processo

*Folha  
de  
costa*

Autores

Adriano Camargo Gomes	José Roberto dos Santos Bedaque
Augusto Chizzini	Lia Carolina Batista Cintra
Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa	Lucas Britto Mejias
Elie Pierre Eid	Marcos Vinicius Pinto
Giovanni Bonato	Remo Caponi
Gustavo Badaró	Ricardo de Barros Leonel
Heitor Vitor Mendonça Sica	Ricardo de Carvalho Aprigliano
João Eberhardt Francisco	Silas Silva Santos



Brasília  
2016

## 2

# Tutela antecipada fundada na evidência no novo Código de Processo Civil

Lia Carolina Batista Cintra

### 1. A título de premissa: definição do objeto de estudo

O tema que será objeto de estudo no presente artigo é o da tutela antecipada fundada na evidência, uma das modalidades de tutela provisória prevista no novo Código de Processo Civil. Mais precisamente, busca-se examinar em que termos é constitucionalmente legítima a previsão legal de tutela antecipada fundada na evidência; afinal os avanços legislativos são desejáveis desde que não impliquem violação das garantias constitucionais do processo.

No grande – e em certa medida falacioso – duelo que a doutrina vem travando entre instrumentalidade e garantismo, a preocupação é quase que unicamente voltada à atuação do juiz diante do direito posto (e muitos debates giram exclusivamente em torno dos famigerados poderes instrutórios do juiz). Há, contudo, outro aspecto de grande relevância: antes de saber até onde pode ir o juiz, é necessário saber até onde pode ir a lei diante do sistema de garantias processuais-constitucionais. Ou ainda qual a interpretação constitucionalmente legítima que se pode dar à lei se várias se revelarem possíveis.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “o modelo constitucional do processo civil brasileiro é acentuadamente *garantístico*, no duplo sentido de que toda a vida do processo civil deve necessariamente ser permeada da mais estrita fidelidade aos princípios ditados na Constituição Federal; e de que o sistema processual inclui medidas de tutela específica destinadas à preservação das liberdades e dos valores da cidadania” (cf. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 186).

Optou-se pela utilização da nomenclatura “tutela antecipada fundada na evidência” em vez de simplesmente “tutela da evidência”,<sup>2</sup> uma vez que essa segunda expressão pode apresentar amplitude muito maior.<sup>3</sup> Exemplificativamente, poder-se-ia falar em tutela da evidência em sentido amplo para tratar da execução de títulos extrajudiciais, da tutela final no mandado de segurança, dentre outras hipóteses.

Fala-se aqui em evidência, portanto, somente como requisito alternativo à urgência para permitir a antecipação da tutela, tal como previsto no art. 273, inc. II e, para alguns, também no §6º, do Código de Processo Civil de 1973, além das hipóteses assim expressamente intituladas pelo novo Código de Processo Civil e previstas em seu art. 311.<sup>4</sup> Nessa medida, a tutela antecipada fundada na evidência não é uma novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, mas a sistematização dessa categoria em termos amplos e genéricos certamente o é.

Acrescente-se que parcela da doutrina reconhece também a existência, já no Código de Processo Civil de 1973, de algumas hipóteses típicas de tutela antecipada fundada na evidência, quais sejam a liminar possessória (CPC73, art. 928), a liminar dos embargos de terceiro (CPC73, art. 1.051) e a liminar da ação monitoria (CPC73, art. 1.102-B). Referidas hipóteses estão mantidas no Código de Processo Civil de 2015 nos artigos 562, 678 e 701, respectivamente. Nas duas primeiras hipóteses, contudo, parece não se estar diante de uma evidência pura, pois há um elemento de

- 2 Registre-se aqui, desde logo, que embora o legislador use, no novo Código de Processo Civil, a expressão “tutela da evidência”, o mais correto parece ser “tutela de evidência”. Ver, nesse sentido, BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*, p. 133. Também José Roberto dos Santos Bedaque utiliza a expressão “tutela de evidência” (cf., nesse sentido, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 363 e ss.).
- 3 Luiz Fux conceitua como evidente “o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria” (cf. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 311). Esse conceito de direito evidente aplica-se tanto àquele tutelável pela antecipação da tutela prevista no art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil de 1973 como a outros tuteláveis por procedimentos especiais, por exemplo. Partindo dessa mesma premissa, Daniel Penteadro de Castro, em recente tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo, propõe que se dê ao fenômeno ora estudado o nome de “tutela antecipada sem o requisito da urgência” (cf. *Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas*, p. 122).
- 4 Adianta-se que nem todas as hipóteses ali previstas parecem ser verdadeiras hipóteses de tutela antecipada fundada na evidência, mas isso será objeto de exame adiante.

urgência pressuposto pelo legislador.<sup>5</sup> Em relação à liminar monitoria, a mera oposição de embargos, independentemente do conteúdo, suspende a eficácia da decisão liminar (CPC73, art. 1.102-C, CPC2015, art. 702, §4º), de modo que ela não pode, nesse contexto, ser considerada verdadeira tutela do direito evidente do autor.<sup>6</sup>

Isso não quer dizer que não existam – ou que não possam existir – outras hipóteses de tutela antecipada fundada na evidência fora do Código de Processo Civil. Exemplos disso são o art. 3 do Decreto-lei n. 911/1969, que trata da liminar no procedimento que visa à busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, e o art. 59, §1º, da Lei n. 8.245/1991, que trata da liminar para despejo nas demandas relativas a locações de imóveis urbanos.

### 1.1 Exame da tutela concedida com base no art. 273, §6º do Código de Processo Civil de 1973: tutela antecipada fundada na evidência ou julgamento parcial de mérito?

É opinião unânime na doutrina aquela segundo a qual o art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil de 1973 prevê hipótese de tutela antecipada fundada na evidência. Não há, contudo, o menor grau de pacificidade quanto ao art. 273, §6º, do mesmo diploma.

Assim, antes de prosseguir é necessário um esclarecimento a respeito dessa previsão, que trata da incontrovérsia sobre um pedido ou sobre parcela de um pedido.<sup>7</sup> Embora parte da doutrina aponte esse dispositivo como exemplo de tutela antecipada fundada na evidência, há quem defenda que nesses casos só tem sentido falar em tutela antecipada de acordo com

- 5 Especificamente em relação à liminar possessória – e estendendo a conclusão aos alimentos provisórios – Leonardo Greco também reconhece a presença da urgência (cf. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015*, p. 321). Anote-se que também no tocante ao art. 7 da Lei n. 8.429/92, apontado por alguns como exemplo de tutela de evidência, entendeu o STJ que o *periculum in mora* está implícito no comando legal (cf. STJ, 1 Seção, REsp n. 1.366.721/BA, rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes, j. 26 fev. 2014, DJe 19 set. 2014).
- 6 Anote-se que o novo Código de Processo Civil, diferentemente do Código de 1973, prevê que essa suspensão dura apenas até o julgamento de primeiro grau. Assim, se a decisão for de procedência, a apelação não terá efeito suspensivo automático.
- 7 Saliente-se que embora não conste expressamente do texto legal, é evidente que a norma também é aplicável aos casos de parte de pedido único decomponível (cf., nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 362).

critério exclusivamente temporal, ou seja, tutela concedida em momento anterior ao do encerramento da fase cognitiva.<sup>8</sup> Mas não seria possível falar em tutela antecipada pretendendo atribuir-lhe as características que lhe são peculiares: sumariade da cognição e provisoriedade. A decisão, assim, seria baseada em convicção de verdade e não em convicção de verossimilhança.<sup>9</sup>

Prevalecendo esse segundo entendimento, o art. 273, §6º do Código de Processo Civil teria sido tacitamente revogado com a reforma promovida pela Lei n. 11.232/2005, pois com o novo conceito de sentença<sup>10</sup> – não sem alguma dificuldade no que diz respeito ao sistema recursal – passou-se a permitir, ainda que implicitamente, o fracionamento do julgamento de mérito.

Partindo dessa premissa, Silas Dias de Oliveira Filho buscou preservar a utilidade do art. 273, §6º, do Código de Processo Civil, afirmando tratar-se de verdadeira técnica de antecipação dos efeitos da tutela.<sup>11</sup> Para ele, o julgamento fundado na ausência de controvérsia por falta de impugnação é baseado em verossimilhança e não gera certeza jurídica, pois o exame da situação jurídica de direito material seria feito apenas com base nas

8 É esse o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, para quem “a tutela antecipatória da parte incontroversa está longe de significar a *antecipação da tutela final*, representando, na verdade, a antecipação do *momento da concessão* da tutela final” (cf. *Antecipação da tutela*, p. 291). Ao tratar especificamente da evidência, afirma o autor que “*incontroverso* é o direito que se torna evidente no curso do processo, exigindo, em razão disso, *imediateza* tutela. É nesse sentido que se diz que o §6º é a base para a tutela dos *direitos evidentes*” (cf. *Antecipação da tutela*, p. 286). Registre-se, em sentido contrário, o posicionamento de Teori Albino Zavascki (cf. *Antecipação da tutela*, p. 106-104).

9 Cf. *Antecipação da tutela*, p. 284. No mesmo sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica afirma que especialmente após o advento da Lei n. 11.232/2005 não tem sentido sustentar que se trata de típica tutela antecipada (cf. *Preclusão processual civil*, p. 207). Confirma-se ainda o posicionamento de Daniel Mitidiero, para quem a única interpretação compatível com o direito fundamental a um processo com duração razoável é aquela que considera o julgamento fundado no art. 273, §6º, do Código de Processo Civil uma decisão definitiva (cf. *Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa*, p. 111-112).

10 O objetivo do legislador reformista não foi permitir o fracionamento do julgamento de mérito e sim evitar a necessidade de um novo processo para execução de sentença condenatória, criando assim a fase de cumprimento de sentença. No entanto, para atingir esse objetivo, passou a definir sentença pelo seu conteúdo e não mais pelo momento em que proferida a decisão, o que abriu portas para as sentenças interlocutórias.

11 Cf. *Julgamento fracionado do mérito e suas implicações no sistema recursal*, p. 135.

alegações do autor.<sup>12</sup> Acrescenta que o réu poderia perfeitamente produzir provas para afastar a presunção de veracidade que recai sobre as alegações do autor, uma vez que o exercício regular do contraditório não se esgota na fase postulatória.<sup>13</sup> Conclui o autor que esse posicionamento teria a vantagem de impedir o conflito lógico entre duas coisas julgadas que viriam a se formar em um mesmo processo no caso de haver fatos comuns a duas pretensões, uma contestada e outra não.<sup>14</sup>

Em sentido análogo, Bruno Silveira de Oliveira afirma que o âmbito de incidência dessa norma é justamente o das hipóteses em que há conexidade entre os capítulos da demanda; nesses casos, o juiz não poderia julgar antecipadamente para não violar a desejável harmonia das decisões e restaria, portanto, a alternativa da antecipação dos efeitos da tutela.<sup>15</sup>

Registre-se que José Roberto dos Santos Bedaque anota ter mudado de opinião em relação à natureza da decisão proferida com fundamento nesse dispositivo. Embora antes defendesse tratar-se de julgamento parcial de mérito, passou a entender que se trata na verdade de típica tutela antecipada, pois diante puramente da não contestação parcial pelo réu (o que equivaleria a uma revelia parcial), seria possível antecipar unicamente os efeitos para só então depois decidir efetivamente sobre a procedência ou improcedência do pedido.<sup>16</sup> Reconhece o processualista, contudo, que isso traria distorções para

12 Cf. *Julgamento fracionado do mérito e suas implicações no sistema recursal*, p. 141.

13 Cf. *Julgamento fracionado do mérito e suas implicações no sistema recursal*, p. 141-142. Vale acrescentar que para Silas Dias de Oliveira Filho, diversamente do que ocorre em caso de revelia total, não existe autorização para concessão de tutela definitiva com base em cognição sumária no caso do art. 273, §6º, do Código de Processo Civil (idem, p. 146).

14 Cf. *Julgamento fracionado do mérito e suas implicações no sistema recursal*, p. 144-145.

15 Cf. *Um novo conceito de sentença?*, p. 129-132.

16 Nas palavras do autor: “Reconheci, todavia, que a simples antecipação de efeitos não gera resultado definitivo, pois nada obsta que o juiz, durante a instrução, entenda inexistente o direito, embora incontroversa a afirmação do autor. É claro que a contestação parcial torna altamente provável o acolhimento da pretensão não atacada, mas não está afastada a possibilidade de improcedência do pedido, cujos efeitos foram antecipados por força do §6º. Melhor refletindo, a alternativa legal parece-me adequada, pois produz os efeitos práticos pretendidos, sem retirar do juiz a possibilidade de revogar a antecipação, por haver concluído, à luz dos elementos dos autos, pela inexistência do direito, mesmo em relação aos fatos incontroversos” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 362-363). Ressalte-se apenas que não parece adequado dar tanta ênfase à distinção entre efeitos e tutela propriamente dita. Na precisa lição de Cândido Rangel Dinamarco, “é defeituosa

o sistema, na medida em que o julgamento definitivo fundado em revelia está sujeito a recurso com efeito suspensivo ao passo em que a tutela antecipada é imediatamente eficaz. Para corrigir essa distorção, propõe que toda vez que o julgamento se der com aplicação dos efeitos da revelia o juiz deve antecipar a tutela na sentença, para que o recurso não mais ostente efeito suspensivo (CPC73, art. 520, inc. VII).<sup>17</sup>

Esse entendimento “atrasa” em três anos o reconhecimento legislativo da possibilidade de se proferir julgamento fracionado do mérito, mas esse não parece ser o maior problema.<sup>18</sup> Em termos de técnica processual, é louvável que não se permita o julgamento fracionado – mesmo depois do advento da Lei n. 11.232/2005 – quando houver conexidade entre os pedidos, mesmo porque nesses casos seria até leviano falar em verdadeira

- ou ao menos pouco clara, ou incompleta - a redação do art. 273 do Código de Processo Civil que fala em antecipar os efeitos da tutela. Antecipa-se a própria tutela, que é um valor em si mesma e não se confunde com o ato processual que a antecipa. A lei parte do suposto de que a decisão judicial seja ela própria a tutela, quando na realidade ela é somente um ato processual destinado a dar tutela a quem tenha direito a ela. A tutela é o resultado do ato processual sobre a vida das pessoas e suas relações com os bens ou com outras pessoas em sociedade” (cf. *Tutela jurisdicional*, p. 367). É certo, entretanto, que a tutela antecipada, se assim reconhecida, difere da tutela definitiva por não ter aptidão para solucionar a crise de direito material, pois “ainda que antecipados os efeitos, remanesce sem solução a questão jurídica, que somente será eliminada com o juízo definitivo” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 216); assim, “nunca haverá (...) identidade de eficácia jurídica entre a tutela cautelar e as definitivas ou finais” (idem, p. 171).

- 17 Cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 363. Essa solução, contudo, não encontra amparo legislativo.
- 18 De todo modo, diante da divergência doutrinária acerca da interpretação do art. 273, §6º, do Código de Processo Civil, não se podia afirmar com tranquilidade que desde 2002 já era possível o julgamento antecipado fracionado. Como bem esclarece Bruno Silveira de Oliveira, não era possível saber se, ao aplicar o art. 273, §6º, o juiz estava proferindo julgamento antecipado ou concedendo antecipação dos efeitos da tutela (cf. *Um novo conceito de sentença?*, p. 132). Tendo como premissa essa preocupação, Bruno Valentim Barbosa defende que o juiz se manifeste expressamente sobre a natureza de sua decisão: “acredita-se que o art. 273, §6º, do CPC, traduz um verdadeiro julgamento parcial de mérito, mas caso seja aplicado dessa forma, deve ser expressamente mencionado pelo magistrado como tal, não só por estar inserido dentro do artigo relativo à tutela antecipada, mas principalmente porque respeitável doutrina considera estar-se diante, apenas, de tutela antecipada revogável a qualquer momento” (cf. *Julgamentos parciais de mérito no processo civil individual brasileiro*, p. 60).

incontrovérsia parcial.<sup>19</sup> A defesa, afinal, deve ser examinada em seu conjunto. No entanto, fica a dúvida se é de fato conveniente que, não sendo permitido o julgamento definitivo, haja nesses casos antecipação de tutela. Qual seria o valor protegido por essa hipótese de antecipação? Tutela-se o autor diante de uma defesa mal feita? Frise-se que a existência de conexidade entre os pedidos impede que se fale em verdadeira incontrovérsia em relação a um deles. Se se cogita de potencial desarmonia das decisões, isso significa que um fato que será objeto de prova pode influenciar no julgamento do pedido supostamente incontroverso.<sup>20</sup> Coloca-se em dúvida, portanto, a compatibilidade dessa previsão com os valores constitucionais do processo.

O novo Código de Processo Civil felizmente colocou fim a essa polêmica e deixou de repetir a previsão do art. 273, §6º, do Código de Processo Civil de 1973 entre as hipóteses de tutela antecipada fundada na evidência. Além disso, o julgamento parcial de mérito passou a contar com previsão explícita no art. 356.<sup>21</sup>

## 2. Ainda a título de premissa: antecipação de tutela e garantias constitucionais

Não se pretende aqui realizar um estudo descritivo da tutela antecipada fundada na evidência e de todas as suas vicissitudes; o estudo volta-se à verificação da compatibilidade do instituto com as garantias

- 19 Sobre a diferença entre incontrovérsia e mera inconsistência, cf. MITDIERO, Daniel. *Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa*, p. 108-110.
- 20 Não sendo assim, evidente que a prova produzida não poderia influenciar a parcela eventualmente já decidida. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Bruno Valentim Barbosa: “o medo de que eventual e futura instrução probatória em relação ao restante da demanda acabe por demonstrar que a parte não tinha razão não parece hábil a inviabilizar a decisão parcial de mérito. Como é sabido, as provas devem ser destinadas aos fatos controvertidos e o juiz, no saneamento do processo, deverá evitar que a instrução se designe a discutir aquilo em relação ao que não houve divergência” (cf. *Julgamentos parciais de mérito no processo civil individual brasileiro*, p. 59).
- 21 Essa mudança foi absolutamente necessária para permitir o julgamento parcial no novo sistema, uma vez que foram corrigidas as distorções do conceito de sentença introduzido com a reforma de 2005 e de acordo com o conceito de sentença trazido no novo Código de Processo Civil (art. 203, §1º) não seria mais possível extrair a possibilidade implícita do julgamento parcial de mérito.

constitucionais do processo.<sup>22</sup> O que se busca, portanto, como já salientado na apresentação desta obra, é “conciliar a preservação das partes com a busca de mecanismos de otimização e racionalização do processo”.

Assim, é necessário responder ao seguinte questionamento: em que termos é legítimo, sob a perspectiva do processo civil constitucional,<sup>23</sup> antecipar os efeitos da tutela jurisdicional com fundamento na evidência?

Se de um lado a Constituição Federal prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5, inc. LIV) e que “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” (CF, art. 5, inc. LV), de outro lado têm igual valor as garantias constitucionais da efetividade do processo (CF, art. 5, inc. XXXV) e de sua duração razoável (CF, art. 5, inc. LXXVIII).<sup>24</sup> Fácil perceber que essas garantias estão em permanente tensão,<sup>25</sup> de modo que ora prevalecerão umas, ora outras.

22 E nos precisos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, um dos sentidos vetoriais da relação entre processo e Constituição é o sentido Constituição-processo, no qual “tem-se a tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional” (cf. *A instrumentalidade do processo*, p. 26). Esclarece o autor que “a tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional” (idem, p. 27).

23 Cassio Scarpinella Bueno defende veementemente a existência de um modelo constitucional do direito processual civil, que é o conjunto de normas presente na Constituição Federal que dizem respeito ao direito processual civil (cf. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 126). Em texto voltado especificamente a esse assunto, afirma o autor: “Estudar o direito processual civil na e da Constituição, contudo, não pode ser entendido como algo passivo, que se limita à identificação de que determinados assuntos respeitantes ao direito processual civil são previstos e regulamentados naquela Carta. Muito mais do que isso, a importância da aceitação daquela proposta metodológica mostra toda sua plenitude no sentido ativo de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual civil, realizando pelo e no processo, isto é, pelo e no exercício da função jurisdicional, os misteres constitucionais reservados para o Estado brasileiro, de acordo com o seu modelo político, e para seus cidadãos” (cf. *O modelo constitucional do direito processual civil*, p. 158).

24 Foi certamente levando em conta apenas o primeiro conjunto de garantias que Barbosa Moreira afirmou que “um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere” (cf. *O futuro da justiça*: alguns mitos, p. 5).

25 Ao tratar do art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil de 1973, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes identificou bem o problema ao afirmar que “a tutela antecipada envolve,

Importante pontuar que efetividade não é sinônimo de celeridade. E quando se fala em tutela efetiva certamente o que se busca não é um resultado rápido a qualquer custo, mas a maior coincidência possível entre os resultados do processo e a satisfação espontânea, o que envolve julgar rápido e com acerto. A segurança jurídica também desempenha importantíssimo papel no sistema processual.<sup>26</sup>

Evidente que o tempo é um dos fatores que influi na efetividade e por vezes é necessário recorrer à cognição sumária – que demanda menor intervalo de tempo ao prescindir do contraditório pleno – para alcançar a efetividade.<sup>27</sup> A provisoriedade dessa tutela, contudo, faz com que eventual prevalência dada à efetividade em um momento inicial – não necessariamente liminar – não sacrifique por completo a segurança jurídica e o direito que o

de um lado, a garantia constitucional de adequação, efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5, inc. XXXV) e, de outro, as garantias da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5, inc. LV). Na devida ponderação dessas garantias, a restrição às últimas apenas é legítima na medida do estritamente necessário para dar guarida à anterior” (cf. *Tutela antecipada sancionatória*, p. 72). Esclareça-se que a ideia de duração razoável evidentemente não está ligada apenas a situações de urgência. Como esclarece Luiz Guilherme Marinoni, “o direito de ação exige que o tempo para concessão da tutela jurisdicional seja razoável, mesmo que não exista qualquer perigo de dano” (cf. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, p. 34). Confira-se ainda a lição de José Roberto dos Santos Bedaque: “essa é, sem dúvida, a grande preocupação do processualista contemporâneo. Compatibilizar a urgência com o tempo mínimo que o desenvolvimento do devido processo legal requer. Impedir que as garantias a ele inerentes acabem por transformar a tutela jurisdicional em promessa formal, sem qualquer utilidade prática para quem recorre à função estatal, cujo escopo é exatamente eliminar as controvérsias e alcançar a pacificação social, de forma eficiente, útil e eficaz. A dificuldade enfrentada pela doutrina reside exatamente nessa compatibilização. Como assegurar uma tutela rápida sem sacrificar as garantias fundamentais do processo?” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 89). O mesmo raciocínio, concebido para justificar as tutelas de urgência, é aplicável também à tutela antecipada fundada na evidência.

26 No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque: “preocupa-me, sobremaneira, a banalização da tutela de urgência. A sumarização da tutela jurisdicional, sem razão plausível que a justifique, implica desconsiderar o valor *segurança* do processo, tão importante quanto à rapidez, ambos necessários à sua efetividade” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 277, nota 454).

27 Esclarece José Roberto dos Santos Bedaque que efetividade “pode estar ligada à rapidez, pois é comum verificarem-se situações em que a tutela jurisdicional somente é eficaz e útil e se for imediata” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 95). De todo modo, “tanto o direito à efetividade do processo quanto o direito à segurança jurídica têm natureza constitucional” (idem, *ibidem*).

réu tem de resistir à pretensão, afinal é a própria Constituição que lhe assegura as garantias do contraditório e da ampla defesa.<sup>28</sup>

Para que se cumpra o objetivo anunciado no início deste artigo, será necessário então analisar a razão pela qual se permite a antecipação da tutela com fundamento na evidência – o que decerto não dispensará uma breve comparação com a tutela antecipada fundada na urgência – e ainda os requisitos para que se configure a evidência autorizadora da antecipação. Só aí é que será possível verificar se em todos os casos previstos em lei como hipóteses de tutela antecipada fundada na evidência é adequado flexibilizar as garantias da ampla defesa e do contraditório.<sup>29</sup>

### 3. Tutela antecipada. Cognição exauriente e cognição sumária. A urgência e a evidência

Como já dito, o objeto deste estudo não é a tutela da evidência amplamente considerada, mas sim a tutela antecipada fundada na evidência. Nesse contexto, alguns esclarecimentos são necessários para uma adequada colocação sistemática do instituto.

A tutela antecipada fundada na evidência é, de acordo com o novo Código de Processo Civil, assim como a tutela cautelar e a tutela antecipada fundada na urgência, modalidade de tutela provisória, obtida a partir de cognição sumária e portanto não exauriente.<sup>30</sup> A provisoriedade, em decorrência da cognição sumária que está na sua base, é em tese o elemento

28 De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, “um dos mecanismos para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a adoção de modalidades de tutela provisória” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 96).

29 Afinal, “o sistema processual deve ser construído a partir das regras constitucionais em que estão consubstanciados seus princípios fundamentais” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 67).

30 Mais uma vez segundo José Roberto dos Santos Bedaque: “à técnica da tutela sumária, cautelar ou não, se contrapõe a da cognição plena. Esta se caracteriza pela precisa regulamentação dos atos do procedimento, bem como dos poderes, deveres, ônus e faculdades dos sujeitos do processo. O contraditório efetivo e equilibrado se realiza sempre antes do provimento, que se torna imutável, adquirindo a qualidade da coisa julgada formal e material” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 121). Embora o autor utilize a expressão “cognição plena”, neste trabalho adota-se o posicionamento de Kazuo Watanabe, para quem a cognição é considerada plena em relação ao plano horizontal e exauriente em relação ao plano vertical (cf. *Cognição no processo civil*, p. 118).

comum a todas essas modalidades de tutela e fez com que fossem tratadas conjuntamente no novo Código de Processo Civil (Livro V da Parte Geral).

Existem acirradas divergências doutrinárias a respeito da melhor classificação para o que se convencionou chamar “tutela cautelar” e “tutela antecipada”. Para os fins deste estudo, tais divergências são absolutamente irrelevantes.<sup>31-32</sup> Importa partir da premissa segundo a qual, ainda que com técnica bastante questionável, o novo Código de Processo Civil adotou como gênero a tutela provisória e aí inseriu a disciplina da tutela antecipada fundada na evidência.

31 De todo modo, fica registrada a opinião de que teria sido melhor a manutenção da proposta contida no Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas, sob forte influência do pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque, que previa disciplina única para essas duas modalidades de tutela de urgência, pois eliminava os inconvenientes decorrentes da dificuldade de diferenciá-las diante de algumas situações específicas. Afinal, como ensina Cândido Rangel Dinamarco, “cautelares e antecipatórias são as duas faces de uma moeda só, elas são dois irmãos gêmeos ligados por um veio comum que é o empenho em neutralizar os males do tempo-inimigo” (cf. *O regime jurídico das medidas urgentes*, p. 59). No mesmo sentido, afirma José Carlos Barbosa Moreira que “nem sempre se consegue riscar com facilidade e exatidão a linha divisória entre os dois terrenos. E, bem pesadas as coisas, talvez nem sequer valha a pena fazer grandes esforços nesse sentido” (cf. *Tutela de urgência e efetividade do direito*, p. 102).

32 José Roberto dos Santos Bedaque, em conhecido estudo, propõe que a cautelaridade seja o gênero, que se subdivide em cautelar conservativa e cautelar antecipatória, já que ambas teriam como características a instrumentalidade, a provisoriedade e a sumariedade e estariam voltadas a neutralizar perigos que pudessem comprometer a efetividade da tutela final (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 36-37). O que importa, mais do que a nomenclatura, é reconhecer que há mais semelhanças do que diferenças entre a tutela antecipada e a tutela cautelar. Sendo necessário diferenciá-las, no entanto, é irretocável a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “são cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos; e são antecipações de tutela aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao processo e as segundas, às pessoas” (cf. *O regime jurídico das medidas urgentes*, p. 68). Analogamente, mesmo na Itália onde o gênero é a tutela cautelar, tal como proposto por Bedaque, entende-se que existem duas espécies de *periculum in mora*: o *pericolo da infruttuosità* e o *pericolo da tardività* do processo de cognição plena, sendo que ao primeiro ligam-se os provimentos cautelares conservativos e ao segundo ligam-se os provimentos cautelares antecipatórios (cf. PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 602).

Como já sinalizado, todas as ditas tutelas provisórias têm em comum o fato de se fundarem em cognição sumária,<sup>33</sup> em oposição à cognição exauriente que leva à tutela definitiva. É lição corrente na doutrina que, ao menos em regra, apenas tutelas fundadas em potencial cognição definitiva podem receber o selo da definitividade representado pela coisa julgada.<sup>34</sup>

A tutela provisória, cautelar ou antecipada, inicialmente voltada em maior medida para situações de urgência, surge com a constatação de que a tutela definitiva, buscada por meio do procedimento comum, que assegura amplo contraditório prévio, não protege de maneira efetiva as pessoas que buscam se socorrer do Poder Judiciário. Ainda que se estivesse em um mundo ideal, em que o processo levasse exclusivamente o tempo necessário à prática dos atos processuais nos prazos legalmente previstos, algumas situações demandam proteção imediata que a tradicional tutela definitiva seria incapaz de oferecer.<sup>35</sup> Ganha relevo, assim, o “caráter ético da ciência processual” e a necessidade de buscar proteção adequada de acordo com as especificidades do direito material.<sup>36</sup> Milita em favor da tutela antecipada fundada na urgência a própria garantia de acesso à justiça.<sup>37</sup>

33 Registre-se que aqui a sumariedade dá-se no plano vertical. Para Kazuo Watanabe, essa é a verdadeira cognição sumária (cf. *Cognição no processo civil*, p. 118-119).

34 De acordo com Proto Pisani, é característica estrutural da tutela cautelar - que, como já esclarecido, na Itália é gênero que congrega a tutela cautelar stricto sensu e a tutela antecipada fundada na urgência - a inidoneidade para ditar uma disciplina definitiva para a controvérsia (cf. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 600). No mesmo sentido, Leonardo Faria Schenk afirma que “apenas a decisão judicial de mérito, colhida em um procedimento idôneo, em cognição plena, reunirá os predicados necessários para a formação da coisa julgada material” (cf. *Cognição sumária*, p. 149). Anote-se que mesmo ao prever a estabilização da tutela antecipada, quando a tutela definitiva deixa de ser buscada por opção dos próprios litigantes, o novo Código de Processo Civil prevê expressamente, no art. 304, §6º, que essa estabilização não é sinônimo de coisa julgada.

35 No mesmo sentido, afirma José Roberto dos Santos Bedaque que “ainda que não se trate de duração patológica, o processo cognitivo, pela sua própria natureza, demanda tempo para efetivação dos atos a ele inerentes, possibilitando a cognição plena da relação substancial e a efetivação do contraditório” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 21).

36 Assim ensina José Roberto dos Santos Bedaque: “na medida em que a tutela deve ser adequada às especificidades do direito material, não se pode pensar na construção de um instrumento absolutamente neutro, puramente técnico. Inexiste a suposta indiferença do instrumento em relação ao objeto. A variedade de meios procedimentais, formas e espécies de tutelas está relacionada às necessidades específicas das relações de direito substancial” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 14). Em idêntico sentido, Cândido Rangel Dinamarco já afirmava que “um dos grandes serviços que o processualista prestou

Doutrinadores de muito valor, no Brasil e no exterior, debruçaram-se sobre o estudo das tutelas de urgência e ofereceram inestimável contribuição para a justificativa constitucional do instituto. Proto Pisani resume bem o que interessa aos fins deste estudo ao afirmar que sendo a jurisdição a contrapartida da vedação à autotutela, é necessário que essa contrapartida seja efetiva, permitindo a quem tem razão obter na medida do possível tudo aquilo que tem direito de obter no plano material, o que remonta ao conhecido *slogan* de Chiovenda. No entanto, a própria duração fisiológica<sup>38</sup> do processo de cognição plena representa um obstáculo à efetividade; nesse contexto, as tutelas provisórias fundadas na urgência - quer a tutela cautelar, quer a tutela antecipada - surgem para neutralizar os prejuízos decorrentes da duração do processo. Por tudo isso, a tutela provisória fundada na urgência - cautelar ou antecipada - é componente essencial da tutela jurisdicional e tem a importantíssima função de assegurar o êxito das atividades cognitivas e executivas.<sup>39</sup> Havendo urgência, a espera pela tutela final coloca em risco a possibilidade de tutelar a parte diante da potencial inutilidade do provimento.

ao direito e à justiça nas últimas décadas foi a enérgica afirmação do comprometimento axiológico das instituições processuais: ele repensou o significado e a medida da indiferença inicial a que obrigado o juiz, o qual na realidade precisa estar iluminado pela visão dos resultados sócio-econômicos e políticos a que sua decisão poderá conduzir” (cf. *A instrumentalidade do processo*, p. 41).

37 Como bem leciona José Roberto dos Santos Bedaque, “não se pode falar em acesso à ordem jurídica justa e à tutela jurisdicional efetiva onde não exista sistema de garantia para a utilidade do resultado” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 47).

38 Essa demora fisiológica é “consequente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valores de que uma sociedade democrática não ousaria prescindir” (cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça*: alguns mitos, p. 5); no entanto, isso não quer dizer que não possa causar danos às partes do processo. Bem esclarece Nicolò Trocker que “*il processo - come disse, del resto, la stessa parola procedere, - è un rapporto giuridico dinamico e come tale trova nel fattore tempo uno dei suoi elementi caratteristici e naturali. Dal momento della sua instaurazione attraverso la proposizione della domanda in giudizio esso deve passare per un certo numero di fasi intermedie strutturalmente e funzionalmente collegate, e abbisogna quindi di un certo lasso di tempo prima di poter raggiungere il suo epilogo naturale con la sentenza finale. Nel fattore tempo, o meglio, nella durata, il processo sembra però anche avere il suo lato più problematico e vulnerabile*” (cf. *Processo civile e costituzione*, p. 271).

39 Cf. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 593-598. Em outra passagem, o mesmo autor afirma com precisão que “*nella misura in cui la tutela cautelare serve, è necessaria, a neutralizzare pericula in mora che assurgono agli estremi della irreparabilità del pregiudizio, la predisposizione della tutela cautelare a costituzionalmente doverosa in quanto costituisce*

Nas precisas palavras de Kazuo Watanabe, a cognição “é uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada”.<sup>40</sup> No mesmo sentido, segundo Heitor Sica, a cognição judicial é “ferramenta básica para a instrumentalidade do processo”.<sup>41</sup> Assim, diante de uma situação de urgência, a cognição exauriente deixa de ser adequada e a técnica correta a ser utilizada é a da cognição sumária.

Por vezes, para garantir de fato a efetividade que se busca, é necessário até mesmo que a tutela pleiteada seja concedida *inaudita altera parte*. Isso, contudo, deve ser exceção no sistema, sob pena de se fragilizar de forma desnecessária a importante garantia do contraditório.<sup>42</sup>

*garanzia della esigenza costituzionale della effettività del diritto di azione (o della tutela giurisdizionale)”* (cf. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 604).

40 Cf. *Cognição no processo civil*, p. 44. Tratando especificamente da cognição sumária, afirma o autor tratar-se de “técnica processual relevantíssima para a concepção de processo que tenha plena e total aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos” (idem, p. 151). Considerando que “a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que serão deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo” (idem, p. 67), tem-se que na cognição sumária o juiz emite seu *judicium* diante de apenas alguns elementos, insuficientes para a concessão de tutela definitiva.

41 Cf. *Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil*, p. 461.

42 Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “as medidas judiciais *inaudita altera parte* são excepcionais no sistema, porque arranham a garantia constitucional do contraditório e só devem ser concedidas quando o retardamento puder importar restrição ou sacrifício à possibilidade de acesso à justiça” (cf. *O regime jurídico das medidas urgentes*, p. 90-91). No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “decisões de conteúdo antecipatório proferidas sem a audiência da parte contrária devem constituir absoluta exceção no sistema, somente aceitas quando imprescindíveis à preservação de valor jurídico considerado de grande relevância” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 284). Não é outra a lição de Leonardo Faria Schenk, para quem “no contexto do processo justo, em que o contraditório figura como condição de validade para a própria decisão judicial, legitimando o exercício do poder estatal, admitir o diferimento da garantia, no perfil mínimo exposto (núcleo essencial), ainda que transitariamente, com a aceitação de decisões proferidas *inaudita altera parte*, pressupõe a identificação de uma situação urgente, ligada a outros valores constitucionais relevantes” (cf. *Cognição sumária*, p. 189-190). Tratando do princípio da menor restrição possível, que deve ser aplicado a todas as modalidades de tutela antecipada, também Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes endossa esse entendimento ao afirmar que “esse princípio também traz reflexos no momento

Para ter acesso a essas tutelas fundadas na urgência, a parte precisa demonstrar a probabilidade de seu direito<sup>43</sup> e o *periculum in mora*. A urgência, a ser demonstrada por meio desse segundo requisito, é elemento externo ao processo, de modo que a parte deve demonstrar que tão só a demora fisiológica do processo somada a uma específica situação de direito material torna insuportável a espera pela tutela definitiva.<sup>44</sup> Esse requisito foi traduzido no novo Código de Processo Civil como perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300).<sup>45</sup>

Há algum tempo, contudo, a urgência (*periculum in mora*) deixou de ser considerada elemento essencial para a antecipação da tutela, quer pela doutrina, que passou a defender novas modalidades de tutela antecipada

adequado para antecipação da tutela, não sendo possível antecipar liminarmente quando o tempo necessário para a citação do demandado e a apresentação de resposta não implicar o perecimento do direito” (cf. *Tutela antecipada sancionatória*, p. 72).

43 Já sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 deve ser rejeitada uma imaginada distinção entre *fumus boni iuris*, que seria exigido para a tutela cautelar, e prova inequívoca da verossimilhança, que seria exigida para a tutela antecipada (nesse mesmo sentido, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O regime jurídico das medidas urgentes*, p. 73). Felizmente o novo Código de Processo Civil corrigiu esse problema e passa a prever a necessidade, para a concessão de uma ou outra modalidade de tutela de urgência, de elementos que evidenciem a probabilidade do direito (evidentemente ao lado do *periculum in mora*).

44 Como alerta José Roberto dos Santos Bedaque, “não basta, evidentemente, argumentar apenas com a demora, ainda que patológica, do processo. Necessário o risco de dano irreparável, causado por algum acontecimento concretamente identificado, sem o que a tutela cautelar inominada se transformaria em via sumária de solução de conflitos. Somente o legislador pode dispensar esse requisito, para casos específicos (liminar possessória)” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 231).

45 Marinoni, Arenhart e Mitidiero criticam de maneira contundente a redação legal, que teria deixado de considerar o perigo de ilícito (ao cogitar apenas do perigo de dano) e ainda teria ignorado que a tutela cautelar busca tutelar o próprio direito e não proteger o processo (ao mencionar risco ao resultado útil do processo) (cf. *Novo curso de processo civil*, v. 2, p. 198-199). Concluem que “se o legislador quisesse ser ao mesmo tempo mais preciso do ponto de vista da estruturação do regime da ‘tutela provisória’ e mais permeável às necessidades do direito material que cabe ao processo tutelar, poderia ter caracterizado a urgência que a fundamenta alçando mão simplesmente do conceito de perigo na demora” (idem, p. 199).

desvinculadas da urgência,<sup>46</sup> quer na prática judiciária, que muitas vezes não leva em consideração a presença ou não desse requisito.<sup>47</sup>

Sem que se esteja diante de um risco de inutilidade do provimento, é necessário buscar outro fundamento para que se possa antecipar a tutela nesses casos, diante da evidência (probabilidade do direito) desacompanhada da urgência. Afinal, não havendo urgência, ainda que a tutela final não seja a mais efetiva possível, o provimento não será inútil e alguma tutela à parte haverá.<sup>48</sup>

Luiz Fux foi pioneiro no tratamento do tema da tutela de evidência no Brasil.<sup>49</sup> Sua concepção de evidência, entretanto, é mais larga do que aquela que veio a prevalecer no novo Código de Processo Civil.<sup>50</sup>

- 46 Como leciona Luiz Guilherme Marinoni, “ainda que nenhuma situação anômala possa colocar em risco o direito do autor, a simples duração do processo, eliminando a possibilidade de o autor poder ver realizado imediatamente o seu direito, é fonte de injustiça” (cf. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, p. 120). Trata-se, nas palavras de Italo Andolina, do dano marginal resultante do processo (cf. “*Cognizione*” ed “*esecuzione forzata*” nel sistema della tutela giurisdizionale, p. 16-17). No mesmo sentido, afirma José Roberto dos Santos Bedaque que “o simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do processo cognitivo já configura dano ao seu titular” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 21).
- 47 A constatação é de Eduardo José da Fonseca Costa. Segundo o autor, “observando-se os acontecimentos do dia a dia forense, não é raro ver liminares sendo concedidas sem que ao menos seja tomada em consideração a existência de um *periculum in mora*. Isso não acontece, entretanto, por desleixo dos juízes. Nesses casos, conquanto premido por uma cognição superficial, o magistrado defronta-se com uma pretensão de direito material de existência *quase certa*” (cf. *O direito vivo das liminares*, p. 71). Nesses casos, “todo o foco de atenção é atraído para o *fumus boni iuris*, o qual, apresentando-se de uma forma incisiva, deixa de ser ‘um’ dos pressupostos para que se torne ‘o’ pressuposto” (idem, p. 73).
- 48 José Roberto dos Santos Bedaque também confere à tutela antecipada fundada na evidência o selo da cautelaridade por acreditar que embora não garanta, essa medida potencializa a efetividade. Assim, em relação à tutela de evidência, “a natureza cautelar da medida está nesse escopo de preservar ao máximo a efetividade da tutela jurisdicional” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 366).
- 49 Jorge Peyrano chega mesmo a afirmar que a tutela de evidência é produto do engenho brasileiro (cf. *Novidades processuais - la tutela de evidencia*, p. 267), mas mesmo alguns autores nacionais não se furtam a indicar inspiração em ordenamentos estrangeiros para justificar o instituto. Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam expressamente que o conceito de defesa inconsistente, que está à base da tutela antecipada fundada na evidência, “tem sua inspiração no direito francês, em que se subordina a concessão do *référé provision* à existência de uma obrigação não *sérieusement*

Em se tratando daquilo que veio a ser positivado, Luiz Guilherme Marinoni resumia bem, antes mesmo da positivação, o fundamento da tutela de evidência: a necessária distribuição do tempo do processo, que não pode sempre recair sobre o autor. O tempo não é um elemento neutro e não pode mais ser encarado dessa maneira.<sup>51</sup>

Evidente, contudo, que a fórmula não é tão simplista e não basta distribuir o tempo do processo da mesma forma que se distribui o ônus da prova, pois uma previsão assim ampla de antecipação de tutela fundada na (suposta) evidência do direito do autor fragilizaria demasiadamente o direito constitucional à ampla defesa. Afinal, é possível que o réu até mesmo reconheça a veracidade das alegações do autor quanto ao fato constitutivo de seu direito, mas apresente contundente defesa fundada em fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, ainda que essas alegações não

contestable” (cf. *Novo curso de processo civil*, v. 2, p. 201). Para aprofundamento a respeito do instituto francês, cf. BONATO, Giovanni. *I référé nell’ordinamento francese*, p. 35-76.

- 50 Ao enumerar as hipóteses de tutela de evidência, Fux inclui no rol várias situações que não se encaixam no modelo de tutela provisória (cf. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 317). Comentando essa passagem, Bruno Vinícius da Rós Bodart conclui que “o jurista empregou a expressão ‘tutela da evidência’ para designar uma propensão dos legisladores modernos à facilitação da tutela jurídica de direitos amparados por alto grau de verossimilhança, por meio de variadas técnicas e instrumentos, com diferentes nuanças, requisitos e âmbitos de aplicação” (cf. *Tutela de evidência*, p. 129).
- 51 Luiz Guilherme Marinoni trata profundamente dessa ideia em várias passagens de sua obra. A seguinte citação, contudo, é ilustrativa de seu pensamento: “O tempo já foi visto como algo neutro ou cientificamente não importante para o processo e, certamente por isto, foi jogado nas costas do autor, como se a demora fosse problema seu. Ora, o tempo é uma necessidade do juiz, que dele precisa para formar a sua convicção, e especialmente uma necessidade democrática, advinda do direito de as partes participarem adequadamente do processo, ou seja, do direito ao contraditório. Por ser ligado ao contraditório, o tempo deve ser distribuído entre as partes para se respeitar o princípio da isonomia e a ideia de democracia subjacente à noção de processo” (cf. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, p. 33). No mesmo sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que a tutela antecipada fundada na evidência é “importante técnica processual voltada à atípica concretização do princípio da igualdade e da paridade de armas entre os litigantes (arts. 5, I, da CF/1988, e 7 do CPC) - destinada, portanto, a colocar em evidência o lado oculto do processo, aquele que não pode ser visto pelo processualista que olha apenas para o plano normativo: o fato de que a resistência indevida no processo não pode ser fonte de vantagens econômicas para quem por detrás dela se esconde” (cf. *Novo curso de processo civil*, v. 2, p. 201).

possam ser provadas de imediato por documentos.<sup>52</sup> Para que se justifique a antecipação de tutela com fundamento exclusivo na evidência, portanto, é necessário que haja forte probabilidade de que o autor esteja com a razão,<sup>53</sup> caso em que se torna absolutamente injusto que ele tenha que suportar o ônus de toda a duração do processo.<sup>54</sup>

Esse mecanismo tem importância ainda maior em um sistema processual como o brasileiro no qual a regra é a da coincidência entre o momento de plena produção de efeitos das decisões e o do trânsito em julgado.<sup>55</sup>

- 52 Luiz Guilherme Marionini questiona: “se o réu deve provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, há racionalidade em obrigar o autor a pagar pelo tempo necessário à produção da prova de tais fatos?” (cf. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, p. 55). Contudo, o autor só vislumbra possibilidade de antecipação da tutela caso a defesa seja infundada (cf. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, passim, e *Antecipação da tutela*, p. 278). No mesmo sentido, ao afirmar que “quem deve pagar pelo tempo da instrução do processo não é a parte que muito provavelmente tem razão, mas a parte que dela precisa para mostrar que tem razão nas suas alegações” e “quem deve pagar pelo tempo da instrução do processo não é a parte que muito provavelmente tem razão, mas a parte que dela precisa para mostrar que tem razão nas suas alegações”, Daniel Mitidiero dá a entender em um primeiro momento que o ônus do tempo do processo deveria seguir a regra distribuição do ônus da prova (cf. *Antecipação da tutela*, p. 135). No entanto, em outra passagem o autor afirma expressamente que “é suficiente para a utilização da técnica antecipatória fundada na evidência que o demandado exerça seu direito de defesa de maneira não séria, vale dizer, de forma inconsistente” (idem, p. 138).
- 53 No mesmo sentido, confira-se o posicionamento de Bruno Vinícius da Rós Bodart: “se considerarmos que, nos casos em que o direito do autor é bastante provável, o risco de produção de uma injustiça pela mora na prestação jurisdicional é muito maior que o risco de erro judiciário (sendo este o principal perigo da cognição sumária), é imperioso concluir, nessas hipóteses, pela concessão da tutela em favor do demandante” (cf. *Tutela de evidência*, p. 133).
- 54 Tratando da hipótese prevista no art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil de 1973, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes afirma que “direitos com grande probabilidade de existência, demonstrados de plano ou evidenciados em face da defesa frágil e desleal do demandado, não podem ser tratados igualmente aos não prováveis, isso como corolário do próprio *due process of law* e de sua plasticidade em face das peculiaridades do processo e do direito substancial” (Cf. *Tutela antecipada sancionatória*, p. 26).
- 55 Em sentido análogo e examinando exclusivamente a norma do art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil de 1973, Luiz Guilherme Marionini concluiu que “um sistema que consagra, quase de forma absoluta, a necessidade da confirmação da sentença para realização dos direitos, deve considerar atentamente a problemática do abuso do direito de defesa” (cf. *Antecipação da tutela*, p. 273). Evidentemente essa conclusão pode ser estendida para todos os casos em que o direito do autor seja merecedor da tutela

importante mencionar que parte da doutrina, ao tratar da tutela antecipada fundada na evidência, defende que o instituto representa estímulo à conciliação.<sup>56</sup> Mas isso não pode ser apontado como fundamento do instituto; é apenas uma possível consequência do concreto deferimento de uma antecipação de tutela com fundamento na evidência.

Para concluir este tópico, é possível afirmar que com a previsão das tutelas provisórias fundadas na urgência (tutela antecipada e tutela cautelar) e na evidência, o sistema processual civil, ao menos em tese, armase adequadamente para atender aos postulados constitucionais de tutela justa, efetiva e tempestiva, pois ainda que o tempo do processo jamais possa ser eliminado, suas consequências nefastas poderão ser mitigadas e melhor divididas.<sup>57</sup> Tais técnicas são absolutamente essenciais na medida em que “difícilmente produzirá resultados substancialmente justos o processo que não seja em si mesmo justo”.<sup>58</sup>

É chegado o momento de verificar se as específicas hipóteses de tutela antecipada fundada na evidência previstas no novo Código de Processo Civil estão alinhadas com as premissas aqui traçadas.

antecipada fundada na evidência. O mesmo se passa na França; nesse sentido, Giovanni Bonato afirma que “*in un sistema, quale quello francese, che non prevede la provisorietà delle sentenze di primo grado, la semplicità e la rapidità di una procedura che sfoca in una decisione immediatamente esecutiva sono i principali fattori del successo dell'istituto del référé*” (cf. *I référés nell'ordinamento francese*, p. 37).

- 56 Segundo Bruno Vinícius da Rós Bodart, “o processo não pode premiar a resistência em juízo, como se fosse verdadeira fonte de benefícios, tornando vantajoso àquele que não tem razão dilatar o curso processual, em vez de colaborar para o atendimento do direito que assiste à parte *ex adverso*. Nesse sentido, a existência da tutela de evidência em dado ordenamento pode estimular o réu a submeter-se à conciliação ou outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias” (cf. *Tutela de evidência*, p. 133).
- 57 Atinge-se, assim, a efetividade possível, na medida em que “efetividade da tutela jurisdicional significa a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras de direito material” (cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 24). Não é evidentemente o sistema perfeito, mas “o sistema perfeito, que ofereça segurança e tempestividade quanto ao resultado, não existe em nenhum país do mundo” (idem, p. 117).
- 58 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 185. Acrescente-se ainda que conforme ensina José Roberto dos Santos Bedaque, só tem sentido estudar atualmente o direito de ação sob a perspectiva do direito à efetividade, aos meios adequados para eventual acolhimento da pretensão (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 76). No mesmo sentido, Daniel Mitidiero identifica o direito de ação como direito ao processo justo (cf. *Antecipação da tutela*, p. 118).

#### 4. As hipóteses de tutela antecipada fundada na evidência previstas no novo Código de Processo Civil

Passa-se agora ao exame das hipóteses de tutela antecipada fundada na evidência previstas no novo Código de Processo Civil, a fim de que se possa finalmente verificar sua legitimidade com base em um juízo de adequação ou não às garantias constitucionais.

Como visto no item anterior, a tutela antecipada fundada na evidência tem como justificativa a injustiça de se impor sempre ao autor o ônus do tempo do processo. Em outras palavras: ainda que não haja urgência específica na solução, uma vez que toda tutela definitiva traz ínsita em si um déficit de efetividade em razão do próprio tempo fisiológico do processo, não seria justo que sempre o autor tivesse que arcar com os danos decorrentes do tempo necessário para o desenvolvimento do processo.

A despeito de ser possível encontrar uma justificativa constitucional para o instituto, a tutela antecipada fundada na evidência demanda expressa previsão legal para que possa ser concedida,<sup>59</sup> ainda que a prática judiciária por vezes destoe desse comando.<sup>60</sup> E o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 311, atendendo a antigos anseios doutrinários, positivou algumas hipóteses de tutela antecipada fundada na evidência. Assim, será possível conceder tutela antecipada, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: (i) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; (ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas

59 Como afirma José Roberto dos Santos Bedaque, “a tutela sumária, definitiva ou provisória, destinada a evitar o dano marginal, sem qualquer nexos com algum perigo concreto, é absolutamente excepcional e só pode ser admitida se expressamente prevista” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 277). Importante esclarecer que isso não conflita com a afirmação de que o rol do art. 311 do novo Código de Processo Civil é exemplificativo (cf. nesse sentido, Daniel Neves, *Novo Código de Processo Civil – inovações, alterações, supressões comentadas*, p. 218), pois pode haver outras previsões de tutela antecipada fundada na evidência em outros artigos do Código ou mesmo na legislação extravagante.

Isso, contudo, não pode significar que o juiz possa criar, na prática, outras hipóteses de tutela antecipada fundada na evidência. As hipóteses de tutela de evidência não precisam estar necessariamente no rol no art. 311, mas devem estar necessariamente previstas em lei.

60 Vide nota n. 47, *supra*.

apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (iii) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; (iv) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Cada uma dessas hipóteses será objeto de exame nos próximos subitens.

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, o denominador comum de todas as hipóteses de tutela antecipada fundada na evidência é a noção de defesa inconsistente.<sup>61</sup> Referidos autores, contudo, criticam o modo como foi positivada a tutela antecipada fundada na evidência, que, segundo eles, teve seus fundamentos mal compreendidos pelo legislador.<sup>62</sup>

Não se pode ignorar, ainda, que a lei prevê a possibilidade de concessão liminar de tutela antecipada fundada na evidência nas hipóteses descritas nos itens (ii) e (iii), o que também deverá ser objeto de exame sob a perspectiva constitucional.

#### 4.1 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte

Essa hipótese não é mais do que mera repetição daquilo que já era previsto no art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil de 1973 e não pode ser entendida de forma diversa, sob pena de se chegar a uma interpretação absurda.

61 Nas palavras dos mencionados autores: “o legislador procurou caracterizar a *evidência* do direito postulado em juízo capaz de justificar a prestação de ‘tutela provisória’ a partir de quatro situações arroladas no art. 311. O denominador comum capaz de amalgamá-las é a noção de *defesa inconsistente*. A tutela pode ser antecipada porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será” (cf. *Novo curso de processo civil*, v. 2, p. 200). Complementando a ideia, afirmam ainda que “o que o legislador fez nos incisos do art. 311 foi especificar aquilo que entende como defesa efetiva ou potencialmente inconsistente” (idem, p. 201).

62 Nesse sentido, afirmam que “os fundamentos que estão por detrás da ideia de distribuição do ônus do tempo do processo foram muito mal compreendidos pelo legislador. Bem por isso, perdeu-se a oportunidade para traçar, de modo claro e autônomo, a tutela antecipada em caso de ‘defesa de mérito indireta infundada’. Essa forma de tutela, entretanto, obviamente pode ser concedida com base em abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte” (cf. *Novo curso de processo civil*, v. 2, p. 201).

Com efeito, no Código de Processo Civil de 1973, um único artigo disciplina a tutela antecipada fundada na urgência e essa específica hipótese de tutela antecipada fundada na evidência. O *caput* do art. 273 estabelece a necessária probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e os incisos I e II tratam, respectivamente, dos requisitos alternativos da urgência e do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. Dessa maneira, fica evidente que o *fumus boni iuris* é um requisito invariavelmente necessário para a antecipação da tutela.

No novo Código de Processo Civil, o legislador pretendeu sistematizar a matéria e separar a disciplina da tutela antecipada fundada na urgência da disciplina da tutela antecipada fundada na evidência. Com isso, uma leitura desavisada do *caput* e do inc. I do art. 311 dá a falsa impressão de que basta a verificação do abuso de defesa ou do manifesto propósito protelatório para que a tutela seja antecipada com fundamento na evidência. Obviamente isso não pode prevalecer.

Em se tratando de hipótese de tutela antecipada fundada na evidência, a despeito da má técnica legislativa, deve-se continuar entendendo que é necessária a demonstração da probabilidade do direito da parte que busca se beneficiar dessa antecipação, a despeito de uma interpretação literal indicar indesejável conclusão diversa.<sup>63</sup> Ainda que essa modalidade de tutela antecipada seja de raríssima aplicação prática,<sup>64</sup> como essa interpretação

63 O dispositivo recebe a merecida crítica de Daniel Amorim Assumpção Neves: “da forma como ficou redigido o art. 311, I, do novo CPC, restou como requisito para a concessão da tutela da evidência somente o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, o que parece contrariar até mesmo o espírito dessa espécie de tutela. Difícil acreditar que o autor tenha direito a uma tutela, ainda que provisória, somente porque o réu se comporta indevidamente no processo, sem que o juiz tenha qualquer grau de convencimento da existência do direito do autor. Parece-me extremamente temerário, como simples forma de sanção processual, conceder a tutela da evidência sem que haja probabilidade de o autor ter o direito que alega. No entanto, infelizmente, ruma nesse sentido o dispositivo ora comentado” (cf. *Novo Código de Processo Civil – inovações, alterações, supressões comentadas*, p. 217).

64 Um dos principais motivos para isso é o fato de o juiz poder indeferir provas nesses casos e proceder ao imediato antecipado do mérito. Nesse sentido, cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 357 e BODART, Bruno Vinicius da Rós. *Tutela de evidência*, p. 140.

literal contrasta frontalmente com os ditames constitucionais que regem o processo civil, deve ser prontamente descartada.<sup>65</sup>

Colocadas as coisas nesses termos, a tutela antecipada fundada na evidência prevista no inc. I do art. 311 do novo Código de Processo Civil tem amparo constitucional e não é difícil demonstrar isso.

A cognição exauriente está ligada, entre outras coisas, à preservação das garantias do contraditório e da ampla defesa, conferindo segurança jurídica ao resultado que se busca alcançar. Se uma das partes<sup>66</sup> abusa de seu direito,<sup>67</sup> não há dúvida de que a antecipação nesses casos não viola tais garantias, pois a parte delas se vale com claro desvio de finalidade. O contraditório e a ampla defesa servem para que as partes sejam informadas dos atos processuais praticados por outros sujeitos e possam levar ao conhecimento do juiz suas alegações, com possibilidade de influir na decisão. Se a parte se vale dessas garantias apenas para postergar o desfecho do processo, não há dúvidas do desvio e do consequente dano que isso provoca à parte contrária. Soma-se a isso a necessidade, como já dito, de a parte adversa demonstrar a probabilidade de seu direito.

65 Cassio Scarpinella Bueno afirma categoricamente: “para a concessão da tutela da evidência, nestes casos, importa *também* que o autor mostre que seu direito é mais *evidente* (ainda que no sentido de provável) que o do réu. É que o abuso do direito de defesa do réu ou o seu manifesto propósito protelatório nada diz, por si só, com relação à evidência do direito do autor, que, por isto, deve *também* ser demonstrada no pedido a ser formulado pelo autor” (cf. *Novo Código de Processo Civil anotado*, p. 232).

66 Embora seja mais fácil visualizar a antecipação da tutela, nessa hipótese, em favor do autor, nada impede que ela seja também deferida ao réu e por conta disso o novo Código de Processo Civil fala em “parte” e não em “réu”, corrigindo equívoco do art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil que falava apenas em “réu”. Nas palavras de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, “apesar de o art. 273, inc. II do Código de Processo Civil falar em abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu, interpretação sistemática e conforme a Constituição Federal conduz facilmente à possibilidade de concessão em benefício do demandado. Isso ocorre quando o autor abusa do direito de demandar, com a propositura de demanda claramente infundada, ou então quando obtém medida antecipatória e acomoda-se em contribuir para o andamento do processo” (cf. *Tutela antecipada sancionatória*, p. 80).

67 Importante aqui o alerta de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: “o abuso não se confunde simplesmente com o ato ilícito. Trata-se de ato jurídico que ostenta aparência de legalidade, mas utilizado de forma vedada em lei e para o alcance de objetivos diversos dos almejados quando da instituição do direito à prática do ato, ou seja, ocorre um desvio de finalidade” (cf. *Tutela antecipada sancionatória*, p. 34).

Não há, aí, fragilização do contraditório e da ampla defesa pela antecipação da tutela. Há sim, no mínimo, violação das garantias da duração razoável do processo e da efetividade da tutela jurisdicional em razão da conduta da parte que sofrerá os efeitos da antecipação de tutela.<sup>68</sup>

O Estado não pode permitir que uma das partes se valha de suas faculdades e ônus processuais apenas para protrair o desfecho do processo favoravelmente à parte contrária. Nesse caso, não há dúvidas, portanto, sobre a legitimidade constitucional da distribuição mais justa do tempo do processo por meio da tutela antecipada fundada na evidência.

Mesmo que essa tutela antecipada venha a ser concedida só na sentença,<sup>69</sup> sua utilidade estará preservada por tirar o efeito suspensivo de eventual apelação contra essa sentença.

Anote-se, por fim, que há outros aspectos muito interessantes a serem estudados sobre essa hipótese de antecipação de tutela: (i) se tem ou não caráter sancionatório, (ii) possibilidade ou não de sua concessão de ofício, (iii) necessidade ou não de perquirir elemento subjetivo na conduta da parte etc., mas isso desviaria o foco deste estudo.

68 Além disso, conforme afirma Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, “a tutela antecipada sancionatória, de outra parte, colhe legitimidade na garantia de tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, no princípio constitucional da moralidade (CF, art. 37, *caput*), na natureza pública do processo e na necessidade de preservar a dignidade da Justiça. Tais garantias e princípios moldam as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5, inc. LV) e impedem que elas sejam utilizadas no processo de modo abusivo” (cf. *Tutela antecipada sancionatória*, p. 43-44).

69 O fato de a tutela antecipada ou cautelar ser concedida na própria sentença não lhe tira o caráter da provisoriedade uma vez que essa provisoriedade é teleológica, pois exige outra tutela de caráter definitivo. Ou seja, a provisoriedade é decorrente da instrumentalidade dessas medidas. Nesse sentido, cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 131 e 269-272. Mateus Aimoré Carreteiro deixa clara essa ideia ao afirmar que “o termo provisório é aqui utilizado, como lembra Proto Pisani, com relação ao provimento em si mesmo considerado, pois as tutelas de urgência são inidôneas para regular a disciplina definitiva de um litígio controvertido” (cf. *Tutelas de urgência e processo arbitral*, p. 37). No entanto, como a provisoriedade também pode ter outro significado, ligado à possibilidade de revogação da medida a qualquer tempo, não seria má ideia a substituição da expressão “tutelas provisórias” por “medidas aceleratórias de tutela jurisdicional” (cf., nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *O regime jurídico das medidas urgentes*, p. 101).

#### 4.2 Alegações de fato comprovadas documentalmente e tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante

Não há dúvidas de que a atividade cognitiva se dá sobre questões de fato e de direito.<sup>70</sup> A ideia de evidência, contudo, sempre esteve ligada às questões de fato.<sup>71</sup> A despeito disso, o legislador criou hipótese híbrida de tutela antecipada fundada na evidência, exigindo a probabilidade fática do direito, mas também a probabilidade jurídica.<sup>72</sup>

A doutrina já vem criticando a incoerência do legislador ao admitir a antecipação apenas quando a tese estiver firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.<sup>73</sup> Sem entrar no mérito a respeito da

70 Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “é inerente ao processo de conhecimento a canalização de atividades convergentes ao objetivo de eliminar as questões de fato e de direito instaladas no processo e permitir que o juiz julgue com o espírito suficientemente iluminado e consciente da realidade sobre a qual decidirá” (cf. *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 28).

71 Nesse sentido, já afirmava Luiz Fux em sua pioneira obra: “os fatos, como sabido, são levados ao juízo através das provas, razão pela qual, quando se fala em direito evidente, diz-se direito evidenciado ao juízo através das provas” e “é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria” (cf. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 311). No mesmo sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam que “a evidência é fato jurídico processual. É o estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas” (cf. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 617).

72 Não há propriamente um problema nisso. Segundo Daniel Neves, “o legislador tomou o cuidado de exigir essa probabilidade tanto no aspecto fático como no jurídico, exigindo prova documental para comprovar os fatos alegados e tese jurídica já firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (cf. *Novo Código de Processo Civil - inovações, alterações, supressões comentadas*, p. 217).

73 Daniel Neves, nesse sentido, afirma que “o legislador poderia ter sido mais incisivo na abrangência do dispositivo, considerando também as súmulas persuasivas e a jurisprudência dominante, ainda que somente dos tribunais superiores, como ocorre no julgamento liminar de improcedência (art. 332, I). Ou ainda se valido da mesma técnica utilizada para prever outra hipótese de julgamento liminar de improcedência, com fundamento em súmula de tribunal de justiça sobre direito local (art. 332, IV, novo CPC). Afinal, se para conceder tutela definitiva liminarmente basta súmula persuasiva de tribunal superior, é contraditório exigir para a concessão de tutela provisória uma tese consagrada em súmula vinculante” (cf. *Novo Código de Processo Civil - inovações, alterações, supressões comentadas*, p. 217). Também Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira propõem uma “interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra, para que se entenda que deve ser possível a concessão de tutela de evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes

adequação ou não do sistema de precedentes estabelecido no novo Código de Processo Civil à Constituição Federal, se de um lado parece não haver prejuízo na interpretação ampliada, na medida em que a evidência sequer precisaria ter qualquer vinculação com precedentes e ainda porque a própria lei já prevê como elemento de evidência jurídica precedente que não tem força vinculante constitucional, como é o caso da tese firmada em julgamento de casos repetitivos, de outro lado talvez não seja o caso de ignorar que os precedentes eleitos pelo legislador como aptos a autorizar a antecipação da tutela fundada na evidência têm sua formação precedida de contraditório diferenciado. A solução dessa questão ainda demanda reflexão mais profunda.

Observe-se que o dispositivo legal refere-se a “alegações de fato” e não “alegações do autor”. Se todas as alegações de fato forem comprovadas apenas documentalmente<sup>74</sup> por ambas as partes, é certo que a fase instrutória será dispensada e o juiz procederá ao julgamento antecipado do mérito (CPC2015, art. 355, inc. I).<sup>75</sup> Assim, a grande vantagem dessa hipótese seria a eliminação do efeito suspensivo da apelação (CPC2015, art. 1.012, §1º, inc. V) toda vez que a sentença estiver de acordo com um precedente. Nesse caso, teria sido mais adequado disciplinar a matéria entre o rol das hipóteses

obrigatórios, tais como aqueles previstos no art. 927, CPC” (cf. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 625).

74 Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira defendem a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual entre as partes (CPC2015, art. 190) “para atribuir a um documento a aptidão para permitir ou não a tutela de evidência”, acrescentando que se trata de “hipótese que tende a ser muito usual de negócio jurídico processual” (cf. *Curso de direito processual civil*, p. 620). Com todo respeito ao posicionamento dos autores, não parece viável negócio jurídico processual nesse sentido na medida em que interfere no livre convencimento do juiz, que não pode ser afastado por convenção das partes. A mesma observação vale para a hipótese do art. 311, inc. IV, do novo Código de Processo Civil, também fundada em prova documental. Necessário concordar com os autores, contudo, quando afirmam que se deve admitir que as partes se valham não só de prova documental, mas também de prova documentada (cf. *Curso de direito processual civil*, p. 624).

75 Leonardo Greco reconhece a possibilidade de superposição entre hipóteses de julgamento antecipado do mérito e de tutela antecipada fundada na evidência e propõe um critério para distingui-las: “se não houver possibilidade de prática de qualquer ato subsequente que possa vir a infirmar o acolhimento do pedido do autor, deverá o juiz fazer uso do julgamento antecipado do pedido. Se, em respeito ao direito de defesa do réu ou a alguma outra circunstância, for necessário ou útil facultar a prática de atos subsequentes, deverá o juiz inclinar-se pela tutela de evidência” (cf. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015*, p. 322).

que tiram efeito suspensivo da apelação, pois definitivamente não há aí qualquer antecipação.

Questiona-se, no entanto, por que sentenças proferidas após cognição exauriente, depois de instrução envolvendo outras modalidades de prova, não podem também estar sujeitas a apelação sem efeito suspensivo caso proferidas no mesmo sentido de um precedente. O fato de um processo ser instruído exclusivamente com prova documental ou documentada e outro não é evidentemente insuficiente para a discriminação.<sup>76</sup>

Assim, se em uma primeira leitura a previsão dessa hipótese parece alinhada com as garantias constitucionais, pois distribui mais adequadamente o ônus do tempo do processo a partir da prolação da sentença, o que já é muito relevante,<sup>77</sup> uma leitura mais aprofundada revela existir violação à garantia da isonomia em razão das hipóteses não contempladas pela lei.

A leitura do parágrafo único do art. 311, contudo, ao prever que é possível a possibilidade de antecipação liminar *inaudita altera parte* no caso do inc. II, levaria à conclusão de que a expressão “alegações de fato” deveria ser lida como “alegações de fato do autor”; afinal, antes de o réu apresentar sua defesa o juiz não tem como saber se ele produzirá prova exclusivamente documental.

Nesse caso, até faria sentido a discriminação entre prova documental ou documentada e outros tipos de prova, pois aquelas devem acompanhar a inicial quando ajuizada uma demanda e estas sequer existem nesse momento.<sup>78</sup>

76 Partindo da premissa segundo a qual a própria lei deve ser editada em conformidade com a isonomia, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que para que seja possível discriminar, “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada (cf. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 38). Conclui que “se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia” (idem, p. 39).

77 Afinal, nosso sistema “consagra, quase de forma absoluta, a necessidade da confirmação da sentença para realização dos direitos” (cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, p. 273).

78 Daniel Neves chega mesmo a afirmar que “essa hipótese de tutela de evidência só terá sentido se for concedida liminarmente, porque após a citação e defesa do réu será caso de julgamento antecipado da lide” (cf. *Novo Código de Processo Civil – inovações, alterações, supressões comentadas*, p. 218).

Entretanto, como se verá adiante, isso esbarra num problema maior, que é o da incompatibilidade entre a tutela de evidência e a decisão liminar *inaudita altera parte*.

Ainda dentro dessa leitura, não sendo concedida a liminar, seriam duas as situações que se apresentariam:

(i) as alegações do réu também seriam comprovadas documentalmente, o que ensejaria julgamento antecipado do mérito e não mera antecipação da tutela;

(ii) as alegações do réu poderiam ser comprovadas por outros meios de prova. Nesse caso, se a defesa do réu for consistente, não há porque antecipar a tutela; por outro lado, se a defesa do réu for inconsistente, a hipótese já está abrangida pelo inc. IV e sequer seria necessário haver “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” ou qualquer outro precedente.

Desse modo, conclui-se que essa hipótese ou (i) tem como função exclusiva retirar o efeito suspensivo da apelação, ou (ii) está abrangida no inc. IV, ou ainda (iii) só teria sentido se a concessão fosse liminar, caso em que, como se verá adiante, é inconstitucional.

#### 4.3 Pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito

Essa hipótese de tutela antecipada fundada na evidência veio para substituir a ação de depósito prevista nos arts. 901 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973, que teve sua efetividade comprometida após a proibição de prisão depositário infiel (súmula vinculante n. 25).<sup>79</sup> A previsão indica, contudo, que a hipótese é aplicável apenas ao depósito negocial.

79 Anote-se que a previsão de cominação de multa não é um traço diferencial dessa modalidade de antecipação de tutela, pois a multa pode ser cominada sempre que se estiver diante de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa (CPC2015, art. 500). Daniel Neves afirma ser desnecessária essa previsão: “a expressa previsão de multa para pressionar psicologicamente o réu a entregar o bem é desnecessária, porque em toda e qualquer obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa é cabível a aplicação da multa cominatória” (cf. *Novo Código de Processo Civil - inovações, alterações, supressões comentadas*, p. 218).

Fernando da Fonseca Gajardoni afirma que a previsão foi salutar para colocar no mesmo patamar os contratos de depósito em geral e (i) os contratos envolvendo alienação fiduciária em garantia de bens móveis, para os quais há procedimento especial previsto no Decreto-lei n. 911/1969 e (ii) os contratos de compra e venda com reserva de domínio, para os quais há procedimento especial no art. 1.071 do Código de Processo Civil de 1973.<sup>80</sup>

Primeiramente, destaque-se que o Decreto-lei n. 911/1969 parece não ser um bom parâmetro para inspirar a criação de hipóteses de tutela antecipada com base na evidência. Sua origem autoritária e o favorecimento de instituições financeiras – que ainda vem sendo corroborado por atuais entendimentos jurisprudenciais<sup>81</sup> – sempre foram objeto de questionamento.<sup>82</sup>

Em favor da tutela imediata e *inaudita altera parte* do credor nos casos de alienação fiduciária em garantia, a própria exposição de motivos do Decreto-Lei n. 911/1969 trata da necessidade de combater o encarecimento das operações financeiras em razão da demora para reaver o bem, o que não parece ser uma justificativa plausível para a antecipação da tutela, pois isso não só fragiliza a garantia do contraditório em relação ao réu como viola

80 De acordo com o autor, nesse sentido a previsão foi positiva, pois “não há justificativa jurídica (...) para que o processo seja eficiente e funcional para alguns credores de obrigação de entrega (geralmente instituições financeiras) e não seja para outros” (cf. *Novo CPC*: a ressurreição da ação de depósito).

81 Mencione-se, nesse sentido, apenas a título ilustrativo para não desviar o foco do objeto deste artigo que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial repetitivo (REsp n. 1.418.593) entendeu que em contrato de alienação fiduciária não é possível haver purgação da mora mediante pagamento dos valores atrasados; deve haver pagamento integral da dívida sob pena de consolidação da propriedade do bem.

82 Cf, nesse sentido, BECKER, L. A. *Contratos bancários*, p. 160-166 e 331-359. Também Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci entendem ser inconstitucional referido decreto, por violação da isonomia (cf. *Constituição de 1988 e processo*, p. 57). O fato de uma lei ter sido promulgada durante a ditadura militar não é necessariamente sinal de autoritarismo; fosse assim e o Código de Processo Civil de 1973 teria que ser considerado integralmente autoritário. O que importa é o conteúdo da norma, que de fato é problemático em muitos pontos. Como quer que seja, uma alteração legislativa de 2004, já sob ares democráticos, tornou o procedimento ainda pior ao permitir que tutela reconhecida não urgente possa ser pleiteada no plantão judiciário.

a garantia da isonomia, pois todo e qualquer credor que tenha razão sofre danos marginais em razão da demora do processo.<sup>83</sup>

Anote-se que no caso da alienação fiduciária em garantia, embora o juiz já tivesse condições de identificar isso na própria inicial, é muito comum que a contestação dê destaque ao fato de ter havido adimplemento substancial, tese que, em nome do princípio da boa-fé, já encontrou acolhida no Superior Tribunal de Justiça em caso análogo de arrendamento mercantil.<sup>84</sup> Nesse caso, não é muito alto o custo a se pagar por uma tutela antecipada *inaudita altera parte*? Qual o prejuízo real em aguardar a manifestação do réu para verificar se a defesa por ele apresentada é ou não fundada?<sup>85</sup>

Em relação ao art. 1.071 do Código de Processo Civil de 1973, o procedimento especial para vendas a crédito com reserva de domínio não foi repetido no novo Código de Processo Civil. Isso provavelmente se deu em razão do fato de a providência liminar ali prevista ter natureza cautelar e não de verdadeira antecipação da tutela.<sup>86</sup> Mas já havia na doutrina formada sob a vigência do Código de 1973 quem defendesse a necessidade, em regra, de oitiva do réu.<sup>87</sup>

83 Esse decreto só pode ser compreendido - mas nunca aceito - no contexto da ditadura militar brasileira. Nesse sentido, L. A. Becker afirma que "a intensa atuação normativa do Estado no período pós-64 vinha preparando o país, com instrumentos jurídicos e processuais, para o 'milagre brasileiro'" (cf. *Contratos bancários*, p. 162).

84 Cf., nesse sentido, STJ, 4. turma, REsp n. 1.051.270/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 4 ago. 2011, DJe 5 set. 2011.

85 De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, "permitir, em razão de simples mora ou inadimplemento, a retirada forçada do bem do devedor e a consolidação da propriedade e da 'posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário' é viabilizar, ainda que através de força estatal, uma agressão ilegítima à esfera jurídica do devedor. Isso porque o mero inadimplemento não pode servir de justificativa para tudo isso, pois o não pagamento, como é óbvio, pode ter fundamento". Acrescenta que "se trata inversão que não encontra justificativa, pois a postergação da defesa não é imprescindível para a efetividade da tutela do direito, não havendo qualquer legitimidade em subordinar o direito do devedor apresentar defesa à entrega do bem objeto do contrato" (cf. *Antecipação da tutela*, p. 33).

86 Cf., nesse sentido, MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*, p. 281.

87 Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero assim se manifestam: "O art. 1.071, CPC, prevê a possibilidade de concessão de medida liminar - antes da oitiva da parte contrária. Essa, contudo, é devida, haja vista o direito fundamental ao contraditório (art. 5, LV, CRFB), salvo se a citação do réu puder tornar ineficaz a concessão da antecipação da tutela" (cf. *Código de Processo civil comentado artigo por artigo*, p. 930).

Como quer que seja, a hipótese do art. 311, inc. III, do novo Código de Processo Civil tem problemas que falam por si.

Primeiramente, a lei exige prova do depósito, mas não do inadimplemento. Ora, não tem qualquer sentido falar em evidência diante de prova apenas do contrato e não de seu inadimplemento.<sup>88</sup>

O segundo problema é a violação da isonomia: por que os demais credores de obrigação de entregar coisa não têm direito a esse mesmo procedimento supostamente mais efetivo?

Em terceiro lugar, também para essa hipótese o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de concessão de liminar *inaudita altera parte*. Se o devedor tem à sua disposição defesas legítimas para apresentar (CC, art. 633), qual o sentido de conceder ao autor tutela antecipada antes mesmo de ouvir o réu? O problema voltará a ser abordado no item 5, *infra*.

Por fim, se o réu vier a apresentar defesa inconsistente, a antecipação poderá ser deferida com fundamento no inc. IV, sendo de todo desnecessária previsão específica para o contrato de depósito.

#### 4.4 Petição inicial instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável

Essa é a hipótese mais representativa dos fundamentos teóricos de que se vale a doutrina para defender a tutela antecipada fundada na evidência. É aqui que fica mais clara a ideia de distribuição equitativa dos ônus relativos ao tempo do processo.

A redação legal, contudo, permite interpretações variadas que podem levar a uma fragilização desnecessária das garantias do contraditório e da ampla defesa.

Primeiramente, assim como já afirmado no item 4.2, *supra*, ao examinar a hipótese do art. 311, inc. I, do novo Código de Processo Civil, a lei fala em prova documental, mas não se deve afastar de plano a possibilidade de suas alegações serem objeto de prova documentada. Sua força probante<sup>89</sup>

88 No mesmo sentido, BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*, p. 161.

89 Imagine-se que essa prova documentada seja um laudo pericial produzido em outro processo entre as mesmas partes e trazido aos autos como prova emprestada. Ou ainda

variará conforme seu conteúdo e o modo pelo qual foi produzida;<sup>90</sup> a análise será necessariamente casuística. O réu, por sua vez, pode se valer da indicação de quaisquer meios de prova aptos a gerar dúvida razoável sobre as alegações do autor. Com efeito, o valor que se dá à prova documental não pode ser absoluto, como se ela valesse mais do que as outras.<sup>91</sup> Se o réu que não possui prova documental sempre se sujeitar ao deferimento da tutela antecipada fundada na evidência, sua posição no processo fica demasiadamente fragilizada e com isso viola-se desnecessariamente o contraditório e a ampla defesa.

Não é possível ignorar que o réu pode apresentar tanto defesa direta quanto indireta de mérito. Assim, mesmo que ele admita a ocorrência de todos os fatos constitutivos do direito do autor, a antecipação só poderá ocorrer se, em relação aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, o réu não apresentar prova desde logo ou não requerer a produção de prova capaz de gerar dúvida razoável; e essa prova evidentemente não precisa ser exclusivamente documental. O réu poderá também impugnar a própria autenticidade do documento apresentado pelo autor e requerer a produção de provas nesse sentido; nesse caso, a própria lei prevê que, quando houver impugnação, cessa a fé do documento particular (CPC2015, art. 428, inc. I).

Assim, ao menos em uma primeira leitura, são três as possíveis situações:

(i) o autor apresenta prova documental ou documentada suficiente do fato constitutivo de seu direito e o réu apresenta prova documental inapta a gerar dúvida razoável sem requerer a produção de nenhuma outra prova. Nesse caso, o juiz deve se valer da técnica do julgamento antecipado do mérito e não da mera tutela antecipada fundada na evidência;

(ii) o autor apresenta prova documental ou documentada suficiente do fato constitutivo de seu direito e o réu apresenta prova documental ou documentada e requerimento de outras provas aptas a gerar dúvida razoável.

uma prova documentada resultante de produção antecipada de prova. Evidente que isso deve ser levado em consideração.

90 Também defendem a admissibilidade da prova documentada Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (cf. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 629).

91 Cândido Rangel Dinamarco, nesse mesmo sentido, sempre criticou a minuciosa regulação contida no Código de Processo Civil de 1973 sobre a força probante dos documentos, em razão de sua incompatibilidade com o livre convencimento motivado (cf. *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 602).

Nesse caso, o juiz não poderá conceder tutela antecipada fundada na evidência em favor do autor.<sup>92</sup> Anote-se que sequer é necessário apresentar prova documental ou documentada, mas é imprescindível que haja o requerimento de outras provas aptas a gerar dúvida razoável para que não haja uma vez mais o julgamento antecipado de mérito;

(iii) o autor apresenta prova documental ou documentada suficiente do fato constitutivo de seu direito e o réu apresenta provas documentais ou documentadas e requerimento de outras provas, todas inaptas a gerar dúvida razoável. É possível ainda que o réu não apresente nenhuma prova documental e apresente apenas requerimento de provas inaptas a gerar dúvida razoável. Nesse caso, o juiz poderá conceder tutela antecipada fundada na evidência em favor do autor.

Na terceira situação apresentada é necessário esclarecer que o requerimento de provas não pode ser tão frágil a ponto de levar ao seu indeferimento pelo juiz (CPC2015, art. 370, parágrafo único), pois aí seria caso de julgamento antecipado do mérito. Entretanto, existe uma zona intermediária entre o requerimento de provas inúteis ou meramente protelatórias e o requerimento de provas aptas a gerar dúvida razoável a respeito das alegações do autor, onde se situa o requerimento de provas inaptas a gerar referida dúvida razoável mas que ainda assim devem ser produzidas.<sup>93</sup>

Não é possível perder de vista que para concessão ou não da tutela antecipada, o juiz deve analisar as alegações de ambas as partes e as

92 Marinoni, Arenhart e Mitidiero sustentam posição oposta ao afirmar que “embora não tenha sido previsto textualmente pelo art. 311, também é possível antecipação da tutela fundada na evidência quando o autor alega e prova o fato constitutivo de seu direito e o réu opõe defesa indireta sem oferecer prova documental, protestando pela produção de prova oral ou pericial” (cf. *Novo curso de processo civil*, v. 2, p. 202). Ou seja, para os autores não haverá exame da aptidão ou não da prova oral ou pericial para gerar dúvida razoável sobre as alegações do autor; tendo o autor provado o fato constitutivo de seu direito documental e o réu apresentado requerimento de prova oral ou pericial, deve ser concedida a antecipação.

93 Sem vislumbrar essa terceira situação, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam que a aplicação do art. 311, inc. IV, do novo Código de Processo Civil seria sempre caso de julgamento antecipado do mérito e que a previsão só serviria para tirar efeito suspensivo da apelação. Eles partem da premissa de que a concessão de tutela antecipada fundada na evidência “pressupõe que se trate de causa em que a prova de ambas as partes seja exclusivamente documental” (cf. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 629). Referida premissa, contudo, não encontra amparo na lei.

provas que já produziram (documental ou documentada) ou cuja produção requereram. Confrontando esses elementos, terá condições de verificar se o direito do autor é ou não provável e portanto merecedor de tutela imediata, ainda que provisória.<sup>94</sup> Acrescente-se, nesse ponto, que diferentemente da escolha expressamente feita pelo legislador, seria plenamente possível cogitar de evidência mesmo que o autor não apresentasse prova documental.

### 5. Tutela antecipada liminar fundada na evidência?

O novo Código de Processo Civil prevê, no parágrafo único do art. 311, que a tutela antecipada fundada na evidência pode ser concedida liminarmente nas hipóteses dos incisos II e III. O termo liminarmente, aqui, só pode ter sido utilizado em sentido técnico, como sinônimo de “no início” e portanto *inaudita altera parte*.<sup>95</sup> É legítima a concessão liminar de tutela antecipada quando inexistente urgência na concessão da medida?

Por uma questão lógica, a hipótese do inc. IV nunca poderia ser objeto de decisão liminar, uma vez que pressupõe manifestação do réu. Além disso, houve clara opção legislativa em não permitir a decisão liminar quando o fundamento for o abuso de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (inc. I). Se por um lado o abuso de defesa também pressupõe a

94 A observação de Bruno Vinícius da Rós Bodart é um bom guia para o raciocínio do juiz: “Rememore-se que, conforme demonstrado alhures, a cognição exauriente sequer é garantia de um julgamento baseado na verdade. Pode ser que o autor vá a juízo com um direito de tal sorte comprovado que seja absolutamente iníquo negar-lhe o imediato acesso ao bem da vida a que provavelmente faz jus. Quando o risco de erro Judiciário é nitidamente menor que o risco de atrasar a realização do direito suficientemente demonstrado, passa a ser desproporcional agraciar o réu com a postergação do provimento decisório, equivalente a uma imunidade contra as legítimas investidas do autor” (cf. *Tutela de evidência*, p. 86). Também merece transcrição a lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero: “a probabilidade do direito que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica - que é aquele que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder ‘tutela provisória’” (cf. *Novo curso de processo civil*, v. 2, p. 203).

95 Nesse sentido, Adroaldo Furtado Fabrício esclarece que “rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite *inaudita altera parte*, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação” (cf. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*, p. 9).

manifestação de ambas as partes a afastar por uma questão lógica a decisão liminar, o mesmo não se passa com o manifesto propósito protelatório, que pode até mesmo ser verificado em atos praticados antes e fora do processo.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, sedimentou-se entendimento segundo o qual o manifesto propósito protelatório pode ser identificado em momento anterior ao da propositura da demanda.<sup>96</sup> Isso, em tese, poderia dar ensejo ao deferimento da tutela antecipada *inaudita altera parte*.<sup>97</sup> O novo Código de Processo Civil, porém, afastou expressamente essa possibilidade.

Mas e quanto às demais hipóteses? Se por um lado a lógica permitiria a antecipação *inaudita altera parte* nas hipóteses previstas nos incs. II e III, essa possibilidade é amparada pela Constituição?

Como já visto no item 3, *supra*, e especialmente na nota n. 42, mesmo em se tratando de tutela de urgência, a decisão *inaudita altera parte* deve ser exceção no sistema e só deve ocorrer quando a efetivação do contraditório inicial puder prejudicar a eficácia da medida.<sup>98</sup>

96 Cf., nesse sentido, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*, p. 84.

97 Mais uma vez segundo Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, a antecipação *inaudita altera parte* não seria possível em regra em razão da ausência de urgência na concessão da medida (cf. *Tutela antecipada sancionatória*, p. 84-85). Afirma o autor, contudo, que “essa impossibilidade pode ser superada em situações excepcionais, principalmente em causas movidas em face do Poder Público nas quais o direito do cidadão está pacificado nos tribunais, inclusive com súmulas a respeito, e a pretensão não é satisfeita espontaneamente” (cf. *Tutela antecipada sancionatória*, p. 85). A partir da vigência do novo Código de Processo Civil, sequer essas hipóteses excepcionais poderão ser objeto de antecipação *inaudita altera parte*, se o autor desejar a antecipação nesses moldes, deverá demonstrar, além do manifesto propósito protelatório do réu, a urgência na concessão da medida.

98 Como afirma Leonardo Schenk, “a regra de ouro a orientar a concessão da medida, porque excepcional, está em apenas se anteciparem os efeitos da tutela, sem a presença do réu, se a sua convocação puder prejudicar a eficácia da medida” (cf. *Cognição sumária*, p. 191). Ao resumir suas ideias em caráter conclusivo, assim se manifesta o autor: “a legislação processual que autoriza a antecipação dos efeitos do resultado final, em sede liminar, terreno próprio da cognição sumária porque superficial a análise do julgador, observa, como regra, no plano abstrato, o núcleo essencial da garantia do contraditório, identificado no direito à prévia informação e manifestação, conteúdo da audiência bilateral, ficando o diferimento autorizado, por um curto espaço de tempo, apenas

Diante disso, parece não existir justificativa constitucional para a antecipação da tutela *inaudita altera parte* quando se está diante apenas da evidência desacompanhada de urgência.<sup>99</sup> Restrições às garantias constitucionais, como afirma Leonardo Schenk, devem ser criadas pelo legislador no mínimo necessário.<sup>100</sup> E a antecipação de tutela fundada na evidência *inaudita altera parte* está certamente fora desse mínimo necessário.

Anote-se ainda que no procedimento do *référé* disciplinado no Código de Processo Civil francês, que teria inspirado de alguma forma a tutela antecipada fundada na evidência, deve sempre haver contraditório prévio.<sup>101</sup>

Bruno Vinícius da Rós Bodart traz interessante construção a respeito dos graus de verossimilhança por meio da qual diferencia o juízo de possibilidade, resultante de uma cognição superficial, do juízo de probabilidade, resultante de uma cognição sumária.<sup>102</sup> A cognição superficial

quando indispensável o provimento urgente para a tutela de outro direito fundamental em risco real de perecimento” (cf. *Cognição sumária*, p. 296).

99 E muito menos justificativa há para se defender que nos casos dos incisos II e III do art. 311 seria possível valer-se do procedimento previsto para a tutela antecipada antecedente, como defendido por Daniel Amorim Assumpção Neves. De acordo com o autor, “é claro que, nas duas hipóteses de tutela de evidência em que não cabe sua concessão liminarmente, não haverá possibilidade material de seu pedido ocorrer de forma antecedente; mas, nas duas outras, nas quais a concessão pode ou deve ser liminar, é plenamente possível se imaginar um pedido de forma antecedente. Como o novo CPC não trata dessa possibilidade, é possível ao intérprete propugnar pela aplicação por analogia do procedimento previsto para o pedido antecedente de tutela antecipada (cf. *Novo Código de Processo Civil – inovações, alterações e supressões comentadas*, p. 219). Ocorre que o novo Código de Processo Civil deixa muito claro que o pedido antecedente foi concebido apenas para casos de urgência e deve ser utilizado, se assim desejar o autor, quando a urgência for contemporânea à propositura da demanda (art. 303).

100 Cf. *Cognição sumária*, p. 199.

101 Como informa Giovanni Bonato, “la regola della preventiva instaurazione del contraddittorio è ineliminabile nel procedimento di référé e in questa direzione la relativa ordinanza ha un ‘carattere contraddittorio’, nel senso che viene pronunciata solo dopo aver instaurato il contraddittorio con la parte convenuta” (cf. *I référés nell’ordinamento francese*, p. 48-49). Apenas em casos de extrema urgência seria possível obter pronunciamento *inaudita altera parte* por meio do procedimento da “ordonnance sur requête” (idem, p. 55).

102 Também reconhece essa gradação Kazuo Watanabe: “a probabilidade e a verossimilhança têm graus. Em matéria criminal, Malatesta estabelece a seguinte gradação: relativamente a determinado objeto, é possível uma mínima probabilidade que a denomina verossímil,

dar-se-ia levando-se em consideração apenas alegações de uma das partes e as máximas da experiência, motivo pelo qual é em regra inapta a embasar uma decisão judicial.<sup>103</sup> Na cognição sumária, o grau de verossimilhança é maior, quer porque há contraditório entre as partes, quer porque mesmo à míngua de contraditório as alegações do autor são acompanhadas de provas.<sup>104</sup>

Não é possível, contudo, concordar com essa última conclusão. Mesmo que acompanhadas de provas, as alegações do autor desacompanhadas de contraditório não podem ensejar um juízo de probabilidade, especialmente porque a dialética processual não se resume à alegação de fatos constitutivos do direito do autor e à sua possível negação pelo réu (defesa direta de mérito). Podendo o réu valer-se de defesa indireta de mérito, que eventualmente também pode vir já acompanhada de prova, é temerário antecipar a tutela em favor do autor sem contraditório prévio. Não há urgência a justificar tamanha pressa em decidir; em suma, não há risco de que o direito do autor seja inviabilizado durante o curto período necessário para efetivar o contraditório.

Em idêntico sentido, Leonardo Greco defende que a antecipação de tutela nos casos dos incisos II e III do art. 311 só pode se dar *inaudita altera parte* se houver também perigo de lesão grave ou de difícil reparação.<sup>105</sup>

uma probabilidade média, que chama de provável, e a probabilidade máxima, que seria o probabilíssimo” (cf. *Cognição no processo civil*, p. 132).

103 Nas palavras do autor, “o juízo de possibilidade, assim, é apenas excepcionalmente apto a embasar uma decisão judicial. O baixo grau de verossimilhança corresponde a um alto risco de que qualquer provimento nele baseado seja desconforme à verdade” (cf. *Tutela de evidência*, p. 46). Complementando essa ideia, afirma ainda que referido juízo “terá lugar sempre que o alto risco de erro judicial seja compensado pela magnitude do direito a tutelar, conforme alegado pelo demandante” (cf. *Tutela de evidência*, p. 51).

104 Cf. *Tutela de evidência*, esp. p. 54 e 56-57.

105 Eis a íntegra de seu pensamento: “o acolhimento liminar, ainda que provisório, do pedido do autor sem o requisito da urgência, violaria a garantia do contraditório, o que, a meu ver, impõe uma interpretação do *caput* e do parágrafo único no artigo 312 em conformidade com o artigo 5, inciso LV, da Constituição, no sentido de que, nas hipóteses dos incisos II e III, a liminar autorizada depende concorrentemente da evidência do direito e da caracterização do perigo de lesão grave ou de difícil reparação (cf. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015*, p. 321-322). Anote-se que o autor se refere ao art. 312, pois quando publicado seu texto o Código de Processo Civil ainda não havia sido promulgado e assim a numeração final dos artigos não estava definida. Em obra publicada após a promulgação do novo Código o autor reproduz essa mesma ideia (cf. *Instituições de processo civil*, v. II, p. 371).

Se não é possível se curvar à “tirania da urgência”,<sup>106</sup> o que se dizer da tirania da evidência?

Mesmo que se exija para a concessão de tutela antecipada fundada na evidência um grau de probabilidade maior do que aquele exigido para a tutela antecipada fundada na urgência, isso em nada colabora para a conclusão de que seria desnecessário ouvir o réu.

A perfeita configuração da controvérsia só existe após a manifestação de ambas as partes. Antes disso, o juiz pode ser levado a crer que um direito é extremamente provável quando na verdade não é. Em suma, os prejuízos que podem advir de uma apressada concessão liminar de tutela antecipada fundada na evidência são certamente maiores do que aqueles que o autor suportará ao aguardar a efetivação do contraditório.

Vale esclarecer que é possível que o autor, além do preenchimento dos requisitos do art. 311, inc. II e III, do novo Código de Processo Civil, demonstre também o *periculum in mora*. Nesse caso, evidentemente será possível conceder, se realmente necessário, a medida liminar *inaudita altera parte*.

Por fim, anote-se que o outro extremo – concessão de tutela antecipada fundada na evidência apenas na sentença – também deve ser visto com cautela. Embora se defenda em princípio que as tutelas provisórias em geral podem ser concedidas a qualquer momento, inclusive na sentença, a concessão de tutela antecipada fundada na evidência apenas na sentença na maioria das hipóteses previstas na lei pode colocar em xeque a coerência do sistema.

Se após cognição exauriente, com ampla instrução e produção de diversos tipos de prova, o juiz concluir que o autor tem razão, não há dúvida de que proferirá sentença reconhecendo a procedência da demanda. Ocorre que no sistema brasileiro as sentenças, em regra, não são imediatamente eficazes, em razão do efeito suspensivo da apelação (CPC2015, art. 1.012).

106 A expressão “tirania da urgência” foi extraída da seguinte passagem da obra de Leonardo Schenk: “a necessidade de se fixarem, como referência, os direitos decorrentes da audiência bilateral como conteúdo essencial do contraditório decorre, ainda, da premência de se evitar o completo descaso e banalização da garantia, por pressões de celeridade, a reboque do que se convencionou chamar tirania da urgência, movimento que caracteriza o modo de viver da sociedade contemporânea” (cf. *Cognição sumária*, p. 182).

Se o juiz apenas nesse momento concluir que o direito do autor é o mais forte – como haverá de concluir para sentenciar a seu favor – e aí então conceder a tutela antecipada fundada na evidência, será forçoso concluir que toda vez que o autor produzir prova documental (ou documentada) junto com a inicial e obtiver sentença favorável a apelação não mais será dotada de efeito suspensivo. Essa conclusão, contudo, não está alinhada com o conceito de evidência.

Vale esclarecer que a hipótese é bastante distinta daquela em que há concessão de tutela antecipada fundada na urgência apenas na sentença, uma vez que nesse caso o elemento urgência não é absorvido pelo julgamento da pretensão e comporta apreciação apartada pelo julgador no momento de sentenciar. Cogitar da existência ou não de evidência para fins de antecipação de tutela, contudo, deixa de ter qualquer lógica quando se está a julgar o próprio mérito da demanda. A única hipótese que escapa disso é a prevista no art. 311, inc. I, do novo Código de Processo Civil, pois o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte podem ter apreciação independente do mérito da demanda.

## Conclusão

Para concluir este estudo, é pertinente transcrever dois importantes alertas de Barbosa Moreira: (i) “é necessário muito cuidado para não exagerar na dose, quando se cuida de instituir medidas tendentes à satisfação rápida (ainda que provisória) daquele que tomou a iniciativa de ir a juízo. Tem-se às vezes a impressão de que um zelo desmedido pode acabar por construir um ‘processo civil do autor’”;<sup>107</sup> (ii) “se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional

107 Cf. *Antecipação da tutela*: algumas questões controvertidas, p. 86. Em sentido análogo, afirma José Roberto dos Santos Bedaque que “não se pode admitir, porém, que a visão do processo pelo ângulo do autor leve ao sacrifício completo dos interesses opostos do réu. Ainda que não se aceitem alguns exageros ligados ao direito à ampla defesa conferido ao réu, o completo abandono desses postulados pode levar à eliminação de valores caros à ciência processual moderna, como o contraditório e o devido processo legal” (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 423).

venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”.<sup>108</sup>

Parece não haver dúvida de que a tutela antecipada fundada na evidência é, em princípio, instituto que complementa o sistema processual no sentido de permitir uma melhor distribuição do tempo do processo; afinal, é insuficiente que isso só ocorra nos casos em que se cogite de urgência. As hipóteses eleitas pelo legislador, contudo, como se viu, nem sempre traduzem bem os valores que estão à base do instituto abstratamente considerado.

De todo modo, a tutela de evidência prevista em termos genéricos é um instituto novo e ulteriores estudos mais aprofundados a seu respeito bem como sua aplicação prática certamente promoverão seu amadurecimento para que sirva aos propósitos para os quais foi concebido.<sup>109</sup>

Acrescente-se, por fim, que não é preciso acelerar exageradamente a prestação jurisdicional. Se uma ambulância precisa andar a 80 km/h em uma via cuja velocidade máxima é de 60 km/h pois assim são potencializadas as chances de cura de um paciente, é razoável que o faça. Desnecessário, contudo, atingir a velocidade de 120 km/h se nessa hipótese há risco de colisão com outros veículos no trajeto. Deve ser descartada, portanto, a antecipação de tutela *inaudita altera parte* em casos de evidência desacompanhada de urgência.

Jamais é possível perder de vista que a Constituição prevê importantes garantias para ambas as partes, o que demanda uma leitura cautelosa das hipóteses de cabimento e do momento em que pode ser concedida a tutela antecipada fundada na evidência.

## Referências

- ANDOLINA, Italo. “*Cognizione*” ed “*esecuzione forzata*” nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 14 tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

108 Cf. *O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 5.

109 Mesmo na França onde instituto similar (*référé*) já existe há muito tempo, a doutrina tem dificuldades em definir o que é uma contestação séria, cuja ausência permite o pronunciamento favorável ao autor (cf., nesse sentido, BONATO, Giovanni. *I référé*s nell’ordinamento francese, p. 64).

- BARBOSA, Bruno Valentim. *Julgamentos parciais de mérito no processo civil individual brasileiro*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2013.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. *Temas de direito processual civil*. 8. ser. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual civil*. 8. ser. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BECKER, L. A. *Contratos bancários*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BONATO, Giovanni. I référé nell’ordinamento francese. In: CARRATTA, Antonio (a cura di). *La tutela somaria in Europa – studi*. Napoli: Jovene, 2012.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- \_\_\_\_\_. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. In: JAYME, Fernando Gonzaga, FARIA, Juliana Cordeiro de, LAUAR, Maira Terra (Coords.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência e processo arbitral*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2013.
- CASTRO, Daniel Penteadó de. *Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2014.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo Malheiros: 2013, v. I.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo Malheiros: 2009, v. III.
- \_\_\_\_\_. *O regime jurídico das medidas urgentes*. Nova era do processo civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- \_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. I.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência* (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Novo CPC: a ressurreição da ação de depósito*. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-ressurreicao-da-acao-de-deposito>>.
- GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela da evidência do Código de Processo Civil de 2014/2015. In: *Revista eletrônica de direito processual*, v. XIV, ano 8, jul./dez. 2014.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. II.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Antecipação da tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela – da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- \_\_\_\_\_. Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa. In: *Revista de processo*, n. 149, ano 32, jul./2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – inovações, alterações, supressões comentadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Um novo conceito de sentença? In: *Revista de Processo*, n. 149, ano 32, jul./2007.
- OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. *Julgamento fracionado do mérito e suas implicações no sistema recursal*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2013.
- PEYRANO, Jorge W. Novidades procesales – la tutela de evidencia. In: *Revista de Processo*, n. 189, ano 35, nov./2010.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014.
- SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- \_\_\_\_\_. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil – passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione – problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.
- TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.