

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIRETO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Luciana Junqueira Pezzi

**A TUTELA DE EVIDÊNCIA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL:**

A Tutela Antecipada fundada na evidência.

Porto Alegre,

2015.

Luciana Junqueira Pezzi

**A TUTELA DE EVIDÊNCIA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL:**

A Tutela Antecipada fundada na evidência.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero

Porto Alegre,

2015.

CIP - Catalogação na Publicação

Junqueira Pezzi, Luciana

A tutela da evidência e o Novo Código de Processo Civil: A tutela antecipada fundada na evidência / Luciana Junqueira Pezzi. -- 2015.
38 f.

Orientador: Daniel Mitidiero.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2015.

1. Tutela Antecipada baseada na Evidência. 2. Tutela Antecipada. I. Mitidiero, Daniel , orient.
II. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

REITOR

Carlos Alexandre Netto

VICE-REITOR

Rui Vicente Oppermann

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Danilo Knijnik

VICE-DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Carlos Klein Zanini

**DIRETOR DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROCESSUAL CIVIL**

Daniel Francisco Mitidiero

ORIENTADOR

Daniel Mitidiero

ELABORAÇÃO

Luciana Junqueira Pezzi

RESUMO

O artigo propõe uma análise do instituto da tutela antecipada baseada na evidência. Para tanto, primeiramente busca se definir as tutelas de urgência no Código de Processo Civil e o instituto da tutela antecipada em si. A partir do entendimento do que é a antecipação de tutela, passa-se a uma análise mais detalhada da técnica antecipatória baseada na evidência do direito, ou seja, aquela que não pressupõe o requisito urgência. Dessa forma, apresenta-se o instituto, sua aplicabilidade e justificativa, bem como sua previsibilidade no Código de Processo Civil vigente e no Novo Código de Processo Civil o qual ainda não entrou em vigor.

Palavras chaves: Tutela; Antecipação; Evidência; Direito Evidente; Não-urgência.

Sumário

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 6 |
| 2. Tutelas de Urgência no Código de Processo Civil | 7 |
| 2.1 Breves considerações sobre as diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada..... | 8 |
| 2.2 Tutela Antecipada..... | 10 |
| 2.2.2 Análise do artigo 273 do CPC - Requisitos e pressupostos do procedimento antecipatório | 12 |
| 2.2.2.1 Requerimento da parte | 12 |
| 2.2.2.2 Prova inequívoca e verossimilhança..... | 13 |
| 2.2.2.3 Fundado receio de dano irreparável e difícil reparação..... | 16 |
| 2.2.2.4 Abuso de direito de defesa ou manifesto protelatório do réu..... | 17 |
| 2.2.2.5 (IR)Reversibilidade | 18 |
| 2.2.2.6 Incontrovérsia | 20 |
| 2.2.2.7 Fungibilidade..... | 20 |
| 3. A tutela da evidência no Código Buzaid e no novo CPC..... | 22 |
| 3.1 Noções de direito evidente | 23 |
| 3.2 Tutela da evidência..... | 24 |
| 3.2.1 Tutela antecipada punitiva..... | 25 |
| 3.2.2 Parte incontroversa da demanda..... | 27 |
| 3.3 Tutela da evidência no novo CPC..... | 30 |
| 4. CONCLUSÃO..... | 35 |
| 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS | 36 |

1. INTRODUÇÃO

Geralmente, o instituto da antecipação de tutela é associado ao requisito urgência, ou seja, perigo de dano irreparável ou difícil reparação. Entretanto, há casos em que a antecipação de tutela é baseada na evidência do direito e não na urgência.

O presente trabalho visa focar na antecipação da tutela baseada na evidência. Importando no estudo de como ela é existente no ordenamento jurídico ainda vigente, bem como sua previsão no já aprovado Novo Código de Processo Civil.

Para se produzir uma sequência lógica, possibilitando o entendimento, primeiramente será dada atenção no instituto tutelas de urgências previstas no ordenamento jurídico. Tecendo-se distinções entre cautelar e tutela antecipada, bem como apresentando o entendimento do artigo 273, que prevê a antecipação de tutela no Código Buzaid.

Em seguida será abordado com maior afinco o tema da tutela antecipada baseada na evidência do direito. Nesse capítulo far-se-á uma abordagem do tema no sistema vigente, finalizando-se com os pontos atinentes a previsão do instituto no Novo Código de Processo Civil, sancionado no mês anterior.

Assim, o objetivo do presente, é caracterizar, distinguir e classificar a tutela da evidência, na perspectiva própria de sua característica, qual seja, a antecipação da tutela nos casos de evidência do direito. Mesmo que não seja encontrada expressamente na legislação atual, recebe uma maior atenção no direito em que está surgindo, pois conta com previsão expressa e possui em sua essência os princípios que norteiam o novo código, que se desenvolveu na busca da verdade, evidência do direito e efetividade.

2. TUTELAS DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Tutelar é proteger, amparar, defender, assistir. Desse modo, quando se fala em tutela jurisdicional fala-se na prestação pelo Estado aos seus indivíduos do amparo, assistência, defesa, vigilância. A Constituição Federal garante aos seus tutelados que nenhuma “lesão ou ameaça a direito” deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário¹. Esse compromisso de prestação jurisdicional deve ser cumprido de modo eficaz para a manutenção dos padrões de convívio social e do Estado de Direito.²

O Código de Processo Civil prevê a concessão de medidas urgentes, quando o litígio não pode esperar a sentença final prolatada pelo magistrado, segundo o rito tradicional do processo.

Assim, a morosidade do rito ordinário, transformou as cautelares numa “válvula de escape” para prestação jurisdicional adequada, bem como a tutela antecipada foi tratada como tutela cautelar³. Para Marinoni “esta distorção foi fruto da necessidade de celeridade e, em outras palavras, da exigência de efetividade da tutela dos direitos”.⁴

Segundo Scarpinella, nas tutelas de urgência (cautelares e tutela antecipada), o elemento constante, que legitima a prontidão e imediatidade da prestação jurisdicional é a “urgência”, ou seja, a autuação do Estado antes da consumação do dano.⁵

¹ Constituição Federal, art. 5º XXXV.

² ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 06.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.122/123.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.123.

⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral de Direito Processual Civil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 283.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIFERENÇAS ENTRE A TUTELA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPADA

Embora o estudo das cautelares não seja o objetivo desse trabalho, a seguir, tece-se alguns brevíssimos comentários entre as principais diferenças entre os institutos da tutela antecipada e das cautelares.

Essas medidas urgentes buscam resolução jurisdicional em medida emergencial, quando o magistrado possui subsídios para efetividade de celeridade da pretensão antes da consumação do dano. Entretanto, importante sua distinção.

Luiz Guilherme Marinoni leciona o seguinte ao diferenciar a tutela antecipada:

“A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumária’. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado.”

Apesar das peculiaridades comuns e do traço quanto à função constitucional que exercem, as medidas cautelares e antecipatórias são tecnicamente diferentes, aponta Teori Albino Zavascki. Salienta, ainda, que sua diferença evidencia-se em face da autonomia de regime processual bem como procedimental que lhes foi outorgada pelo legislador.⁶

Daniel Mitidiero leciona que é preciso perceber que não é possível confundir a tutela antecipada com cautelar. Frisa, ainda, que a técnica antecipatória é consubstanciada essencialmente por uma inversão no procedimento, vez que se caracteriza como uma técnica processual. Já a tutela cautelar é uma espécie de tutela jurisdicional do direito, dessa forma trata-se

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 46

de um dos fins resultantes do meio empregado.⁷

O jurista José Roberto Santos Bedaque ao lecionar sobre o assunto afirma que “distinguem-se, todavia, pelo caráter satisfativo de uma, inexistente na outra. As medidas cautelares exerciam em nosso sistema apenas função de assegurar a utilidade do pronunciamento futuro, mas não antecipar seus efeitos materiais, ou seja, aqueles pretendidos pela parte no plano substancial. A diferença fundamental entre ambas residiria, pois, nesse aspecto provisoriamente satisfativo do próprio direito material cuja tutela é pleiteada de forma definitiva, ausente na cautelar e inerente na antecipação”.⁸

Salienta-se, ainda, que na tutela cautelar o requisito ligado à urgência é um perigo de dano, assim o dano jurídico pode ser compreendido como a não *frutuosidade* futura do direito material controvertido. E a tutela antecipada tem como requisito ligado à urgência sempre um perigo de demora na efetiva prestação da tutela jurisdicional, acarretando no risco de se não provida, não haja a produção dos efeitos fáticos de sua outorga.⁹

Para finalizar esse ponto, destaca-se algumas distinções apontadas por Jaqueline Mielke¹⁰ destaca na seara da tutela cautelar há autonomia no procedimento, poder assecuratório dos direitos, sem jamais satisfazê-los, temporariedade bem como segurança da execução. Já na tutela antecipada destaca a ausência de autonomia procedimental, a antecipação dos efeitos da sentença final, a provisoriedade bem como a execução para a segurança. Concluindo-se assim que a tutela cautelar e a tutela antecipada são espécies de tutela de urgência que não se confundem de forma alguma.

⁷ MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 19.

⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.27

⁹ TESSER, André Luiz Bauml. Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.99.

¹⁰ SILVA, Jaqueline Mielke. Tutela de urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 39-40.

2.2 TUTELA ANTECIPADA

O instituto da tutela antecipada ganhou evidência no processo civil brasileiro com o advento da Lei 8.952 de 1994. A referida reforma processual deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, produziu “uma notável mudança de concepção do próprio sistema processual”.¹¹

As medidas antecipatórias até esse momento eram previstas para apenas alguns procedimentos, e passou a constituir providência alcançável em qualquer processo. Dessa forma, as medidas antecipatórias acarretaram em mudanças nos processos de conhecimento, execução, cautelares e até mesmo nos procedimentos especiais.¹²

A técnica antecipatória representa uma concepção de processo civil marcada pelo axioma do princípio da efetividade e da função jurisdicional.¹³

Segundo Marinoni:

“A técnica antecipatória permite que se de tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão. O direito que pode ser evidenciado de plano exige uma tutela imediata e o legislador responde a tal necessidade tornando viável a antecipação quando, evidenciado o direito, a defesa é exercida de modo abusivo. No caso de risco de lesão, a tutela antecipatória funda-se na probabilidade da existência do direito e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.”¹⁴

Marinoni afirma que em uma perspectiva mais latente com o direito material, podemos equiparar a “tutela” a um “bem da vida”, vez que o jurisdicionado utiliza-se do Poder Judiciário para garantir um “bem jurídico” ou a

¹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 70

¹² ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 70

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 72

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.43.

“tutela” de um direito que entende possuir.¹⁵

Nesse diapasão, tendo em vista que o cidadão pode alcançar o bem jurídico que objetiva no curso ou no final do procedimento, conclui-se que a tutela pode ser prestada antecipadamente ou apenas no final, não sendo adequado colocar-se no mesmo plano a tutela antecipada e a sentença.¹⁶

Afirma, ainda, o autor que “a sentença e a decisão interlocutória são apenas técnicas para adequada prestação das tutelas.” Ou seja, os procedimentos, as sentenças, os meios de execução e a possibilidade de antecipação tratam-se de técnicas para prestação da adequada tutela dos direitos.¹⁷

Assim, o procedimento antecipatório permite um tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos que correm risco de lesão. O artigo 273 do Código de Processo Civil vigente prevê a antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida na inicial.¹⁸

Luiz Guilherme Marinoni elucida a questão:

“A tutela antecipatória produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença. A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as conseqüências concretas da sentença de mérito. Essas conseqüências concretas podem ser identificadas com os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material.

“Note-se, além disso, que no caso de tutela antecipatória mediante julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados (v. a seguir), não há produção imediata de um efeito que somente poderia ser produzido pela sentença de mérito, mas apenas a antecipação do momento em que deveria ser proferido o julgamento do pedido, compreendido este momento como o final do processo, ou seja, aquele em que todos os pedidos cumulados (ou a

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.30

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.30.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.31.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.43

integralidade do pedido) estão maduros para julgamento.”¹⁹

Feita essas considerações iniciais, passa-se analisar os requisitos e pressupostos pertinentes ao instituto da tutela antecipada.

2.2.2 Análise do artigo 273 do CPC - Requisitos e pressupostos do procedimento antecipatório

2.2.2.1 Requerimento da parte

Teori Zavascki leciona que segundo dispõe o Código de Processo Civil, a antecipação de tutela depende de requerimento da parte. Salieta que a tutela antecipada está sujeita ao princípio do dispositivo, não podendo ser concedida de ofício pelo juiz.²⁰

No mesmo sentido Luiz Gustavo Tardin, afirma que “o sistema das tutelas sumárias ajusta-se, nesse particular, ao sistema geral do Código de Processo Civil quando reclama provocação da parte para recebimento da prestação jurisdicional.”²¹

Em que pese os doutrinadores Marinoni e Mitidiero entenderem que a antecipação de tutela está sujeita ao princípio dispositivo. Em posicionamento oposto aos citados, entendem que em casos excepcionais, desde que haja disparidade entre as partes, em privilégio ao princípio da razoabilidade é possível a obtenção da antecipação de tutela de ofício.²²

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.44.

²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 103.

²¹ TARDIN, Luiz Gustavo. Fungibilidade das Tutelas de Urgência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.127.

²² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo Civil - Comentado artigo por artigo. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

2.2.2.2 Prova inequívoca e verossimilhança

O caput do artigo 273²³ do CPC determina que o juiz pode antecipar os efeitos da tutela desde que exista prova inequívoca e se convença da verossimilhança da alegação.

Entende Zavascki que esses são pressupostos indispensáveis, sempre concorrentes na tutela antecipada, pois, o legislador atentou-se à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais.²⁴

Entretanto, infere-se de sua obra que prova inequívoca deve ser interpretada no contexto do relativismo próprio do sistema de provas, vez que há um paradoxo a exigência de fato certo e juízo de verossimilhança do direito, pois se o fato é certo, o direito existe ou não existe.²⁵

Nesse sentido assevera o autor²⁶:

“Assim, o que a lei exige não é certamente, prova de verdade absoluta -, sempre que será relativa, mesmo quando concluída a instrução - mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.”

Para Marinoni, existe dificuldade da doutrina e tribunais em compreender como prova inequívoca pode gerar somente verossimilhança. Salieta que essa dificuldade decorre de vício de formação dos doutrinadores e operadores do direito que não fazem a devida distinção entre “prova” e “convencimento judicial”. Assevera o jurista que “a prova existe para convencer o juiz, de modo que chega ser absurdo identificar prova com convencimento, como se pudesse

p.270.

²³ Art. 273: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 75.

²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 76.

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 76.

existir prova de verossimilhança ou prova de verdade”.²⁷

Mitidiero afirma que “o juiz tem de antecipar ou não a tutela jurisdicional tão somente com base na *probabilidade* da existência do direito afirmado em juízo”.²⁸ Conclui no sentido que a cognição sumária e a exauriente não definitiva acarretam apenas juízos de probabilidade.

Quanto à separação do conceito de probabilidade e verossimilhança segue o autor a doutrina de Michele Taruffo:

“A *probabilidade* constitui descrição em maior ou menor grau aproximada da verdade. Afirmar que determinada alegação é provável significa dizer que a proposição correspondente em determinada medida à verdade. Isso quer dizer que a *probabilidade* concerne a uma *alegação concreta* e indica a existência de válidas razões para tomá-la como correspondente à *realidade*. A *verossimilhança*, de outro lado, não diz respeito à *verdade* de determinada proposição. A verossimilhança apenas indica a conformidade da afirmação àquilo que normalmente acontece (id quod plerumque accidit) e, portanto, vincula-se à simples possibilidade de que algo tenha ocorrido ou não em face de sua precedente ocorrência geral.”²⁹

O doutrinador Luiz Guilherme Marinoni critica parte da doutrina que entende que o procedimento antecipatório necessita da mesma prova inequívoca que a decisão definitiva. Assim, evidencia-se confusão entre os conceitos de prova e convicção, pois dizer que a antecipação pressupõe da mesma convicção que a decisão definitiva opõe-se a letra da lei, vez que conforme o dispositivo legal basta a convicção de verossimilhança.³⁰

Assinala, ainda:

“Não há qualquer lógica na distinção entre a convicção de verossimilhança própria à tutela antecipatória e aquela característica

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.166-167.

²⁸ MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 97

²⁹ MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 99

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.170-171.

à tutela cautelar. Com efeito, é um enorme equívoco imaginar que a verossimilhança possa variar conforme se esteja diante da tutela cautelar ou tutela antecipatória. Trata-se apenas de uma tentativa, evidentemente destituída de êxito, de empregar a lógica matemática para demonstrar algo que não pode ser por ela explicado.”³¹

O juiz deve justificar a decisão antecipatória, acontece que se ressentido da falta de critérios para explicar de modo claro e preciso, as razões para o seu convencimento conforme preconiza o artigo 273, §1º do CPC.³²

Conforme Daniel Mitidiero deve haver a ponderação das posições em disputa no processo para a concessão ou não da tutela antecipada. Assevera que:

“A ponderação das posições em juízo consubstancia-se em postulado que visa auxiliar o juízo a decidir quando estiver em *dúvida* a respeito da necessidade de antecipação de tutela. Nesse sentido, cuida-se de critério que deve ser empregado como ultima *ratio* para aferição da efetiva imprescindibilidade do emprego da técnica antecipatória. É um *critério subsidiário* para aferição da necessidade de antecipação de tutela: estando o juiz em dúvida a respeito da aparência do direito afirmado pelo demandante, pode alçar mão para fundamentação de sua decisão da ponderação para vencê-la. Fora daí, corre-se o risco de a dúvida *sempre e sempre onerar o demandante*, independentemente da importância da tutela do direito que se procura realizar em juízo.”³³

Assim, entende-se que o juiz deve explicar os critérios adotados e os motivos que os levaram a entender pela verossimilhança da posição de uma das partes. A motivação na antecipação de tutela deve ser tão racional quando a sentença, diferenciando-se por dever motivar apenas uma convicção de verossimilhança preponderante.³⁴

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.171.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.176.

³³ MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.113.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.178.

2.2.2.3 Fundado receio de dano irreparável e difícil reparação

Teori Albino Zavascki denomina as hipóteses de concessão de tutela em casos que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação de antecipação assecuratória. Para o autor, se antecipa por segurança. Nesse caso a tutela pretendida é antecipada provisoriamente para preservar que no meio do processo não haja o perecimento ou a danificação do direito afirmado.³⁵

O dano que enseja o procedimento antecipatório “é o dano concreto (não eventual), atual (iminente ou consumado) e grave (capaz de lesar significativamente a esfera jurídica da parte)”.³⁶

Para Marinoni ocorre a “irreparabilidade do dano” quando seus efeitos são irreversíveis. Entende que esses são os casos referentes a direito não patrimonial ou de direito patrimonial com função não patrimonial. O autor salienta, ainda, que há irreparabilidade quando há caso de direito patrimonial que não pode ser efetivamente tutelado por indenização em pecuniária. Define que “existe irreparabilidade quando o direito não pode ser restaurado de forma específica”.³⁷

O professor Ovídio Baptista faz uma crítica referente ao inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil:

“A conclusão de que as ‘antecipações’ do art. 273 não são cautelares não deve invalidar-se com referência feita ao inc. I desse artigo ao pressuposto de que igualmente se vale a tutela cautelar, qual seja a existência de ‘fundado receio de dano irreparável’. Certamente seria preferível que o legislador empregasse, aqui, a categoria conhecida como *periculum in mora*, muito mais adequada à ideia de antecipação e historicamente ligada às execuções provisórias, reservando a categoria indicada como ‘perigo de dano

³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 74

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo. 5ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013. p.267.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.155

irreparável' para as cautelares.”³⁸

O doutrinador salienta, ainda, que a natureza do provimento, se cautelar ou antecipação de tutela será seu conteúdo. Se esse antecipar os efeitos da sentença de procedência (em demanda satisfativa), pelo fundado receio do dano irreparável, o provimento terá caráter também satisfativo e, nesse ínterim, não-cautelar. Entretanto se o fundado receio de dano irreparável apenas protege o direito, sem satisfazê-lo, desse modo o provimento será cautelar.³⁹

2.2.2.4 Abuso de direito de defesa ou manifesto protelatório do réu

Até o presente momento fez-se breve abordagem sobre as tutelas de urgência no Código de Processo Civil vigente. Entretanto o objetivo desse artigo é analisar os incisos II e o § 6º do artigo 273, bem como tecer considerações sobre a tutela da evidência no Novo Código de Processo Civil, já sancionado, porém em tempo de vacância.

Adiante dos pressupostos e requisitos de urgência para que a tutela antecipatória seja concedida, há outra hipótese contemplada no artigo 273, II, que prescinde do requisito urgência para seu provimento.

Infere-se da obra de Ovídio o seguinte:

“O que o legislador quis significar, quando outorgou ao juiz a faculdade de antecipar os efeitos da tutela, nos casos do inc. II do art. 273, não foi, de modo algum, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. O que se da, com a conduta do réu, nestes casos, e que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima da certeza. Se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente a conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação seria a opor ao direito do autor. Dai a legitimidade da

³⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. Volume 1. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.141.

³⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. Volume 1. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.141.

antecipação da tutela.”⁴⁰

Para Zavascki “abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” são expressões que necessitam de preenchimento valorativo caso a caso. Deve-se obediência à finalidade da norma. Como a busca é pela celeridade, deve-se entender que entre essas expressões somente se contém aos atos ou fatos que, efetivamente, trate-se de obstáculo ao processo.⁴¹

Marinoni e Mitidiero elucidam que quando o legislador instituiu a antecipação da tutela tendo em vista o abuso do direito de defesa ou contra manifesto propósito do réu, a intenção foi de se evitar que o autor fosse prejudicado e conseqüentemente o réu beneficiado pelo tempo despendido no processo. O tempo do processo é um ônus que deve ser suportado de forma isonômica.⁴²

2.2.2.5 (IR)Reversibilidade

Prevê o parágrafo 2º do artigo 273 do CPC que “ não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” .⁴³

Segundo Wambier: “A tutela antecipada deve ser reversível, isto é, as conseqüências de fato devem ser reversíveis, no plano empírico. Deve ser possível o retorno ao *status quo ante*.”⁴⁴

De encontro a esse entendimento, para Ovídio Baptista o legislador

⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. Volume 1. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.143

⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 77

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo. 5ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013. p. 267.

⁴³ Código de Processo Civil, art. 273§2º.

⁴⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. Volume 1. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 366.

exagerou na prudência que deve orientar o magistrado no momento da concessão do procedimento antecipatório. Nesse sentido:

“Pode acontecer – e esta ocorrência não é rara na prática forense – que o estado perigoso imponha ao juiz uma opção entre alternativas capazes, em qualquer sentido que a decisão seja tomada, de gerar risco de irreversibilidade dos efeitos práticos, seja esta reversibilidade decorrente do ‘estado perigoso’ contra qual se busca a tutela, seja uma irreversibilidade análoga provocada pela concessão da medida. Pode ocorrer que o risco de irreversibilidade seja uma consequência tanto da concessão quanto do indeferimento da medida antecipatória”.⁴⁵

No mesmo sentido Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero asseveram que no momento em que não se concede a tutela antecipada para não ocorrer o risco de lesar o réu, certamente se está lesando o direito do autor. Não admitir a tutela antecipatória por proteção ao réu é ilógico, pois ao requerer a antecipação de tutela com fundamento no 273, I, se deve demonstrar a prova inequívoca e verossimilhança da sua pretensão.⁴⁶

Destaco, ainda, entendimento de Ruy Zoch Rodrigues:

“O problema da irreversibilidade do provimento antecipado coloca-se com real intensidade no âmbito das tutelas urgentes em que a decisão antecipatória pode conceber-se com base na verossimilhança e, portanto, há efetivo risco de a sentença final revelar que não havia o direito que se adiantou em caráter irreversível. Quando, ao contrário, a antecipação é baseada em direito evidente, como aqui estudado, a possibilidade de prejuízo futuro ao réu fica muito mais rarefeita. Desse modo, se o risco maior for assimilado pelo sistema em prol da efetividade, parece que o risco menor da antecipação do direito evidente dispensa preocupações adicionais.”⁴⁷

Logo entende-se que a irreversibilidade não deve ser encarada de forma absoluta, vez que há casos em que o direito a ser resguardado pela antecipação da tutela é mais relevante do que a impossibilidade de reversão ao

⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil. Volume 1. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.144/145.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo. 5ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013. p.271.

⁴⁷ RODRIGUES, Ruy Zoch. Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem requisito urgência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.209.

estado fático anterior.

2.2.2.6 Incontrovérsia

A incontrovérsia estabelecida no § 6º do artigo 273, de igual sorte ao inciso II do mesmo artigo, trata da tutela da evidência. Frisa-se que a tutela da evidência tem características próprias e não se confunde com a tutela da urgência. Entretanto, saliento, que esse assunto será melhor tratado no próximo capítulo, sendo analisado a seguir de forma singela o instituto.

A tutela antecipada concedida por parcela de incontrovérsia não refere-se a simples antecipação provisória de tutela, e antecipação do julgamento definitivo da parcela incontroversa do mérito da causa, vez que demonstra-se injusto onerar o autor a espera de realização de um direito que não é mais controverso.⁴⁸

Daniel Mitidiero destaca que “diferentemente do que ocorre em relação à antecipação de tutela, o julgamento da parte incontrovérsia é tomado a partir de cognição exauriente das alegações da causa”.⁴⁹

2.2.2.7 Fungibilidade

O § 7º do art. 273 dispõe o seguinte:

§ 7º: Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

O dispositivo viabiliza a concessão de tutela cautelar no processo de

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo. 5ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013. p.276.

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.139.

conhecimento, quando a mesma foi chamada de maneira inadequada de tutela antecipatória. Entretanto há de se ter dúvida fundada e razoável de sua natureza.⁵⁰

Depreende-se do ensinamento do jurista Luiz Guilherme Marinoni o seguinte:

“O referido parágrafo sétimo, adota o chamado ‘princípio da fungibilidade’, muito embora ligado à questão de recursos. Este parágrafo, ao aceitar a possibilidade de confusão entre as tutelas cautelar e satisfatória, frisa a diferença entre ambas. Isto por uma razão de lógica básica: somente coisas distintas podem ser confundidas. Em uma interpretação literal pode ser dito que o § 7º do art. 273, pretende somente viabilizar a concessão, no bojo do processo de conhecimento, da tutela cautelar que foi chamada de antecipatória. Se a tutela foi batizada de ‘antecipatória’, mas a sua substância é ‘cautelar’, ela pode ser deferida no bojo do processo de conhecimento, desde que haja dúvida fundada e razoável quanto a sua natureza.

Contudo, o fato de ser possível pedir tutela cautelar no processo de conhecimento nada tem a ver com a possibilidade de concessão de tutela antecipatória ainda que tenha sido solicitada cautelar, ou com a ideia de fungibilidade, presente no § 7º do art. 273”⁵¹

Nesse sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Recurso especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, § 7.º, do CPC. Interesse processual.

- O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela.

Recurso especial não conhecido.”⁵²

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo. 5ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013. p. 273-274.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 130-131.

⁵² STJ, REsp 653.381/RJ. Relator: Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgado em 21.02.2006. DJ 20.03.2006).

Dinamarco critica o dispositivo legal estudado, no sentido que o juiz somente autorizaria a receber como cautelar uma demanda proposta com o objetivo de antecipação dos efeitos da sentença de mérito e não antagonicamente.⁵³

Entretanto, segundo Daniel Mitidiero pouco importa se a parte pediu antecipadamente tutela satisfativa quando a tutela adequada a cautelar ou vice e versa. Conforme o disposto no parágrafo mencionado, há intertrocabilidade plena entre essas formas de tutela jurisdicional. O importante é que a parte alegue e prove os requisitos próprios à tutela adequada para a garantia de seu direito.⁵⁴

3. A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO CÓDIGO BUZAID E NO NOVO CPC

As tutelas de urgência, classificadas em cautelares e antecipatórias estão pautadas no estado de necessidade do proponente da ação, bem como em situações em que o direito demandado é evidente. Entretanto outros rumos ideológicos começaram a dar relevo a efetividade jurisdicional, a qual prima pela prestação da tutela efetiva, adequada e em tempo razoável.

Muitas vezes questiona-se porque se deve antecipar os efeitos da tutela se não há urgência. Ocorre que, para haver um processo justo, condição de validade do processo no Estado Constitucional, o ônus do tempo do processo deve ser distribuído de maneira paritária.⁵⁵

Sobre o tempo do processo, segue entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007 p. 70-71.

⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.166.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC – Crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.106.

“É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. De nada adianta a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que a justiça atrasada é injustiça, quando não há a mínima sensibilidade para se perceber que o processos sempre beneficia o réu que não tem razão.”⁵⁶

Nesse diapasão passamos a analisar a seguir a tutela da evidência, bem como esse instituto foi recepcionado e ganhou um maior destaque junto ao Novo Código de Processo Civil.

3.1 NOÇÕES DE DIREITO EVIDENTE

O Ministro Luiz Fux, ao tratar sobre direito evidente, assenta inicialmente que a evidência não se cinge ao plano objetivo-normativo, pois todos os direitos são evidentes. Então a problemática surge no plano fático, sobre ser evidente ou não o direito demonstrado em juízo para viabilizar a tutela sumária, não cautelar, de satisfatividade plena e por vezes irresistível.⁵⁷

O jurista sobre o que seja um direito evidente:

“Verifica-se, pois, que a evidência toca os limites da prova e é tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção. Assim, é evidente o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontrovertidos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em ‘manifesta ilegalidade’, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição”.⁵⁸

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 05.

⁵⁷ FUX, Luiz. A tutela dos direito evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p 23-45, abril de 2000. p.7.

⁵⁸ FUX, Luiz. A tutela dos direito evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de

O jurista segue discorrendo que “evidência é um critério frente à probabilidade”, assim algumas hipóteses permitem o deferimento de uma tutela com grau de probabilidade tão elevado que confunde-se com a certeza.⁵⁹

Luiz Fux, afirma que o quando o direito da parte se mostra evidente, o juiz pode conceder a tutela liminarmente, e que em alguns casos o legislador já fixou presunção legal de evidência do direito, como no caso das ações possessórias, que quando a lesão à posse data de menos de um ano e dia o direito à posse resta evidenciado e merece proteção imediata. Ocorrendo lesões nesse prazo, não há a necessidade de aguardar a morosidade do procedimento ordinário devendo a tutela ser satisfeita de plano. Daí a visão moderna de acesso à justiça em consonância com o princípio da efetividade, respeitando o direito de defesa, com o objetivo de que a justiça possa se desempenhar com exatidão de dar razão a quem tem prazo razoável.⁶⁰

Em suma, Ruy Zoch Rodrigues entende que no ponto específico da evidência ocorre direito evidente, quando observa-se que o direito do demandante, é demonstrado macroscopicamente ao juízo desde o primeiro contato com a causa.⁶¹

3.2 TUTELA DA EVIDÊNCIA

Primeiramente cabe salientar que apesar de não haver um capítulo específico para a tutela antecipada da evidência no Código Buzaid, já havia previsão no artigo 273 da tutela antecipatória com base na evidência. Duas são

Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p 23-45, abril de 2000. p.8-9.

⁵⁹ FUX, Luiz. A tutela dos direito evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p 23-45, abril de 2000. p.5.

⁶⁰ FUX, Luiz. A tutela dos direito evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p 23-45, abril de 2000. p.18.

⁶¹ RODRIGUES, Ruy Zoch. Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem requisito urgência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 211.

as hipóteses: a tutela antecipada do artigo 273, II e a tutela antecipada do artigo 273 § 6º.

3.2.1 Tutela antecipada punitiva

A tutela antecipada baseada no abuso do direito de defesa, também é denominada pela doutrina de antecipação punitiva. Teori Zavascki salienta que “embora não se trate propriamente de uma punição, dado que sua finalidade tem um sentido positivo (de prestar jurisdição sem protelações indevidas), a medida guarda semelhança, no que diz com as respectivas causas originantes, com as penalidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional”.⁶²

Infere-se do artigo 273, II, do Código de Processo Civil vigente no país a tutela antecipada punitiva:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

(...)

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

(...)”⁶³

Entretanto, Mitidiero entende que a antecipação da tutela fundada na evidência não pode ser considerada como tutela antecipada sancionatória, vez que não é essa sua natureza. Trata-se de técnica antecipatória fundada na simples evidência, que pode inclusive servir como proteção imediata e

⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 74-75.

⁶³ Código de Processo Civil, art. 273.

provisória para casos repetitivos, consolidados na jurisprudência.⁶⁴

Nesses casos a antecipação da tutela é concedida com base na evidência do direito do autor e com a fragilidade da resistência do réu⁶⁵.

A técnica antecipatória baseada no abuso do direito de defesa, concede ao juiz, ante a incontrovérsia do fato constitutivo, antecipar a realização do direito. Se o fato constitutivo é incontroverso, não há motivação para obrigar o autor esperar o tempo necessário à dilação probatória dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, vez que a demora inerente as provas causa prejuízo somente ao autor.⁶⁶

Esse tipo de antecipação da tutela faz com que o réu, e não o autor, suporte o ônus da espera da demonstração do fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Bem explica Proto Pisani: “estamos em presença de um provimento caracterizado por uma cognição sumária e parcial, em que o tempo do processo, necessário para a declaração dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos, é colocado não como encargo do autor, mas sim do réu, isto é, da parte que tem necessidade do prosseguimento do processo para que se desenvolva a fase instrutória: i) o autor suporta o tempo necessário apenas para a declaração dos fatos constitutivos; ii) o réu o tempo para verificação dos fatos alegados como fundamento das suas defesas”.⁶⁷

Para os juristas Marinoni e Mitidiero, a tutela do artigo 273, II, independe do perigo de dano:

“Note-se que essa tutela antecipatória independe de perigo de dano. Baseia-se simplesmente na maior evidência das alegações da parte autora quando comparadas com as alegações da parte ré. Assim, por exemplo, pode o juiz antecipar a tutela com base na evidência do direito postulado pelo demandante quando a alegação

⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.136-137.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 275.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.56.

⁶⁷ MARINONI *apud* Andra Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994 p. 627.

do fato constitutivo já está devidamente provada e o réu alega fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, requerendo produção de prova, e essa alegação aparece no processo como inverossímil. Quando a alegação do fato constitutivo está devidamente provada, e é articulada uma alegação de fato cuja demonstração incumbe ao réu, é racional a antecipação da tutela quando o fato alegado pelo réu é inverossímil, pois o tempo necessário para a produção da prova será decorrência de um ônus do réu. O mesmo se diga quando o réu contesta a alegação fática do autor, e é requerida prova, mas a sua alegação demonstra desde logo infundada, ou de improvável procedência. Quando a defesa do réu se mostrar possivelmente infundada, é possível supor que o réu está requerendo prova, e assim abusando do seu direito de defesa, apenas para retardar a realização do direito do autor, protelando-a, o que não pode ser permitido quando se deseja construir um processo que realmente concretize o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, que é necessariamente tempestiva.”⁶⁸

3.2.2 Parte incontroversa da demanda

A técnica de antecipação da parte incontroversa da demanda privilegia o princípio da razoável duração do processo, proporcionando às partes a prestação de uma tutela jurisdicional tempestiva.⁶⁹

O jurista Daniel Mitidiero, tece as seguintes considerações sobre a tutela do artigo 273 § 6º:

“Do ponto de vista técnico, o legislador entendeu por outorgar à *incontroversia* a função de viabilizar a tutela definitiva de parcela da demanda. Trata-se de escolha que, do ponto de vista ideológico, prestigia a *autorresponsabilidade* das partes e visa a estimulá-las a bem desempenhar seus ônus processuais (como, por exemplo, o ônus de impugnação especificada das alegações de fato, art. 302 CPC). Embora a *incontroversia* não tenha qualquer relação com a *verdade*, já que o comportamento das partes não tem obviamente o condão de tornar verdadeiras ou falsas as alegações concernentes aos fatos, o legislador erigiu-a como elemento de apoio para viabilização da prestação da tutela jurisdicional em atenção a necessidade do bem dimensionar o ônus do tempo no processo e de outorgar adequado relevo à liberdade e à responsabilidade das

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo. 5ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013. p.268.

⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.138.

partes. Destarte, objetiva a *simplificação* do processo”.⁷⁰

O direito à duração razoável do processo exige que o julgamento do mérito e tutela do direito ocorram quando o pedido se torna maduro para definição, podendo isso ocorrer no curso do processo. Assim, não há como não inferir que a estrutura técnica do processo civil, deve necessariamente possuir uma técnica processual que permita a definição da parte incontroversa da demanda no curso do processo.⁷¹

O jurista Daniel Mitidiero, ainda, destaca que o julgamento da incontrovérsia é dado a partir de cognição exauriente, das alegações da causa, vez que a legislação dispensa prova de alegações incotroversas, consoante o artigo 334 do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido Luiz Guilherme Marinoni, afirma:

“Por outro lado, ainda que o legislador de 2002 tenha instituído a tutela da parte incontroversa da demanda como tutela antecipatória sem ter tomado o cuidado de esclarecer que a tutela antecipatória de cognição exauriente (da demanda madura para julgamento) não pode ser revogada, o postulado constitucional autônomo que dá fundamento ao direito fundamental à duração razoável, vinculando a interpretação judicial das regras processuais e, dessa forma, a regra do §6º do art. 273, faz obrigatoriamente surgir a interpretação de que a tutela da parte incontroversa da demanda, apesar de instrumentalizada através da técnica antecipatória, não pode ser modificada ou revogada no final do processo”⁷²

O professor Marinoni infere que há duas justificativas para antecipação da tutela da parte incontroversa da demanda, quais sejam, a injustiça de obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controverso, bem como que o processo não pode prejudicar o autor que tem

⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.138.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.49

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 49-50

razão.⁷³

Privilegiando o direito a uma razoável duração do processo e meios que garantam sua celeridade o processo deve sempre estar disposto a adiantar a parte incontroversa da demanda. “Ora, se o cidadão tem direito à tutela jurisdicional tempestiva e é injusto obrigá-lo a esperar tutela de um direito que não se mostra mais controverso, o legislador está obrigado, para atender ao direito fundamental à duração razoável, a estruturar o procedimento de modo a permitir a cisão da definição do mérito.⁷⁴

Quanto à segunda justificativa o jurista assinala:

“Se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, ele obviamente não pode, ao admitir a cumulação de pedidos, protelar a tutela de um pedido que possa ser julgado de pronto.

Frise-se que, se o processo admite a cumulação de pedidos, mas não aceita a fragmentação do seu julgamento, ele está agravando a situação do autor que tem razão, uma vez que a definição do pedido que não requer instrução dilatória poderia ser feita de forma tempestiva se não houvesse cumulação. Em outras palavras, a cumulação de pedidos seria um atentado contra a tempestividade da tutela jurisdicional.”⁷⁵

Concluindo, o § 6º foi instituído por ser injusto o autor esperar a realização de um direito que não se demonstra mais controvertido.⁷⁶ E a técnica antecipatória trazida pelo dispositivo legal citado, se dá através das técnicas da não contestação e do reconhecimento jurídico parcial do pedido.⁷⁷

Nesse sentido:

“Se o réu não contesta alguns dos fatos constitutivos de um

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.202-205.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.203.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.204.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 148

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.150

direito afirmado pelo autor, ou mesmo os fatos constitutivos de um dos direitos postulados pelo autor, é inegável que tais fatos devem ser considerados verdadeiros.

Caso o réu não conteste os fatos constitutivos de um dos direitos pretendidos pelo autor e o juiz entenda que dos fatos narrados decorre o direito pretendido, tal direito deve poder ser realizado desde logo, não havendo razão para o autor ter que esperar a instrução dilatória para o julgamento de outro pedido formulado.”

3.3 TUTELA DA EVIDÊNCIA NO NOVO CPC

A morosidade dos processos judiciais é uma das maiores preocupações na seara da prestação jurisdicional. O fato do Poder Judiciário abarrotado de processos, tem dificuldade na efetividade do art. 5º, LXXVIII⁷⁸, implementado pela Emenda Constitucional 45 de 30 de dezembro de 2004, o qual prevê a razoável duração do processo.

Guilherme Rizzo Amaral, frisa sobre o projeto do novo Código de Processo Civil, que o mesmo teceu uma esperança para a reversão dessa situação⁷⁹.

O Novo Código de Processo Civil que foi sancionado em 16/03/2014, e permanecerá, por um ano, no período de *vacatio legis*, traz inúmeras inovações no que tange à tutela antecipada. Salienta-se que o novo CPC não conta com um livro destinado às tutelas cautelares. Para os professores Marinoni e Mitidiero está foi uma decisão acertada⁸⁰.

Nesta seara, o novo CPC conta com a Tutela de Evidência, que segundo o entendimento de Mitidiero e Mariononi, foi diligente o novo código ao

⁷⁸ Constituição Federal, art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁷⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. O objetivo do novo CPC é desafogar o judiciário. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/guilherme-amaral-objetivo-projeto-cpc-desafogar-judiciario>. Acesso em 02 de abril de 2015.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC – Crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.106.

“outorgar o devido valor ao tempo no processo e distribuí-lo de forma paritária entre as partes independentemente do requisito da urgência, fundando-se para tanto apenas na maior ou na menor evidência da posição jurídica sustentada por uma das partes no processo”.⁸¹

No título III da Lei 13.105 de 2015, o legislador procurou caracterizar a evidência do direito como elemento capaz de justificar a tutela provisória, a partir das situações previstas no artigo 311. A noção de defesa inconsistente é o denominador em comum das hipóteses, já que a tutela da evidência é de cognição sumária e sua decisão não é suscetível de coisa julgada.⁸²

Assim ficou positivado:

TÍTULO III DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, 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 apenas documental 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.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

A partir desse cenário de tutela da evidência, o novo Código de Processo Civil prevê situações específicas para sua aplicabilidade. Assim

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC – Crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.106.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 322.

efetivadas e previstas no novo CPC, situações que a tutela antecipada é admitida, independente do requisito da urgência na prestação jurisdicional.

O inciso I do artigo 311, prevê a concessão de tutela antecipada baseada na evidência, quando caracterizado abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte. Verdade que este dispositivo não se trata de uma novidade legislativa, vez que já previsto no art. 273, II do Código Buzaid, e já abordado no item 3.2.1 do presente trabalho.

Para Mitidiero, Marinoni e Arenhart, o artigo 311, I, deve ser interpretado como uma regra aberta, a qual permite a antecipação da tutela sem urgência em todas as situações em que o réu apresente uma defesa inconsistente, ou seja, quando demonstre fragilidade ante a robustez dos argumentos do autor e da prova produzida na exordial.⁸³

Quanto ao inciso II que determina a tutela da evidência para casos que alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente bem como houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, para os juristas demonstra um equívoco de orientação em que incidiu o legislador acerca do tema precedentes. Frisam que o que demonstra a inconsistência da defesa do réu não é o fato de que a tese do autor encontra-se embasada em julgamentos de casos repetitivos ou súmulas vinculantes. E sim o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência dotada de razões apropriadas consolidadas nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas. Ou seja, jurisprudência formalmente vinculante.⁸⁴

No que tange a esse inciso Luiz Fernando Valladão Nogueira assinala o seguinte:

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 322.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.322

“Destaca-se que a concessão da tutela da evidência, em determinados casos em a tese de direito já está pacificada por sistemas legais que harmonizam a interpretação e prestação do direito (recursos repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas, e súmulas vinculantes), é um grande avanço na efetividade. Vale lembrar que, nestas hipóteses, será desnecessário o requisito do perigo de dano, circunstância que evidencia o propósito de proteção ao litigante que, com segurança, tem razão em seu pleito, não sendo justo aguardar todo o desfecho do processo para entrega final do bem de vida.”⁸⁵

Com relação ao inciso III, o procedimento foi estabelecido para tomar lugar do procedimento especial de depósito que era previsto no direito anterior. Consiste em garantia da tutela antecipada com base no contrato de depósito, estando devidamente comprovado consoante os artigos 646 e 648 do Código Civil, o juiz deve determinar a entrega da coisa.⁸⁶

Enfim, a hipótese do inciso IV do artigo 311 do Novo Código de Processo Civil trata da clássica hipótese em que o tempo para produção de prova deve ser suportado pelo réu. E não pelo autor que já se desincumbiu de seu ônus probatório documentalmente.⁸⁷

Os ilustres professores Arenhart, Marinoni e Mitidiero também afirmam que “embora não tenha sido previsto textualmente pelo art. 311, CPC, 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

⁸⁵ VALLADÃO NOGUEIRA, Luiz Fernando. O projeto do novo CPC e a tutela da Evidência. Artigo publicado no livro Processo Civil – Novas Tendências. Coordenadores: Fernando Gonzaga Jayme; Juliana Cordeiro de Faria e Maria Terra Lauar. Disponível em: <http://valladao.com.br/?publicacoes=o-projeto-do-novo-cpc-e-a-tutela-de-evidencia>.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 322.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 323.

oferecer prova documental, protestando pela produção de prova oral ou pericial.”⁸⁸

Quanto ao tema extraio trecho do artigo publicado por Valladão Nogueira:

“Realmente, a prova documental irrefutável tem que revelar o direito líquido e certo de quem a está a invocar. E, sabidamente, direito líquido e certo não é aquele que possui complexidade jurídica menor, mas sim aquele que está acobertado por prova documental pré-constituída. Em outras palavras, o autor consegue demonstrar o que alega por meio de prova documental, e sem a necessidade de dilação probatória posterior.

O requisito de que o réu não pode opor prova inequívoca àquela prova documental apresentada pelo autor torna a obtenção da tutela da evidência, em casos tais, mais difícil. O objetivo aí é o de vedar a concessão da tutela da evidência, caso o réu tenha prova clara e convincente que contrarie os fatos arguidos pelo autor. Nesse contexto, pode-se dizer que o réu poderá apresentar essa prova inequívoca, por meio de documentos juntados à contestação. Ou seja, se o autor requerer a tutela de evidência depois da contestação em que o réu apresentar documentos com tamanha força probatória, deverá ser indeferida a medida pretendida.”⁸⁹

Tem-se que as tutelas de urgência e evidência são fundamentais para o bom andamento do processo, principalmente para garantir sua efetividade e razoável duração. Depreende-se que o Novo Código de Processo Civil está consolidado no sentido de tornar mais célere a prestação da tutela jurisdicional.

Quando o direito da parte autora for evidente, ele por si só se sustenta. Nesse sentido a tutela antecipada baseada na evidência, é um instrumento processual que visa distribuir de forma equilibrada o tempo no processo judicial, angariando por uma maior eficiência, efetividade e celeridade processual.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 323.

⁸⁹ VALLADÃO NOGUEIRA, Luiz Fernando. O projeto do novo CPC e a tutela da Evidência. Artigo publicado no livro Processo Civil – Novas Tendências. Coordenadores: Fernando Gonzaga Jayme; Juliana Cordeiro de Faria e Maria Terra Lauer. Disponível em: <http://valladao.com.br/?publicacoes=o-projeto-do-novo-cpc-e-a-tutela-de-evidencia>.

4. CONCLUSÃO

O trabalho apresentado procurou demonstrar como se caracteriza a tutela antecipada, principalmente a da evidência no ordenamento jurídico. A primeira parte, teve por objetivo tecer comentários acerca do tema, bem como conceitos, e posicionamentos da doutrina com relação ao tema proposto.

Um processo judicial para que produza uma decisão o mais justa possível, num sistema adequado, deve distribuir o tempo da espera da prestação jurisdicional de forma justa. E esse é o papel da antecipação de tutela qual foi estudada.

Essa distribuição que ocorre através dos critérios de urgência e evidência. Entretanto, na prática a tutela da evidência é pouco aplicada. Ao contrário da tutela de urgência, na tutela baseada na evidência, é levado em consideração o grau de maturação do direito pleiteado pela parte.

Inicialmente, partiu-se da premissa que é necessário diferenciar as cautelares do instituto da antecipação da tutela. Logo em seguida partiu-se a comentar sobre o artigo 273 do Código de Processo Civil, ainda vigente no Brasil.

No capítulo seguinte, deu-se maior ênfase a tutela da evidência, tema que embora não expresso no Código Buzaid, recebeu atenção da doutrina no que tange a sua aplicabilidade e hipóteses de concessão. Recebendo, ainda, maior destaque frente a Lei 13.105/15, vez que foi recepcionada de forma expressa no novo processo civil brasileiro.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho foi propor uma reflexão sobre o instituto tão importante e pouco utilizado. Entretanto, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, espera-se que os operadores do direito valham-se mais dela, tornando efetiva a ideia de distribuição do tempo do processo como um direito acessível a todos os litigantes.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. O objetivo do novo CPC é desafogar o judiciário. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/guilherme-amaral-objetivo-projeto-cpc-desafogar-judiciario>. Acesso em 02 de abril de 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral de Direito Processual Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

FUX, Luiz. **A tutela dos direito evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p 23-45, abril de 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo Civil - Comentado artigo por artigo**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC – Crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem requisito urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência: De Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

TESSER, André Luiz Bauml. **Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VALLADÃO NOGUEIRA, Luiz Fernando. **O projeto do novo CPC e a tutela da Evidência**. Artigo publicado no livro *Processo Civil – Novas Tendências*. Coordenadores: Fernando Gonzaga Jayme; Juliana Cordeiro de Faria e Maria Terra Lauer. Disponível em: <http://valladao.com.br/?publicacoes=o-projeto-do-novo-cpc-e-a-tutela-de-evidencia>.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. Volume 1. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.