

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Luiz Krug Dulinski

A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Porto Alegre  
2016

Luiz Krug Dulinski

A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero.

Porto Alegre  
2016

Ao amigo da primeira hora e saudoso pai,  
Fábio (*in memoriam*), cujo exemplo e  
honradez e perseverança ilumina meus  
sonhos e estimula meus devaneios. (Luiz  
Fux.

## **AGRADECIMENTOS**

Fundamental lembrar e homenagear as pessoas que fizeram e fazem diferença na minha vida.

Agradeço imensamente ao Professor Daniel Mitidiero pela oportunidade de estudo concedida. Aprendizado único, o qual enriqueceu meu conhecimento e alimentou o meu desejo de seguir estudando, cada vez mais, o processo civil.

Agradeço ao amigo Paulo Mendes de Oliveira, pelos profícuos debates acerca da tutela provisória, os quais fizeram e fazem desenvolver meu pensamento crítico.

Ademais, agradeço aos meus familiares, especialmente minha mãe por todo o suporte e carinho dado e à minha namorada, Luana, por todo o apoio dado.

## RESUMO

O presente trabalho se dedica ao estudo da tutela provisória no âmbito do Novo Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015. No intuito de alicerçar o estudo da tutela provisória, é imprescindível conhecer a evolução do seu instituto. Para tanto, o estudo parte da análise histórica acerca da teoria da tutela cautelar. Estabelecidos os marcos iniciais, é oportuna a análise da técnica processual da tutela provisória, a qual, vale dizer, não se esgota apenas no perigo de dano irreversível ou irreparável – fenômeno da urgência, mas, sim, serve para adequar o processo às especificidades do direito material alegado (urgência ou evidência), visando promover efetividade da tutela jurisdicional. Por fim, insta explorar a técnica processual da tutela provisória da evidência, destacada no Novo Código, apontando os possíveis avanços que ela pode trazer para os operadores do direito, bem como para o Poder Judiciário como uma proposta de tutelar os direitos de forma adequada, efetiva e tempestiva.

**Palavras-chave:** Novo Código de Processo Civil – Tutela Provisória – Técnica Processual – Urgência – Evidência.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2. PERFIL CONCEITUAL HISTÓRICO .....</b>	<b>9</b>
2.1. A tutela sumária como tutela cautelar.....	9
2.2. Tutela cautelar, Tutela satisfativa (tutelas finais) e Tutela provisória (técnica processual).....	15
2.3. A antecipação de tutela como meio de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo. De Ovídio Baptista da Silva a Luiz Guilherme Marinoni. ....	19
<b>3. PERFIL FUNCIONAL. DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA À TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA. ....</b>	<b>23</b>
3.1. Tutela da evidência. Uma nova técnica processual? .....	25
3.2. Tutela provisória da evidência no Novo CPC. ....	28
<b>CONCLUSÃO. ....</b>	<b>39</b>
<b>BIBLIOGRAFIA. ....</b>	<b>42</b>

## 1. INTRODUÇÃO

No contexto da tutela dos direitos, a *tutela provisória* tem por fundamento a distribuição isonômica do ônus do tempo no processo. Partindo dessa premissa, pretende-se, com o presente estudo, analisar o instituto da *tutela provisória*.

O trabalho parte da exposição acerca da *tutela sumária*, primariamente confundida com a *tutela cautelar*, a qual objetivava a proteção provisória ao processo, sendo, portanto, um meio de neutralização do tempo diante do perigo na demora.

Em seguida, com base no deslocamento do critério para identificação do provimento cautelar – do acento *estrutural* para o *funcional* -, importa demonstrar a deflagração da proposta de distinção entre medidas *antecipatórias* e *cautelares*. Nesse contexto, é que se deve contrapor as medidas *assecuratórias* e as *satisfativas*, e, não, as medidas *provisórias* e as *definitivas*, como fez Calamandrei. É a partir daí que a *tutela cautelar* não pode ser confundida com a *tutela provisória* (antecipada).

Analisado isso, o trabalho expõe a evolução que a tutela sumária obteve no ínterim entre dois autores, Ovídio Araújo Baptista da Silva e Luiz Guilherme Marinoni, de forma a abandonar a concepção de que a *tutela provisória* (técnica antecipatória) tem por função somente compor o perigo de tardança do provimento jurisdicional, e, passar a compreender essa como manifestação do direito fundamental à tutela *adequada, efetiva e tempestiva*.

A tutela provisória tende a viabilizar a parte *imediate segurança* da tutela do direito ou a sua *imediate realização*, seja por meio da *urgência* ou por meio da *evidência*. Essa é a sua função.

A percepção de que o tempo do processo é um ônus, obriga o legislador e o juiz a pensarem em técnicas processuais destinadas a distribuí-lo entre o autor e o réu. No contexto da tutela dos direitos, a tutela provisória da *evidência*

mostra-se técnica processual em potencial para atender os anseios trazidos pelo tempo do processo.

Para melhor entender a tutela provisória da evidência, é necessária uma breve exposição do conceito de “evidência”. A partir daí, é possível demonstrar que essa técnica processual não é fruto inovador do novo código de processo civil, mas, sim, há muito vem se passando despercebida aos olhos dos processualistas do novo código.

Por fim, imprescindível realizar estudo minucioso acerca da tutela provisória da evidência, disposta no Novo Código de Processo Civil, analisando suas hipóteses de cabimento, a fim de afirmar tal técnica como uma proposta de tutelar os direitos de forma *adequada, efetiva e tempestiva*, mediante um processo justo.



## 2. PERFIL CONCEITUAL HISTÓRICO

No intuito de alicerçar o estudo da tutela provisória, é imprescindível conhecer a evolução do seu instituto. Nesse sentido, deve-se partir da análise histórica acerca da teoria da tutela cautelar.

E isso por uma razão simples: durante muito tempo a doutrina não percebeu a autonomia conceitual da técnica antecipatória e teorizou-a de forma indevida em termos de ação, provimento ou processo cautelar.<sup>1</sup>

Daniel Mitidiero alerta:

Mesmo quando posteriormente a doutrina passou a distinguir tutela cautelar de antecipação de tutela, passo de fundamental importância, a distinção foi realizada de forma incompleta, incapaz de viabilizar a identificação e sistematização do conceito em toda a sua inteireza. Daí que a teorização atinente à tutela cautelar constitui inequívoco ponto de partida para a efetiva compreensão da técnica antecipatória.

Assim, para melhor compreender o tema, necessário colocá-lo, em um primeiro momento, em perspectiva histórica.

### 2.1. A tutela sumária como tutela cautelar.

Durante muitos anos a doutrina enclausurou a tutela sumária nos confins da tutela cautelar. A doutrina clássica afirmava que toda tutela cautelar teria natureza antecipatória,<sup>2</sup> toda execução fundada em cognição não definitiva seria de segurança<sup>3</sup> e toda liminar teria natureza cautelar<sup>4,5</sup>.

<sup>1</sup> Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 19

<sup>2</sup> Piero Calamandrei, **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**, Padova, Cedam, 1936, p.60. apud Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 20.

<sup>3</sup> Giuseppe Chiovenda, **Principii di diritto processuale civile**, Napoli, Jovene, 1965, p. 225 Piero Calamandrei. apud Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 20

<sup>4</sup> Galeno Lacerda, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 7. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 53, vol. 8, t. I. apud Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela**

Diante disso, as declarações de *cognição sumária* e a *técnica antecipatória* foram impostas sob o domínio da teoria da *tutela cautelar*.

Daniel Mitidiero afirma que, “*trata-se, no entanto, de imprecisão teórica com raízes profundas na historiografia conceitual do direito processual civil e da qual grande parte da processualística contemporânea ainda não conseguiu se desvencilhar*”<sup>6</sup>.

Durante muito tempo, acerca do tema da tutela cautelar, fomos guiados pelas lições da doutrina italiana da primeira metade do século passado, a qual tinha como mestre Calamandrei<sup>7</sup>, para quem, a característica marcante das tutelas sumárias estava na sua *estrutura provisória*<sup>8</sup>.

Diante do ponto de vista *funcional*, o provimento cautelar em Calamandrei visa a *assegurar* que o processo não venha a sofrer um “*dano jurídico*”<sup>9</sup>, ocasionado por um *perigo de tardança* ou *de infrutuosidade* da tutela jurisdicional<sup>10</sup>, enquanto pendente o processo de conhecimento ou executório ou quando esses estivessem prestes a iniciar.

---

***cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 20.

<sup>5</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>7</sup> Nascimento: 1889. Óbito: 1956. Calamandrei publicou seu clássico ***Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*** em 1936.

<sup>8</sup> Antes de Calamandrei, Chiovenda buscava construir a teoria da tutela cautelar a partir do conceito de ação.

<sup>9</sup> Piero Calamandrei, ***Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari***, Padova, Cedam, 1936, p. 15. apud Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 30.

<sup>10</sup> Piero Calamandrei, ***Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari***, Padova, Cedam, 1936, p. 55-58. apud Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 31.

O provimento cautelar é, nesse contexto, *dependente* e *acessório* do provimento do processo de conhecimento e de execução, ou seja, é um *instrumento do instrumento*.<sup>11</sup>

Nessa linha, pouco importa a satisfatividade ou não do provimento para a caracterização da função cautelar. Os provimentos cautelares podem ser para Calamandrei tanto *assecuratórios* como *satisfativos*.<sup>12</sup>

Sob esse *prima*, a tutela jurisdicional prestada sob cognição sumária sempre foi amoldada à tutela cautelar.

Assim, a tutela cautelar assume a *função* de neutralizar provisoriamente o perigo de dano capaz de frutar o resultado útil do exercício da jurisdição – vale dizer, o resultado útil do processo principal.<sup>13</sup>

No que tange à influência da doutrina de Calamandrei sobre a doutrina brasileira, Daniel Mitidiero explica que:

“A doutrina brasileira também sofreu grande influência da doutrina de Calamandrei. Lê-se em geral que as medidas cautelares são regidas pela “provisoriidade”, são “acessórias”, que visam a evitar “males ao processo”, isto é, têm por objetivo “garantir o resultado útil da função de conhecimento ou de execução”, e que a antecipação de tutela é espécie de tutela cautelar, atuando “apenas em função da garantia do provimento definitivo”, sendo impossível conceber por essa razão qualquer espécie de direito material à cautela.”<sup>14</sup>

Não paira dúvidas acerca da orientação do Código Buzaid sobre o tema: “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente” (art. 796).

---

<sup>11</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 31.

<sup>12</sup> Piero Calamandrei, ***Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari***, Padova, Cedam, 1936, p. 31-51, especialmente p. 38-44. apud Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

<sup>13</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

<sup>14</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 34-35.

As críticas que eram realizadas à Chiovenda servem, também, à Calamandrei – e à doutrina que segue os seus passos. Serviam-se do questionável conceito de “*mera azione*” e, com isso, transformavam o direito material à segurança em posição jurídica ligada ao Estado e não à pessoa.<sup>15</sup>

Contrária e acertadamente, Mitidiero explica que “*o direito ao provimento cautelar, porém, está ligado a uma posição jurídica no plano do direito material concernente à tutela da pessoa. Não se trata de um instrumento do instrumento. Cuida-se de proteção jurisdicional atinente diretamente ao direito material*”<sup>16</sup>.

É necessária, pela boa e adequada compreensão do Código Buzaid e do desenrolar doutrinário e legislativo brasileiro, análise, ainda que perfunctória, das teorias de Francesco Carnelutti sobre o processo cautelar.

Afastando-se neste particular da lição de Calamandrei, o Código Buzaid reconheceu o processo cautelar como *tertium genus*, disciplinando-o ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução.<sup>17</sup>

Diante da concepção de cautelaridade como um “*tipo di processo diverso dal processo contencioso do cognizione o di esecuzione*”<sup>18</sup>, cumpria a partir daí particularizar o seu elemento distintivo – seu fim específico.<sup>19</sup>

Daniel Mitidiero, com maestria, explica:

---

<sup>15</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>16</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.

<sup>17</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.

<sup>18</sup> Francesco Carnelutti, ***Diritto e processo***, Napoli, Morano, 1958, p. 355. Apud Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

<sup>19</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

“Em uma primeira aproximação, Carnelutti procurou distinguir o processo cautelar a partir do seu escopo de dar *“una sistemazione di fatto alla lite”*<sup>20</sup>. Reconheceu posteriormente, no entanto, que o processo cautelar está longe de oferecer apenas disciplina fática à lide, haja vista que todo e qualquer processo oferece regramento jurídico à controvérsia.

Em uma segunda tentativa, buscou caracterizar o processo cautelar como *“composizione provvisoria della lite”*<sup>21</sup>. Em seguida, porém, percebeu que semelhante concepção não contribuía para esclarecer o fim do processo cautelar, não deixando antever *“come e perché una composizione provvisoria della lite sia tuttavia utile alla sua composizione definitiva”*<sup>22</sup>, embora acentuasse adequadamente o seu aspecto estrutural.

Apenas em sua terceira aproximação Carnelutti se satisfaz com a sua teorização a respeito do processo cautelar. Partindo do *“passo avanti, notevole, se non proprio decisivo”*<sup>23</sup> de Calamandrei, Carnelutti propôs a compreensão do processo cautelar como *“tutela del processo”* – como meio para composição provisória da lide *“mediata attraverso un altro processo”*<sup>24</sup>. Com seu fim específico, apontou a *“prevenzione”*<sup>25</sup>, isto é, *“evitare, nei limiti del possibile, quelle alterazioni nell’equilibrio iniziale delle parti, che possono derivare dalla durata del processo”*<sup>26, 27</sup>.

Embora seja advinda da lição doutrinária italiana o entendimento que o processo cautelar visa à tutela do processo e não diretamente à proteger o

<sup>20</sup> Francesco Carnelutti, **Lezioni di diritto processuale civile**, ristampa, Padova, Cedam, 1930, vol. 2, p. 60. Apud Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

<sup>21</sup> Francesco Carnelutti, **Sistema del diritto processuale civile**, Padova, Cedam, 1936, vol. 1, p. 205 apud Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

<sup>22</sup> Francesco Carnelutti, **Diritto e processo**, Napoli, Morano, 1958, p. 356, apud Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

<sup>23</sup> Francesco Carnelutti, **Diritto e processo**, Napoli, Morano, 1958, p. 356, apud Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

<sup>24</sup> Francesco Carnelutti, **Instituzioni del processo civile italiano**, Roma, Foro Italiano, 1957, vol. 1, p. 44. apud apud Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

<sup>25</sup> Francesco Carnelutti, **Sistema del diritto processuale civile**, Padova, Cedam, 1936, vol.1, p. 205. apud Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

<sup>26</sup> Francesco Carnelutti, **Diritto e processo**, Napoli, Morano, 1958, p. 357. apud Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

<sup>27</sup> Francesco Carnelutti, **Diritto e processo**, Napoli, Morano, 1958, p. 356, apud Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 36-37.

direito material, Carnelutti observa que a “*azione cautelare*” é um “*diritto dela parte versso il giudice*”<sup>28</sup>. Afirma, em suma, que o direito alegado na ação cautelar não é diferente daquele que deve ser “*accertato nel processo definitivo*”<sup>29</sup>, fiel ao seu pressuposto de que o processo cautelar apenas visa a compor provisoriamente a lide enquanto não sobrevém a sua definitiva resolução.<sup>30</sup>

Exposto o pensamento de Carnelutti, três são as críticas feitas por Daniel Mitidiero:

“Em primeiro lugar, é um equívoco imaginar que o processo cautelar particulariza-se diante do processo de conhecimento e do processo de execução pelo seu suposto fim preventivo. *Cautela e prevenção não são palavras sinônimas*. De um lado, a assegução não visa a evitar a prática, reiteração ou continuação de um ato ilícito, como objetiva a tutela genuinamente preventiva. A tutela cautelar na verdade pressupõe a ocorrência de um dano – e por essa razão constitui forma de tutela repressiva. De outro, a tutela preventiva não constitui simples pedaço provisório da futura e eventual proteção final definitiva. A tutela preventiva é uma tutela bastante em si que não pressupõe a existência de nenhuma outra forma de tutela – não é caracterizada, em outras palavras, pela referibilidade inerente à tutela cautelar. Em segundo lugar, o processo cautelar não visa a outorgar tutela ao processo, mas ao próprio direito material. [...]. Em terceiro lugar, sua tripartição do processo cautelar não apresenta elemento homogêneo de classificação: enquanto inibição e restituição são obviamente resultados de que podem ser obtidos com a propositura de uma ação, a antecipação não passa de um mecanismo técnico para viabilizar o alcance de determinado resultado. É um meio. Como é de mediana intuição, não é possível agrupar na mesma classificação um meio e dois fins. É logicamente equivocados fazê-lo.”<sup>31</sup>

Nesse contexto, percebe-se a razão pela qual o tema da tutela cautelar recebeu ampla revisão crítica por diversos doutrinadores brasileiros. “A fragilidade de determinadas construções teóricas e a necessidade de pensar o

<sup>28</sup> Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 364, apud Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

<sup>29</sup> Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 364, apud Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

<sup>30</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>31</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 38.

processo rente à realidade social *impunham a reconstrução dogmática da tutela sumária sob outras bases conceituais*<sup>32</sup>, como a seguir se verá.

## 2.2. Tutela cautelar, Tutela satisfativa (tutelas finais) e Tutela provisória (técnica processual).

Quando promulgado o Código *Buzaid*<sup>33</sup>, importante setor da doutrina brasileira insurgiu-se contra a sistematização ofertada pela doutrina italiana e docilmente encampada pela nossa legislação processual civil.<sup>34</sup> A pedra de toque dessa teoria está no deslocamento do critério para identificação do provimento cautelar – do acento *estrutural* para o *funcional*.<sup>35</sup>

Coube a Ovídio Araújo Baptista da Silva<sup>36</sup> deflagrar uma proposta de distinção entre medidas *antecipatórias* e *cautelares* – catalogadas pelo NCPC sob o gênero tutela de urgência –, as quais, para Calamandrei, a característica marcante dessas tutelas sumárias estava na sua *estrutura provisória*, ressaltando, contrariamente, Ovídio, que tal provisoriedade não constitui um traço sempre presente.<sup>37</sup>

Ovídio Baptista refere que:

“A doutrina italiana, particularmente Carnelutti, identificando o provimento cautelar como uma forma de *composição provisória da lide*, e Calamandrei (*Introduzione*, cit., §3), preocupado com o caráter instrumental da tutela cautelar, não vacilaram em considerar o

<sup>32</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 38.

<sup>33</sup> O código de processo civil de 1973 teve origem no anteprojeto, em 1964, pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid.

<sup>34</sup> Ovídio Baptista da Silva, ***As ações cautelares e o novo processo civil***, Porto Alegre, Sulina, 1973. apud Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 39.

<sup>35</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 39.

<sup>36</sup> Nascimento: 1929. Óbito: 2009.

<sup>37</sup> Mendes de Oliveira, Paulo. ***Tutela provisória no novo código de processo civil estruturação dogmática***. No prelo.

provimento cautelar como *provisório*, desde que sua duração estaria limitada pela subsequente emanção da sentença de mérito”.<sup>38</sup>

Contudo, refere que tal concepção, acima citada, amplamente difundida, todavia não é exata. “A medida cautelar não tem por função proteger a jurisdição ordinária, mas, ao contrário, sua missão é dar proteção a um direito da parte, enquanto perdurar o estado perigoso que o provocou”<sup>39</sup>.

Não há aqui nenhuma ideia de *provisoriedade*, mas simplesmente a outorga de uma tutela *temporária*, concedida pelo magistrado para durar enquanto persistir o *estado perigoso*.<sup>40</sup>

Se esse estado de periclitção do interesse da parte, eventualmente, desaparecer em razão da sentença de mérito, isso não significa que a medida cautelar haja desempenhado uma função instrumental em relação à sentença definitiva.<sup>41</sup>

Ovídio, ao diferenciar as medidas *temporárias* e *provisórias*, esclareceu que as *cautelares*, por não serem substituídas posteriormente por medida da mesma espécie, são *temporárias*, enquanto que as medidas de *antecipação dos efeitos da tutela* é que seriam efetivamente *provisórias*.

Diante disso, o Professor Gaúcho assegurou que não devem ser contrapostas as medidas provisórias e as definitivas, como fez Calamandrei, mas sim as medidas *assecuratórias* e as *satisfativas*.<sup>42</sup> A partir daí a tutela cautelar não pode ser confundida com a tutela antecipada: a tutela cautelar apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito

---

<sup>38</sup> Baptista da Silva, Ovídio, e Fábio Luiz Gomes. **Teoria geral do processo civil**. 4. Ed. rev. E atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 345.

<sup>39</sup> Baptista da Silva, Ovídio, e Fábio Luiz Gomes. **Teoria geral do processo civil**. 4. Ed. rev. E atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 345.

<sup>40</sup> Baptista da Silva, Ovídio, e Fábio Luiz Gomes. **Teoria geral do processo civil**. 4. Ed. rev. E atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 345.

<sup>41</sup> Baptista da Silva, Ovídio, e Fábio Luiz Gomes. **Teoria geral do processo civil**. 4. Ed. rev. E atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>42</sup> Mendes de Oliveira, Paulo. **Tutela provisória no novo código de processo civil estruturação dogmática**. No prelo.



acautelado, ao passo que a tutela antecipada possibilita imediata realização do direito.<sup>43</sup>

Há, portanto, uma desconstrução da distinção feita a partir da *estrutura* provisória, passando-se, então, a atentar para a *função* que desempenham as espécies da tutela sumária. Dessa forma, enquanto a antecipação dos efeitos da tutela visa a *satisfazer* de forma *provisória* a pretensão declinada em juízo, a fim de afastar o *perigo de tardança* do procedimento, a tutela cautelar objetiva *assegurar* de forma *temporária* o direito subjetivo objeto de diversa demanda judicial, reprimindo o *perigo de infrutuosidade* deste processo.<sup>44</sup> “Assim, é possível identificar o caráter *satisfativo* da técnica antecipatória e *assecuratório* da medida cautelar”<sup>45</sup>.

Aprofundando os ensinamentos de Ovídio Baptista da Silva, Daniel Mitidiero, partindo para outra premissa, explica que,

a tutela cautelar e a tutela satisfativa não são distinguíveis pela estrutura de seus provimentos – como supõe a doutrina em peso. Tanto a tutela cautelar como a tutela satisfativa são tutelas finais que visam a disciplinar de forma definitiva determinada situação fático-jurídica. Vale dizer: *a tutela cautelar não é temporária e não é provisória.*<sup>46</sup>

Mitidiero assenta suas ideias baseado na premissa fundamental de que, na *tutela cautelar*, o direito declarado existente é o *direito à cautela*. Existe, na verdade, um direito material à cautela, instrumentalmente ligado ao direito acautelado.<sup>47</sup> Por essa razão, não é devido comparar *tutela cautelar* e *técnica antecipatória*, haja vista que aquela constitui *tutela final*, tendo por objeto à

<sup>43</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 40.

<sup>44</sup> Mendes de Oliveira, Paulo. ***Tutela provisória no novo código de processo civil estruturação dogmática***. No prelo.

<sup>45</sup> Zavascki, Teori Albino. ***Antecipação da tutela***. 4. ed. rev. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57.

<sup>46</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 42.

<sup>47</sup> Mendes de Oliveira, Paulo. ***Tutela provisória no novo código de processo civil estruturação dogmática***. No prelo.

*cautela*, e essa constitui mera *técnica processual*, a qual apenas antecipa a fruição do bem da vida em litígio antes do término do procedimento.

A *tutela cautelar* é tão *definitiva* quanto a *tutela satisfativa*. Nas duas formas de tutela jurisdicional as decisões finais estão submetidas à cláusula *rebus sic standibus* – que marca os limites temporais de atuação e autoridade dos respectivos provimentos.<sup>48</sup>

A diferença entre a *tutela cautelar* e a *tutela satisfativa* sob esse ângulo de apreciação está em que as *situações fático-jurídicas* submetidas à primeira são *naturalmente mais instáveis* do que aquelas submetidas à segunda.<sup>49</sup>

A *tutela cautelar assegura* um direito submetido ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Dura tendencialmente enquanto durar o perigo, ou seja, enquanto não se alterarem os *pressupostos fático-jurídicos* pilares da sua prolação. Por outro lado, *tutela satisfativa* visa *realizar um direito* e, dura, também, enquanto não se alterarem os pressupostos fático-jurídicos bases para sua prestação. A distinção entre ambas as tutelas é *funcional* e não *estrutural*.<sup>50</sup>

A instabilidade natural à situação de perigo de dano dá a falsa impressão de que a tutela cautelar não é definitiva, mas aí não há mesmo nada mais do que isso: a sentença de alimentos vincula apenas enquanto se verificarem os pressupostos para sua concessão.<sup>51</sup>

A *provisoriedade* e a *cognição sumária* dizem respeito à *técnica antecipatória* e não à *tutela cautelar*. Assim, fácil concluir que a liminar que

---

<sup>48</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 42.

<sup>49</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43.

<sup>50</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43.

<sup>51</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43.

concede a tutela cautelar é – a todas as luzes – uma genuína antecipação da tutela cautelar.<sup>52</sup>

Nesse contexto e, com a finalidade de sintetizar o raciocínio, não se deve contrapor *tutela cautelar* à *tutela provisória*, pois como visto acima, aquela constitui *tutela final*, tendo por objeto o direito à *cautela*, e essa constitui mera *técnica processual*, a qual apenas antecipa, de *forma provisória* e *cognição sumária*, a fruição do bem da vida em litígio antes do término do procedimento.

Assim, a *tutela cautelar* é tão definitiva quanto a *tutela satisfativa*, devendo, portanto, essas serem contrapostas. Nas duas formas de tutela as decisões finais estão submetidas à *cláusula rebus sic standibus*, sendo que, a diferença entre elas, sob esse ângulo de visão, está no fato de que as situações fático-jurídicas submetidas à primeira são naturalmente mais instáveis do que as submetidas à segunda.

### **2.3. A antecipação de tutela como meio de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo. De Ovídio Baptista da Silva a Luiz Guilherme Marinoni.**

É imprescindível, atualmente, a compreensão que a *tutela sumária* seja entendida como manifestação do direito fundamental à tutela *adequada, efetiva e tempestiva*.

Como visto no capítulo anterior, graças aos estudos de Ovídio Baptista da Silva, e posteriormente de Daniel Mitidiero, podemos diferenciar tutela cautelar, tutela satisfativa e técnica antecipatória.

Assim, se é verdade que *tutela cautelar* e *tutela satisfativa* não se confundem – como é pouco mais do que evidente –, também é verdade que a

---

<sup>52</sup> Mitidiero, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 45.

*técnica antecipatória* não tem por função simplesmente compor o *perigo de tardança* do provimento jurisdicional.<sup>53</sup>

Uma vez que o Estado é obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, todos têm direito à adequada tutela jurisdicional. “*O jurisdicionado não tem apenas direito à resposta jurisdicional, mas sim direito à tutela jurisdicional efetiva*”<sup>54</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni lembra que:

“O procedimento ordinário clássico, marcado pela sua neutralidade em relação ao direito material, *não constitui resposta adequada às várias situações concretas*. O Estado, no intuito de cumprir a sua obrigação de prestar a devida tutela jurisdicional, deve outorgar ao cidadão o poder de utilizar a técnica processual adequada ao caso concreto”.<sup>55</sup>

Assim, as diferentes situações de direito substancial *exigem instrumentos processuais diferenciados* ou *que se diferenciem no caso concreto*, como os diversos meios executivos e a técnica antecipatória<sup>56</sup>, essa prevista no novo CPC sob o gênero tutela provisória.

É patente que, ainda nos dias atuais, há operadores do direito que relacionam a tutela provisória somente às situações de urgência, ou seja, às hipóteses quem que o tempo necessário ao deslinde do processo possa causar algum tipo de prejuízo à parte. Trata-se de entendimento já superado desta técnica processual, uma vez que essa não apenas abarca situações de risco à utilidade da prestação jurisdicional, mas sim, como previu Luiz Guilherme Marinoni “*a técnica antecipatória tem por função distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo*”<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 53.

<sup>54</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. ***Antecipação da tutela***. 12. ed., São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 132.

<sup>55</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. ***Antecipação da tutela***. 12. ed., São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 132.

<sup>56</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. ***Antecipação da tutela***. 12. ed., São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 132.

<sup>57</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. ***Antecipação da tutela***. 11. ed., São Paulo, Ed. RT, 2009, p. 23.

Marinoni explica que “se o processo é instrumento ético, e assim não pode impor dano à parte que tem razão e beneficiar a parte que não a tem, é imprescindível que ele seja dotado de meio técnico que, atuando no seu curso, permita a distribuição do tempo”<sup>58</sup>.

O tempo é uma necessidade do juiz, o qual se utiliza desse para realizar uma tramitação processual democrática, advindo, portanto, do direito de as partes participarem adequadamente do processo, ou seja, do direito ao contraditório. Diante disso, *há de ser distribuído o tempo entre as partes para se respeitar o princípio da isonomia e a ideia de democracia subjacente à noção de processo.*<sup>59</sup>

A intempestividade da tutela jurisdicional não se manifesta apenas quando é prolongado indevidamente o caminho ao seu desfecho (*duração patológica*), mas também quando não é respeitada a sua *duração fisiológica*, aquela indispensável para que a demanda seja adequadamente discutida antes de ser julgada.<sup>60</sup>

Mesmo o *tempo fisiológico* do processo é algo nefasto para as partes, principalmente para aquela que tem razão. “O problema se avulta quando a delonga processual deixa de ser o único prejuízo a ser sofrido a ele se agregar a própria inutilidade da tutela final”<sup>61</sup>.

Diante desse panorama é que deve haver o entendimento de que o tempo do processo é um fator que beneficia o réu, haja vista que o Estado, em regra, somente intervirá na sua esfera jurídica, a fim de fazer valer o direito do autor, no final do procedimento com a procedência da demanda.

---

<sup>58</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.26.

<sup>59</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>60</sup> Mendes de Oliveira, Paulo. **Tutela provisória no novo código de processo civil estruturação dogmática**. No prelo.

<sup>61</sup> Mendes de Oliveira, Paulo. **Tutela provisória no novo código de processo civil estruturação dogmática**. No prelo.

Assim, a vista da necessidade de garantia da segurança jurídica decorrente da cognição plena e exauriente para a intervenção do Estado na esfera privada dos cidadãos, aquele que não tem razão pode ser beneficiado com a fruição do bem jurídico objeto do litígio, pelo menos durante o curso do processo.<sup>62</sup>

É por essa razão que a nova legislação processual previu que a *tutela provisória* não apenas abarque situações de *urgência* (tutela antecipada e tutela cautelar), mas, sobretudo, realize o papel de atribuir o ônus do tempo do processo à parte que provavelmente sairá derrotada ao final, privando-a de fruir o bem em discussão.

---

<sup>62</sup> Mendes de Oliveira, Paulo. *Tutela provisória no novo código de processo civil estruturação dogmática*. No prelo.

### 3. PERFIL FUNCIONAL. DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA À TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA.

É certo que “a finalidade da tutela sumária está em *distribuir de forma isonômica o ônus do tempo* no processo de acordo com as necessidades e particularidades do direito material afirmado em juízo”<sup>63</sup>. Portanto, o que interessa para a técnica antecipatória é a promoção do equilíbrio temporal das partes no processo de acordo com a respectiva posição processual diante do direito material.<sup>64</sup>

Nesse sentido, a tutela sumária não se esgota apenas no perigo de dano irreversível ou irreparável – fenômeno da *urgência*. A técnica processual de antecipação dos efeitos da tutela serve para adequar o processo às especificidades do direito material alegado (urgência ou evidência), visando promover a *efetividade* da tutela jurisdicional.<sup>65</sup>

É absolutamente correto afirmar que antecipação da tutela *fundada na urgência* tem como base o *periculum in mora*, isto é, perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional. Nessa linha, o perigo na demora constitui o *pressuposto processual*, que se articula a partir de uma situação somente verificável no caso.<sup>66</sup>

No âmbito do *periculum in mora* – perigo na demora, é incorreto distinguir em seu âmbito duas espécies de perigo – perigo de tardança (“pericolo di tarività”) e perigo de infrutuosidade (“pericolo di infruttuosità”). Nesse ponto, esclarece Daniel Mitidiero:

---

<sup>63</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

<sup>64</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

<sup>65</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>66</sup> Idem.

O conceito de *perigo de infrutuosidade* não está no mesmo plano do conceito de *perigo de tardança*. Enquanto o perigo na demora concerne à *estruturação do processo*, o *perigo de infrutuosidade* diz respeito à *tutela do direito*. O perigo de infrutuosidade concerne à possibilidade de obtenção de *tutela específica* e, portanto, diz respeito à *integridade da tutela do direito*. A infrutuosidade é conceito ligado diretamente ao plano do direito material. Para obtenção de antecipação da tutela, tem a parte o ônus de demonstrar que a *integridade do direito* é incompatível com o tempo que o processo naturalmente consome para o amadurecimento da decisão final. Daí que o *perigo na tardança* é um conceito processual que visa a viabilizar proteção imediata contra o perigo de infrutuosidade ligado ao plano do direito material. Existe, portanto, uma relação de meio e fim entre *perigo na demora* e *infrutuosidade* da tutela do direito.<sup>67</sup>

Em suma, o que importa para antecipação da tutela fundada na *urgência* é o perigo na demora, o qual é materializado na impossibilidade de espera para o *acautelamento* ou a *satisfação* do direito exposto em juízo, sob pena de inviabilizar a frutuosidade da tutela do direito.

Olhando para o NCPC, a nova codificação estabeleceu dois requisitos para a concessão das *tutelas de urgência (antecipada e cautelar)*: a *probabilidade do direito* e o *perigo de dano* ou o *risco ao resultado útil do processo* (art. 300, *caput*). Diante desses requisitos é possível constatar que o legislador no NCPC, além de manter a previsão a respeito do *perigo de dano*, prestou devida atenção à tutela do ilícito. “Trata-se, dessa forma, de uma codificação que melhor densifica o direito ao acesso à justiça, não limitando a técnica antecipatória apenas às hipóteses de *perigo de dano*, mas também prevendo situações de ameaça da própria prática do ilícito, estando claramente a serviço da *tutela inibitória*”<sup>68</sup>.

Daniel Mitidiero refere que:

A necessidade de tutela adequada aos direitos impõe ao legislador infraconstitucional não só o dever de viabilizar a técnica antecipatória diante do *perigo na demora (urgência)*, mas também nos casos em

<sup>67</sup> Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 133.

<sup>68</sup> Mendes de Oliveira, Paulo. **Tutela provisória no novo código de processo civil estruturação dogmática. No prelo**.



que a *evidência* do direito postulado em juízo não justifica qualquer retardo na sua realização.<sup>69</sup>

A premissa básica para a técnica antecipatória da evidência, consoante já referido, é a igualdade no processo (arts. 5º, I, CF e 7º, NCPC).<sup>70</sup> Assim, o legislador no NCPC deixou claro que o ônus do tempo no processo não deve ser suportado apenas pelo autor, mas pela parte que tem maior chance de sair derrotada ao final do processo. Afronta o ideal de isonomia, portanto, possibilitar que o réu continue desfrutando do bem jurídico disputado durante o período normal do processo, quando há fortes evidências de que a demanda será julgada procedente.

Em suma, a tutela provisória baseada na evidência vale, em outras palavras, para aquele *“litigante que desde logo apresenta uma posição de maior evidência com relação a situação litigiosa, sendo provavelmente o titular do direito litigioso, devendo fruir do bem da vida enquanto o seu adversário busca provar que a sua posição é merecedora de tutela jurisdicional”*<sup>71</sup>.

Assim, diante da nova codificação, houve a quebra do paradigma história de que a tutela provisória somente seria utilizada em situações de urgência. O novo código possibilita que o juiz, a pedido da parte, utilize a técnica antecipatória para conferir o bem jurídico postulado, caso o seu direito seja provável e a defesa não seja apta a infirmar tal percepção.<sup>72</sup>

### 3.1. Tutela da evidência. Uma nova técnica processual?

---

<sup>69</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 135.

<sup>70</sup> Marinoni, Luiz Guilherme, Arenhart, Sérgio Cruz, Mitidiero, Daniel. ***Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum***. Vol. II. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 198.

<sup>71</sup> Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 136.

<sup>72</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. ***Antecipação da tutela***. 9. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

O estudioso do Novo Código de Processo Civil brasileiro tem de estar situado que a técnica da evidência, antes de ser prevista no novo diploma processual, já estava radicada na nossa legislação pátria.

Insta assentar, inicial e brevemente, o conceito de evidência.

A evidência não se cinge ao plano objetivo-normativo, por isso que, nesse sentido, todos os direitos são evidentes, na medida em que se exige do legislador ao estabelecer direitos que o faça imune de dúvidas.<sup>73</sup>

Luiz Fux ao tentar realizar uma definição de evidência, refere:

O problema se põe no plano fático, sobre ser evidente ou não o direito demonstrado ao juízo para viabilizar a tutela sumária não cautelar, de satisfatividade plena e por vezes irreversível. Os fatos, como sabido, são levados ao juízo através das provas, razão pela qual, quando se aduz a direito evidente, diz-se direito evidenciado ao juízo através das provas. Essa característica tem natureza mista material e processual. Sob o ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.<sup>74</sup>

Para Fredie Didier, a evidência é fato jurídico processual. É o estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas.<sup>75</sup>

Aos olhos do professor baiano, a evidência não seria um tipo de tutela jurisdicional, mas sim um fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Seria, portanto, pressuposto fático de uma técnica processual para obtenção da tutela.<sup>76</sup>

73 Fux, Luiz. **Tutela dos direitos evidentes**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/84205229/A-Tutela-Dos-Direitos-Evidentes-Luiz-Fux#scribd>. Acessado em: 10/12/2015.

74 Idem. (Grifo nosso).

75 Didier. JR., Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. - 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2, p. 617.

76 Didier. JR., Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão,**

Vale referir que a expressão “evidência” vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente. Não devemos, portanto, confundir evidência como uma modalidade de técnica sumária.

Qualquer espécie de tutela jurisdicional, encarada como resultado prático da decisão, pode, em tese, ser beneficiada pela técnica da tutela diferenciada. Poderia, assim, a evidência servir às tutelas definitivas ou provisórias.<sup>77</sup>

A título de exemplificação, a técnica da tutela diferenciada que serve à tutela definitiva, fundada em cognição exauriente: a) *procedimento do mandado de segurança e ação monitoria*; b) *permissão para instauração da execução definitiva, por credor que esteja munido de título executivo extrajudicial*.

Observa-se que o remédio constitucional do Mandado de Segurança é previsto em nosso direito desde 1934, portanto, diante dessa constatação histórica, podemos afirmar que a tutela da evidência<sup>78</sup> não é técnica inovadora do novo diploma processual.

Por outro lado, é técnica que serve à tutela provisória, fundada em cognição sumária: a) *antecipação provisória dos efeitos da tutela satisfativa*.

O próprio código de processo civil de 1973, com a alteração feita pela Lei n. 8.952 de 1994, no seu artigo 273, inciso II, previa a hipótese de antecipação da tutela quando houver abuso do direito de defesa, trata-se de legítima hipótese de tutela provisória prestada mediante a evidência.

---

***precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.*** - 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

77 Didier. JR., Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. ***Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.*** - 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

78 “Tutela da evidência” como técnica processual.

Mais antiga ainda, a própria liminar da ação de depósito remonta a possibilidade de uma tutela provisória fundada na evidência. Entre outros exemplos estão a liminar possessória, bem como a decisão inicial da ação monitória.

Saliente-se, ainda, que a tutela da evidência alcança todos os níveis de satisfatividade, processos e procedimentos, tendo como finalidade estender a tutela antecipatória a todos os direitos evidentes, pela desnecessidade de aguarda-se o desenrolar do custoso itinerário processual.<sup>79</sup>

Pois bem. Sabendo-se que a técnica do direito evidente, prestada tanto em cognição exauriente como em cognição sumária, remonta a antigos dispositivos inseridos na legislação pátria, é necessário, doravante, ter cautela ao dizer que o novo código de processo civil inovou ao prever a tutela provisória da evidência. O mais correto a ser dito é que o novo diploma processual deu destaque a essa técnica e realizou “pseudo novidades”, as quais veremos adiante.

### **3.2. Tutela provisória da evidência no Novo CPC.**

A premissa básica para a técnica antecipatória da evidência é a igualdade no processo (arts. 5º, I, CF e 7º, NCPC).<sup>80</sup>

A necessidade de tutela adequada aos direitos impõe ao legislador infraconstitucional o dever de viabilizar a técnica antecipatória nos casos em

---

79 Didier. JR., Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** - 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

80 Marinoni, Luiz Guilherme, Arenhart, Sérgio Cruz, Mitidiero, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** Vol. II. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 198.

que a evidência do direito postulado em juízo não justifica qualquer retardo na sua realização.<sup>81</sup>

Essa necessidade se verifica pelo fato de que “é profundamente injusto fazer com que a parte aguarde para a fruição de um direito evidente à luz do direito fundamental à tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, CF)”<sup>82</sup>, bem como pelo fato de que quem deverá pagar pelo tempo da instrução do processo não é a parte que possui um direito evidenciado na sua postulação, mas sim a parte que precisa do tempo “fisiológico” para demonstrar que possui razão nas suas alegações.

Vale referir que a tutela antecipada fundada na evidência visa a promover a igualdade substancial entre as partes.<sup>83</sup>

Entendida a premissa de que a tutela provisória da evidência tem como objetivo distribuir o peso que o tempo representa no processo de acordo com a maior ou menor probabilidade de a posição jurídica afirmada pela parte ser fundada ou não, passa-se, doravante, a análise das hipóteses trazidas pelo Novo Código de Processo Civil.

O título III, do livro V, do Novo Código destaca a Tutela da Evidência e dispõe em seu artigo 311:

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.*

Trata-se de hipótese já prevista no código de processo civil de 1973. “O legislador instituiu a tutela provisória baseada em abuso do direito de defesa ou contra o manifesto propósito protelatório do réu com o objetivo de evitar que o

---

81 Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 135.

82 Idem.

83 de Oliveira, Alvaro, e Daniel Mitidiero, **Curso de processo civil**, São Paulo, Atlas, 2010. vol. 1, p. 35.

demandante fosse prejudicado, e o demandado beneficiado em idêntica medida, pelo tempo do processo”.<sup>84</sup>

Seguindo o entendimento do Professor Daniel Mitidiero, essa observação força a reconhecer que a finalidade da tutela provisória baseada na evidência pelo abuso de defesa não está em sancionar eventual comportamento de uma das partes.<sup>85</sup> Não pode-se confundir abuso do direito de defesa com litigância de má-fé (prevista no artigo 80, do NCPC).

Daniel Mitidiero ensina que,

para a concessão da tutela provisória da evidência fundada no art. 311, I, NCPC, **basta a maior consistência de uma das posições jurídicas assumidas pelas partes no processo**. Vale dizer: se a versão mais provável é a do demandante, esse merece tutela imediata, ainda que provisória, a fim de que o tempo do processo não seja um peso exclusivamente suportado por ele.<sup>86</sup>

Na realidade, é suficiente para utilização da técnica antecipatória fundada na evidência que o demandado exerça o seu direito de defesa de maneira não séria, vale dizer, de forma inconsistente.<sup>87</sup>

A título de exemplificação prática, traz-se o presente caso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO NA POSSE. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. CLÁUSULA QUE PREVÊ A RESCISÃO CONTRATUAL AUTOMÁTICA NO CASO DE INADIMPLEMENTO DE 3 PARCELAS CONSECUTIVAS DO FINANCIAMENTO HABITACIONAL. COMPROVADO INADIMPLEMENTO DAS PARCELAS E DOS ENCARGOS DE CONDOMÍNIO. PROVA INEQUÍVOCA DA

84 Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 136.

85 Entendimento contrário: Didier. Jr., Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. ***Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela***. - 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

86 Mitidiero, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 137. (Grifo nosso).

87 Baptista da Silva, Ovídio, ***Curso de Processo Civil***, 5. ed., São Paulo, Ed. RT, 2000, Vol. 1, p. 142-143. *apud* MITIDIERO, Daniel. ***Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória***. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 137.

VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES PRESENTE. RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NÃO COMPROVADO. POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, COM BASE NO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA A PROPÓSITO PROTETATÓRIO DOS RÉUS. TÉCNICA DA RESERVA DA COGNIÇÃO DA EXCEÇÃO SUBSTANCIAL INDIRETA INFUNDADA. FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DOS AUTORES INCONTROVERSOS. OPOSIÇÃO DE DEFESA DE MÉRITO INDIRETA E INFUNDADA. RETENÇÃO DE AUTOS. O ÔNUS DO TEMPO DO PROCESSO DEVE SER TRANSFERIDO AO RÉU. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

**1. Quando o fato constitutivo do direito do autor é incontroverso e o réu opõe defesa de mérito indireta, manifestamente infundada, o tempo necessário para a produção da prova por este requerida deve ser por ele suportado. E a transferência desse ônus dá-se com a antecipação da tutela, para o autor.**

(TJ-PR - AI: 3051734 PR 0305173-4, Relator: Dilmari Helena Kessler, Data de Julgamento: 21/02/2006, 7ª Câmara Cível). (Grifo Nosso).

O caso trazido mostra a perfeita hipótese de cabimento da tutela provisória da evidência por abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Em síntese, os autores já haviam provado os fatos constitutivos do seu direito, consistentes no contrato que previa a rescisão, bem como no inadimplemento do mesmo pelos réus, haja vista os documentos trazidos na inicial. Os réus, contudo, se insurgiram contra pretensão dos autores, por meio de defesa de mérito indireta, ou seja, sustentando fatos impeditivos, modificativos do direito dos autores. Não houve qualquer ataque direto aos fatos que constituem o direito dos autores, haja vista que não contestaram a validade do contrato de compromisso de compra e venda nem a cláusula que instituiu a rescisão automática do contrato no caso de inadimplemento de três parcelas consecutivas do financiamento do imóvel. Também não foi impugnado o inadimplemento propriamente dito.

Os desembargadores ao analisarem o agravo de instrumento contra a decisão que negou o pedido de antecipação da tutela entenderam que a defesa de mérito indireta oferecida pelos réus parecia, efetivamente, infundada, na medida em que os fatos alegados não impediam, não modificavam e nem extinguíam o direito dos autores à rescisão contratual. Assim, os magistrados entenderam restar demonstrado evidente abuso no direito de defesa, com

provável intuito protelatório, a ponto de modificar a decisão agravada e antecipar os efeitos da tutela com base no art. 273, II, CPC/73.

Diante desse caso, faz-se necessário frisar, mais uma vez, que a hipótese de tutela provisória da evidência com base no abuso no direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu não serve para sancionar comportamento inadequado das partes, mas, sim, para distribuir o ônus do tempo do processo contra a parte que exerça o seu direito de defesa de maneira inconsistente.

O inciso II do art. 311, do Novo CPC, insere no sistema processual a seguinte hipótese:

*II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.*

Tal hipótese de tutela provisória da evidência é de tamanha importância e relevância de modo a possibilitar uma possível mudança do sistema jurídico processual brasileiro e, quiçá, a sua cultura litigiosa.

O legislador, ao determinar que será concedida a tutela provisória da evidência *quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese fundada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante*, estabelece e reforça o sistema de valorização de precedentes.

O artigo 928 do Novo CPC estabelece:

*Art. 928. Para os fins deste Código, **considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:***

*I - **incidente de resolução de demandas repetitivas;***

*II - **recursos especial e extraordinário repetitivos.**  
(Grifo Nosso).*

Para aqueles que ainda não observaram a magnitude do inciso II, do art. 311, vale expor, ainda que superficialmente, o instituto do incidente de



resolução de demandas repetitivas – IRDR e o instituto dos casos repetitivos dos recursos especial e extraordinário.

No instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, o artigo 985, do NCPC, dispõe:

**Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:**

*I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e **que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;***

*II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e **que venham a tramitar no território de competência do tribunal,** salvo revisão na forma do art. 986. (Grifo Nosso).*

Assim, julgado o IRDR a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos JEC's do respectivo Estado ou região, bem como aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

Imagine-se, portanto, que seja julgado o IRDR no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre a tese jurídica “X”. A tese jurídica “X” abrangerá, assim, todos os casos (atuais ou futuros) individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito que tramitem na justiça comum ou nos juizados especiais do Estado do Rio Grande do Sul.

Voltando os olhos para a técnica processual da tutela provisória da evidência esculpida no inciso II, do art. 311, do NCPC e adequando-a ao caso acima, toda e qualquer demanda, no Estado do Rio Grande do Sul, que tratar de idêntica questão de direito julgada pela tese jurídica “X”, e, podendo as alegações de fato apenas serem comprovadas documentalmente, deverá o juiz deferir a tutela provisória da evidência no limiar do procedimento.

Ainda mais empolgante, é o fato que, do julgamento do IRDR poderá caber tanto recurso extraordinário como recurso especial, conforme o caso. Diante disso, preceitua o §2º, do art. 987, do NCPC:

**§ 2º - Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.** (Grifo Nosso).

Em poucas palavras: a tese jurídica “X” anteriormente apenas limitada ao Estado ou região do Tribunal em que foi proferida, agora, diante do julgamento de mérito de recurso especial ou extraordinário, terá o condão de ser aplicada em todo território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre a questão.

Essa regra de abrangência nacional, vale, também, para o julgamento dos casos repetitivos julgados em recurso especial e extraordinário, prevista no inciso II, do artigo 311, do NCPC, bem como nos casos de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal..

Professor Fredie Didier, refere que:

Propõe-se, contudo, interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra, para que se estenda que deve ser possível a concessão da tutela da evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes obrigatórios, tais como aqueles previstos no art. 927, CPC. Seria o caso da tese fixada em decisão do STF dada em sede de controle concentrado e dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.<sup>88</sup>

Induvidosa a potência do instituto demonstrado aqui. Contudo, a sua magnitude é ainda maior.

---

88 Didier. JR., Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. ***Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.*** - 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2, p. 625. (Grifo nosso).

Sabe-se que não é novidade a apelação ser recebida apenas no efeito devolutivo quando interposta de sentença que confirma a antecipação dos efeitos da tutela (art. 520, VII, CPC/73 – art. 1.012, §1º, V e §2º, NCPC).

Assim sendo, no caso de ser proferida a tutela provisória da evidência da hipótese do inciso II, do art. 311, do NCPC, a posterior sentença, que a confirmar ou a conceder, começará a produzir seus efeitos imediatamente após a sua publicação, podendo, inclusive, ser requerido o cumprimento provisório da decisão.

Fredie Didier lembra que:

**A apelação que confirma ou concede essa tutela da evidência documentada e fundada em precedente obrigatório somente poderá versar sobre a “distinção” do caso em julgamento daquele que deu origem ao precedente ou sobre a “superação” do precedente.** Caso contrário, possivelmente será julgada pelo relator, no sentido de negar-lhe provimento por decisão singular, nas hipóteses do art. 932, IV, CPC, isto é, por entender que o recurso contraria súmula vinculante ou tese afirmada no julgamento de casos repetitivos, chancelando entendimento da sentença de primeira instância.<sup>89</sup> (Grifo nosso).

Diante desse panorama, importa recordar que a maior parte das ações que tramitam no Judiciário brasileiro são referentes a casos repetitivos, abarcados tanto em IRDR ou Recursos Repetitivos. Exemplifica-se com o seguinte caso:

#### **EMENTA**

I- Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC.

- Orientação: A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistia inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto.

[...]

(REsp 1062336 RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, Julgado em 10/12/2008, DJE 12/05/2009)<sup>90</sup>

89 Didier. JR., Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** - 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2, p. 626/627.

90 Disponível em:

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.\)+](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.)+)

A decisão acima trazida estabelece o entendimento, em recurso repetitivo, que *a ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito enseja o direito a compensação por danos morais, salvo quando preexistir inscrição desabonadora regularmente realizada.*

Assim, com o recurso repetitivo acima e com a técnica prevista no inciso II, do artigo 311, NCCP, os magistrados brasileiros poderão, se a parte comprovar documentalmente o pleito, deferir a tutela provisória, de modo que, sendo essa confirmada na sentença, a apelação só poderá versar sobre a “distinção” ou “superação” deste precedente, o que, na prática, reduzirá indubitavelmente o número de recursos aos tribunais, bem como poderá, nestes casos, modificar o comportamento dos grandes litigantes em face dos consumidores, de modo que, por via reflexa, diminua o número de litígios novos.

Portanto, os efeitos da técnica da tutela provisória da evidência se mostram, a primeira vista, apenas endoprocessuais, mas, a bem da verdade, ao ser analisada a fundo a técnica adotada pelo Novo CPC, possível concluir que essa poderá, também, gerar efeitos metaprocessuais.

Por sua vez, o inciso III, do art. 311 refere que, *a tutela da evidência será concedida quando 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.*

Em suma, havendo prova documental do contrato de depósito possibilita-se a imediata retomada da coisa, estabelecendo, para tanto, a

ordem de entrega do objeto (busca e apreensão), inclusive sob pena de multa (astreinte).<sup>91</sup>

Não inovou o NCPC ao prever essa modalidade. A bem da verdade, o NCPC deu à ação de depósito uma nova roupagem, tirando-a dos procedimentos especiais, permitindo, a partir de agora, que as partes contratem o depósito cientes de que, em caso de descumprimento, da obrigação de entrega, há uma resposta imediata no sistema processual para o inadimplemento.<sup>92</sup>

Em relação ao inciso IV, do art. 311, o NCPC inova ao prever que a tutela provisória da evidência será concedida quando *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*.

Essa é a hipótese clássica em que o tempo para produção da prova deve ser suportado pelo réu – e não pelo autor que já se desincumbiu de seu ônus probatório documentalmente.<sup>93</sup>

Fredie Didier refere que a aplicação da hipótese de tutela provisória de evidência elencada no inciso IV exige o preenchimento de três pressupostos. São eles:

O primeiro deles é que a evidência seja demonstrada pelo autor e não seja abalada pelo réu mediante prova exclusivamente documental. Deve tratar-se de causa cuja prova seja basicamente documental. Uma interpretação extensiva permite que se considere aí abrangida a prova documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente), bem como a evidência de fatos que independem de prova ou mais provas (como o notório, o incontroverso e o confessado).

---

91 Gajardoni, Fernando da Fonseca. Novo CPC: **A ressurreição da ação de depósito**. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-ressurreicao-da-acao-de-deposito>>. Acesso em: 27 de maio de 2015.

92 Gajardoni, Fernando da Fonseca. Novo CPC: **A ressurreição da ação de depósito**. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-ressurreicao-da-acao-de-deposito>>. Acesso em: 27 de maio de 2015.

<sup>93</sup> Marinoni, Luiz Guilherme, Arenhart, Sérgio Cruz, Mitidiero, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. II. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 202.

O segundo é que o autor traga prova documental (ou documentada) suficiente dos fatos constitutivos do seu direito, que, por isso, já é evidente.

E o terceiro é ausência de contraprova documental suficiente do réu, que seja apta a gerar “dúvida razoável” em torno: a) do fato constitutivo do direito do autor; ou b) do próprio direito do autor quando adequadamente demonstrado fato que o extinga, impeça ou modifique.<sup>94</sup>

Trata-se de hipótese de tutela de evidência inevitavelmente definitiva, que se confunde com o julgamento antecipado do mérito e que fora, equivocadamente, colocada no rol de hipóteses de tutela provisória.<sup>95</sup>

A técnica da tutela provisória prestigia, portanto, o princípio constitucional da duração razoável do processo, bem como os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, haja vista que o legislador autoriza o magistrado a conceder a tutela provisória quando demonstrado documentalmente os fatos constitutivos do autor, somado ao fato do réu não opor prova capaz de gerar dúvida razoável ao direito alegado pelo autor.

Outrossim, mostra-se imprescindível registrar que o legislador do Novo CPC estabelece que apenas em relação aos incisos II e III, do artigo 311, o juiz poderá decidir liminarmente, ou seja, mediante juízo de cognição sumária.

Assim, sem dúvida que a proposta da técnica da tutela provisória da evidência, reafirmada e destacada pelo Novo CPC, com suas inovações, é técnica que visa distribuir o ônus do tempo do processo, a fim de prestar uma tutela adequada, efetiva e tempestiva, mediante um processo justo.

---

<sup>94</sup> Didier. JR., Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** - 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2, p. 629.

<sup>95</sup> Idem.

## CONCLUSÃO.

A processualística brasileira andou a passos largos e firmes na estruturação das tutelas provisórias, moldando suas espécies, funções e finalidade, conferindo ponto de chegada seguro para o desenvolvimento da nossa legislação processual.

Entender a importância da técnica antecipatória no ordenamento jurídico proporciona ao operador do direito a percepção da íntima relação que deve existir entre o Direito Processual e o Direito Material, além das inúmeras influências constitucionais na formação de um processo justo.

Diante dessa percepção é que devemos adequar o procedimento ao direito posto em juízo, de modo que esse seja realizado integralmente de forma adequada, efetiva e tempestiva. Em sintonia com essa adequação é que devemos entender o instituto da tutela provisória como meio de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo.

Como bem registra o professor Daniel Mitidiero<sup>96</sup>, o legislador infraconstitucional, ao prever a técnica antecipatória, realiza a um só tempo todo o cabedal conceitual ligado ao Estado Constitucional: a tutela sumária visa a distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo, adequando às necessidades nele evidenciadas a fim de que a tutela jurisdicional seja prestada de forma efetiva aos direitos em prazo razoável.

Advogando para os anseios de um processo justo, o legislador no Novo Código de Processo Civil reafirma a tutela de evidência, antes timidamente prevista no código de 73, com amplas hipóteses de cabimento.

Sabendo-se que a expressão “evidência” vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se mais evidente, e não confundindo-a como modalidade de técnica sumária, pode-se observar que a

---

<sup>96</sup> Mitidiero, Daniel. *Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2.ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 63-64.

tutela da evidência não é novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil, mas sim já há muito prevista em nossa legislação pátria, tanto prestada sob cognição exauriente como cognição sumária.

Tendo isso em vista, é necessário ter cautela ao afirmar que o Novo CPC inovou ao prever a tutela provisória da evidência. O mais correto a ser dito, portanto, é que o novo diploma processual deu destaque a essa técnica e realizou pseudonovidades.

A evidência é do direito, o qual se evidencia com os fatos que são levados ao juízo através das provas, assim podendo afirmar se o direito é ou não evidente. Essa característica tem natureza mista, material e processual, nesse aspecto é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria, naquele aspecto o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula.

A tutela da evidência tem o condão de alcançar todos os níveis de satisfatividade, processos e procedimentos, podendo estender a técnica antecipatória a todos os direitos evidentes, pela desnecessidade de aguardar-se o desenrolar do custoso itinerário processual.

Vale lembrar que o inciso II, do artigo 311, do Novo CPC é técnica de suma importância para quem atua com o processo civil. Trata-se de técnica em que o legislador estabelece e reforça o sistema de valorização de precedentes.

Diante dos efeitos da técnica da tutela provisória da evidência, quando concedida, e, sabendo-se que a maioria dos casos levados ao Poder Judiciário são resolvidos mediante técnica de julgamento por amostragem, há, sem dúvida, uma esperança para que o comportamento dos litigantes habituais seja modificado, de modo que haja maior efetividade nas demandas judiciais, bem como seja diminuído o número expressivo de processos que abarrotam o Poder Judiciário.



Sem dúvida, a proposta da técnica da tutela provisória da evidência, reafirmada e destacada pelo Novo CPC, com suas inovações, é técnica que visa distribuir o tempo do ônus do processo, a fim de prestar uma tutela adequada, efetiva e tempestiva, mediante um processo justo.

**BIBLIOGRAFIA.**

De oliveira, Alvaro e Daniel Mitidiero, **Curso de processo civil**, São Paulo, Atlas, 2010. vol. 1.

Didier. Jr., Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. - 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

Fux, Luiz. **Tutela dos direitos evidentes**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/84205229/ATutela-Dos-Direitos-Evidentes-Luiz-Fux#scribd>. Acessado em: 10/12/2015.

Gajardoni, Fernando da Fonseca. Novo CPC: **A ressurreição da ação de depósito**. Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-ressurreicao-da-acao-de-deposito>>. Acesso em: 27 de maio de 2015.

Marinoni, Luiz Guilherme, Arenhart, Sérgio Cruz, Mitidiero, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. II. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

Marinoni, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Marinoni, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed., São Paulo, Ed. RT, 2009.

Mendes de Oliveira, Paulo. **Tutela provisória no novo código de processo civil estruturação dogmática**. No prelo.

Mitidiero, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev., ampl. E atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente.** 2. ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial.** In Revista de Processo RePro, vol. 206/2012, abril, 2012.

\_\_\_\_\_. **Tendências em tema de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197.

Oliveira, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Zavascki, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** 4. ed. rev. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57.