

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

GUILHERME CORRÊA CACERES

A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Porto Alegre

2016

GUILHERME CORRÊA CACERES

A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do certificado do Curso de Especialização em Processo Civil.

Orientador: Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin

Porto Alegre

2016

À minha família e à Laura.

RESUMO

O objetivo do trabalho ora proposto consiste, basicamente, em um estudo da técnica de antecipação de tutela fundada na evidência do direito. Essa técnica é albergada no art. 311 do Novo Código de Processo Civil brasileiro, onde ela é regulada de modo muito mais detalhado do que no Código Buzaid – embora o novo diploma dedique apenas um artigo à tutela da evidência. Nesse contexto, inicialmente é feita uma abordagem panorâmica da regulação que foi outorgada no Novo Código à técnica da antecipação de tutela, tentando-se esquematizá-la e apontar eventuais equívocos do legislador, especialmente no que diz com a denominação dos institutos. Em seguida, busca-se expor uma noção do que vem a ser, na óptica do Novo Código, um direito evidente, capaz de autorizar o uso da técnica antecipatória independentemente da demonstração da existência de um perigo de dano. Quer-se demonstrar que é possível se extrair um conceito de direito evidente, ainda que o Código prefira listar hipóteses em que ele se configura. Por último, é feito um estudo dessas referidas hipóteses, demonstrando-se o que elas têm em comum e como elas servem para dar maior efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo, que é tido pelo legislador processual como um compromisso fundamental.

Palavras-chave: antecipação de tutela – direito evidente – tutela da evidência – ônus do tempo – técnica processual.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

atual. – Atualizada

CPC – Código de Processo Civil de 1973

ed. – edição

nº – número

NCPC – Novo Código de Processo Civil

p. – página

rev. – revista

RJ – Estado do Rio de Janeiro

SP – Estado de São Paulo

v. – Volume

1. INTRODUÇÃO	7
2. A NOVA SISTEMATIZAÇÃO E DENOMINAÇÃO ALBERGADA NO CÓDIGO DE 2015	9
3. NOÇÃO DE TUTELA DA EVIDÊNCIA	16
4. HIPÓTESES DA TUTELA DA EVIDÊNCIA.....	24
5. CONCLUSÃO	31
6. REFERÊNCIAS.....	33

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) inicia trazendo as denominadas “normas fundamentais do processo civil”. Nessas normas, o legislador infraconstitucional destacou os “*compromissos fundamentais*”¹ que nortearam a elaboração do diploma e que devem ser observados na sua aplicação e na sua interpretação:

As normas fundamentais elencadas pelo legislador infraconstitucional constituem as linhas mestras do Código: são os eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado.²

Muitas dessas normas fundamentais apenas reproduzem, dando ou não maior densidade, direitos fundamentais que já estão previstos na Constituição Federal. Um exemplo dessa tendência se verifica no art. 4º do novo diploma³, que prevê: “*As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.*”.

Evidentemente, a norma insculpida no aludido art. 4º realça o direito fundamental à “*razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”, albergado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

Ainda que se possa questionar até que ponto o legislador do Novo Código logrou êxito em estabelecer regras processuais que promovam esse seu “*compromisso fundamental*” com a duração razoável do processo – já que, além de ampliar alguns prazos processuais⁴, estabeleceu a contagem em dias úteis⁵, por exemplo –, fato é que, ao menos em relação a um mecanismo para distribuir de

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 90.

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 90.

³ “*A inclusão do art. 4.º revela a tendência do novo Código de reproduzir, na legislação infraconstitucional, os mesmos direitos e garantias relativos ao processo previstos na Constituição Federal.*”. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 50.

⁴ Como no caso do agravo interno e dos agravos em recurso especial e recurso extraordinário.

⁵ Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

forma mais isonômica o ônus do tempo no processo, o legislador deu um tratamento mais extenso, visando justamente a ampliar a sua utilização.

Esse mecanismo (na verdade, técnica processual) é a antecipação de tutela em razão da evidência do direito, que constitui o principal foco do presente trabalho. Embora não seja propriamente uma novidade, porquanto a tutela da evidência já estava presente no art. 273, inciso II, do Código Buzaid, houve uma inegável densificação de sua regulação no novo diploma processual, onde ela é tratada no art. 311, que traz quatro hipóteses para sua concessão.

Assim sendo, o objetivo do presente trabalho consiste em uma análise da nova regulação da tutela da evidência, estudando-se os incisos do art. 311. Procurar-se-á demonstrar a efetividade da tutela da evidência na distribuição isonômica do ônus do tempo no processo, verificando-se se é possível extrair do novo diploma processual uma espécie de conceito de direito evidente.

Na busca desse propósito, enfrentar-se-ão questões acerca da nova sistematização e denominação da antecipação de tutela no Novo Código, da noção de tutela da evidência, do denominador comum relativo às hipóteses da tutela da evidência, do tipo de cognição utilizada nessa espécie de provimento, da possibilidade de tutela do direito evidente de forma antecedente, entre outras.

2. A NOVA SISTEMATIZAÇÃO E DENOMINAÇÃO ALBERGADA NO CÓDIGO DE 2015

Uma das novidades trazidas pelo Novo Código de Processo Civil é a sistematização que foi outorgada à tutela cautelar e à antecipação de tutela (técnica). Antes, elas eram tratadas em locais topologicamente bem distantes no diploma processual de 1973 (com todas as suas reformas), eis que a antecipação de tutela era regulada, em geral, no art. 273, que integra o Livro I “Do processo de conhecimento”, ao passo que a tutela cautelar era regulada a partir do art. 796 no Livro III “Do processo cautelar”. Ademais, o Código de 1973 era bastante minucioso no que se refere à tutela cautelar, já que regulava vários procedimentos cautelares.

No Novo Código, aparentemente, as tutelas cautelar e antecipada (leia-se, satisfativa) foram concebidas como “subespécies” da “espécie” tutela de urgência. Não há mais, portanto, um livro inteiro dedicado à tutela cautelar. A tutela da urgência, por sua vez, ao lado da tutela da evidência, compõe o “gênero” da tutela provisória.

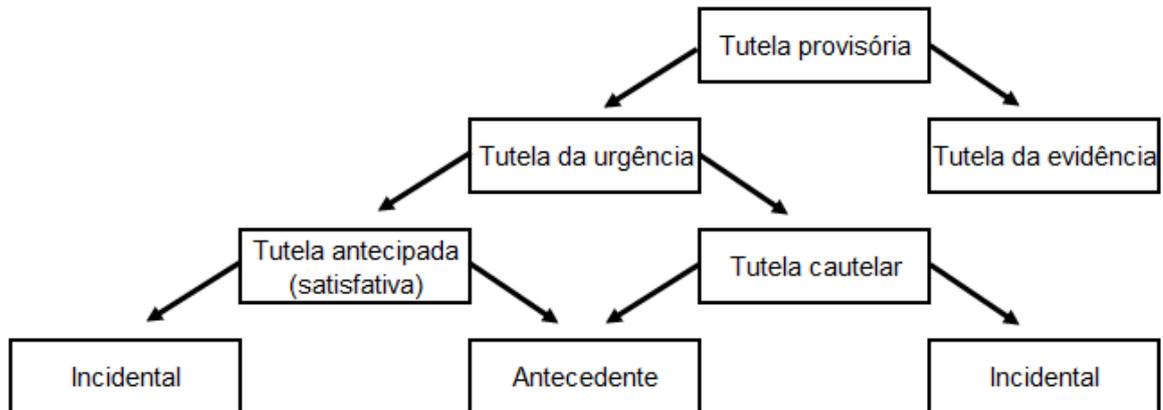
O CPC atual extinguiu o livro próprio que havia para o processo cautelar no CPC/1973, assim como todos os procedimentos cautelares em espécie, passando a reger a tutela de urgência (cautelar ou satisfativa) e a tutela de evidência no Título I do Livro V da Parte Geral, englobando-as sobre o gênero *tutela provisória*.⁶

Além disso, estabelece o Código, no parágrafo único de seu art. 294, que a tutela de urgência, tanto antecipada (satisfativa) ou cautelar, “*pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental*”.

O Novo Código apresenta, então, o Livro V com o nome de “Da Tutela Provisória”, sendo Título I do capítulo dedicado às “Disposições Gerais”, o Título II denominado “Da Tutela de Urgência” e o Título III denominado “Da Tutela da Evidência”.

⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 393.

Dessa forma, com o intuito de elucidar toda essa nova sistematização, remete-se ao esquema abaixo:



Explicando essa sistematização, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro é bastante didático:

O art. 294 do NCPC inaugura o regime jurídico da tutela provisória esclarecendo desde logo, no *caput*, que o gênero (tutela provisória) pode fundamentar-se em urgência e evidência.

[...]

O parágrafo único do mesmo dispositivo trata tão somente da tutela de urgência, apresentando sua divisão em tutela cautelar e tutela antecipada, para depois traçar-lhes a mesma regra geral quanto ao seu procedimento: ambas podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental.⁷

Ocorre, porém, que essa nova sistematização e denominação é bastante criticável, na medida em que “a adoção da terminologia empregada pelo legislador deixa na sombra aquilo que mais interessa para quem vai ao processo – a busca pela tutela do direito.”⁸

Outrossim, ao referir tutela antecipada (tutela provisória de urgência antecipada), na verdade, o legislador quis fazer menção à tutela satisfativa concedida de forma antecipada quando há perigo de dano. Bem anotam Fredie

⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 93.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 196.

Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira que foi a tutela satisfativa que “o legislador resolveu denominar de *“tutela antecipada”*”, utilizando-se, assim, de *“terminologia inadequada”*⁹. Já, ao referir tutela provisória, é que quis o legislador expressar a técnica da antecipação de tutela.

Com efeito, a antecipação de tutela nada mais é do que uma técnica processual, por meio da qual, visando à distribuição isonômica do ônus do tempo entre as partes processuais, o juiz tutela o direito, seja satisfazendo-o ou assegurando-o, com base em cognição sumária. Isto é, a técnica antecipatória permite que o julgador conceda a tutela, satisfativa ou cautelar, antes do momento em que normalmente ela viria (que é após o exercício pleno do contraditório e a cognição exauriente).

Conforme bem explicita Daniel Mitidiero, *“a técnica antecipatória é apenas um meio para a realização da tutela satisfativa ou da tutela cautelar”* e *“diz respeito apenas ao momento em que a tutela é prestada e ao módulo de cognição a ele vinculado.”*¹⁰.

Essa técnica pode ser utilizada tanto em face da urgência da tutela, ante a iminência de dano ou mesmo de prática de ilícito¹¹, quanto em face da evidência do direito deduzido em juízo.

Ocorre que, se a técnica antecipatória for utilizada em face da urgência, ela poderá albergar uma tutela satisfativa ou cautelar. Já se a técnica for utilizada em face da evidência, ela comportará necessariamente uma tutela satisfativa, conforme

⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael de Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm. p. 583.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. In: **Revista de Processo**. São Paulo, v.36, n.197, jul. 2011. p. 31-32.

¹¹ Marinoni, Arenhart e Mitidiero criticam o fato de o legislador do Novo Código de Processo Civil ter feito menção, no art. 300, apenas ao “perigo de dano”. Segundo os autores, equivocou-se o legislador que *“imaginou que a tutela antecipada só pode combater um “perigo de dano”, ignorando que, se é possível a obtenção de tutelas finais contra o ilícito (como a tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito, art. 497, parágrafo único), deve ser obviamente possível obtê-las igualmente de maneira antecipada. Logo: a tutela antecipada serve não só para combater um “perigo de dano”, mas também um “perigo de ilícito”.* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 199.

será explicado de forma pormenorizada posteriormente. Desse modo, revela-se outro equívoco do legislador ao não deixar claro que a tutela da evidência é também uma tutela satisfativa concedida antecipadamente.

Consoante leciona Daniel Mitidiero, “a tutela satisfativa antecipada também não está sempre vinculada à urgência – vale dizer, vocacionada a combater o perigo na tardança do provimento jurisdicional”¹², podendo estar vinculada a evidência do direito pleiteado em Juízo.

Veja-se, pois, que não é correto tratar, como parece fazer o Novo Código, as tutelas antecipada (satisfativa) e cautelar como “subespécies” da “espécie” tutela da urgência. Afinal, também será satisfativa a tutela da evidência, a qual difere substancialmente da tutela da urgência.

Como se vê, a partir das breves considerações ora deduzidas, é possível verificar aquilo que já se afirmou: é bastante criticável (ou melhor, confusa) a sistematização e denominação albergada no Novo Código de Processo Civil no Livro relativo à tutela provisória.

Passa-se, assim, a tentar elucidar tudo o que o legislador albergou no Livro V, “Da Tutela Provisória”, do Novo Código de Processo Civil:

(i) Ao referir “tutela provisória”, como já se disse, o legislador quis mencionar a técnica da antecipação da tutela, por meio do qual o juiz dá a uma das partes aquilo que ela, a princípio, só receberia ao final do processo¹³.

¹² MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 41.

¹³ Nos dizeres de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro: “A técnica da antecipação de tutela viabiliza, portanto, a obtenção, no presente, do bem da vida (mesmo que em caráter provisório e, portanto, sujeito a confirmação por um provimento ulterior) sem necessidade de aguardar, para tanto, uma decisão final apta a ser executada.” RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 88.

Nessa técnica, o juiz decide com base em cognição sumária e a provisoriedade do provimento é traço marcante, visto que ele será substituído por um definitivo, tomado com base em cognição exauriente.

(ii) Ao referir “tutela da urgência” e “tutela da evidência”, o legislador alude expressamente ao fundamento que justifica a utilização da técnica da antecipação da tutela. É isso o que está na redação do art. 294 do Novo Código: “A *tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência*”.

Os requisitos para a tutela da urgência são, nos termos do art. 300, a “*probabilidade do direito*” e “*o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”. Observa-se que os requisitos são esses seja para satisfazer o direito, seja para o assegurar, diferentemente do que ocorria no Código Buzaid, que utilizava termos distintos para se referir aos requisitos da tutela satisfativa e da tutela cautelar.

No antigo diploma, para a satisfação do direito, exigia-se prova inequívoca da verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Para a assecuração do direito, entendia-se que os requisitos eram o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No Código de 2015, o legislador unificou os requisitos:

Supera-se, com total razão e proveito, a diferenciação principalmente teórica que havia entre *fumus boni iuris* e prova inequívoca da verossimilhança das alegações. Para nós, é certo que havia uma distinção na intensidade das exigências para a concessão da tutela cautelar ou satisfativa, mas isso era de difícilíssima verificação prática, o que autoriza a conclusão de que a unificação foi a melhor providência, superando uma classificação de pouca utilidade no âmbito forense.¹⁴

(iii) Ao referir “tutela antecipada” e “tutela cautelar”, pretende o legislador mencionar a natureza da tutela: se satisfativa ou assecurativa do direito.

¹⁴ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no Projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça**. In: Revista de Processo, São Paulo, v.39, n.238, dez. 2014. p. 386.

A diferença entre satisfazer (tutela satisfativa) e assegurar (tutela cautelar) um direito é bem demonstrada por Ovídio A. Baptista da Silva:

Nosso direito do que seja a *satisfação* de um direito toma este conceito como equivalente à sua *realização* concreta e objetiva. Satisfazer um direito, para nós, é realiza-lo concretamente no plano das relações humanas.

Todo direito tende, necessariamente, para a realização. O direito, pode-se dizer, é uma ordem normativa carente de realizabilidade prática. Podemos dizer, então, que os direitos tendem a realizar-se no plano social e a tutela cautelar é, precisamente, um instrumento eficaz concebido para assegurar a realização dos direitos.

Queremos chamar a atenção do leitor para o que acaba de ser dito. Conceituando a tutela cautelar, tivemos o cuidado de dizer que ela exerce a função de instrumento que *assegura* a realização dos direitos subjetivos. *Assegura*, porém não *satisfaz* o direito assegurado.¹⁵

(iv) Ao referir “*caráter antecedente ou incidental*”, o legislador se reporta à possibilidade da técnica da antecipação de tutela ser requerida/adotada dentro de um processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva ou dentro de um processo em que se pedirá (futuramente) a tutela definitiva. Ou seja, indica o legislador o momento de utilização da técnica.

Nesse último ponto, merecem destaque os apontamentos de Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira:

A tutela provisória *incidental* é aquela requerida dentro do processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento), independentemente do pagamento de custas (art. 295, CPC). É requerimento *contemporâneo ou posterior* à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado ingressa com um processo pleiteando, desde o início, tutelas provisória e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, pede a tutela provisória.

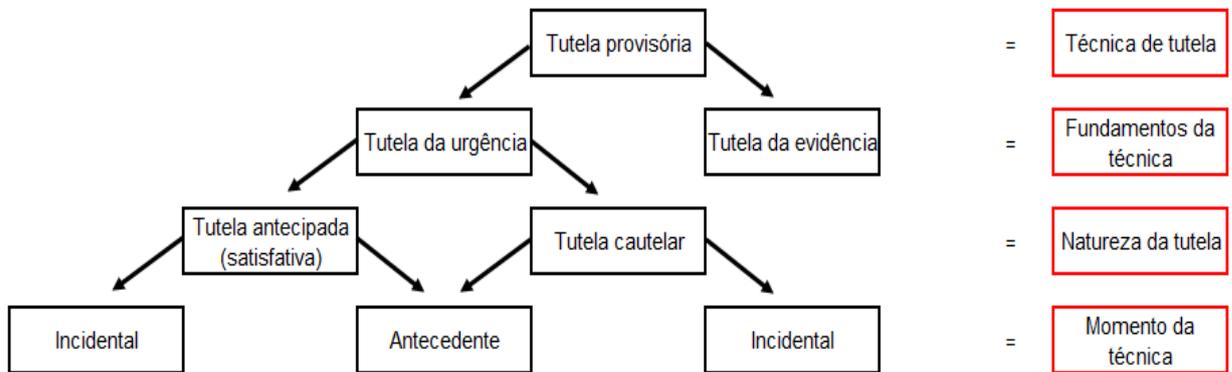
[...]

A tutela provisória *antecedente* é aquela que deflagra o processo em que se pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva. É requerimento *anterior* à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiante seus efeitos (satisfação ou acautelamento). Primeiro, pede-se a tutela provisória; só depois, pede-se a tutela definitiva.¹⁶

¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. Vol. 3. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 69-70.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael de Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm. p. 585 -586.

Nesse cenário, alude-se ao mesmo esquema anteriormente reproduzido, esclarecendo-se, contudo, o que diz com a técnica, com os fundamentos, com a natureza e com o momento:



A compreensão dessa nova sistematização e denominação há de ser o ponto de partida para se trabalhar com a técnica da antecipação de tutela, essencial para promover o “*compromisso fundamental*” do legislador com a duração razoável do processo e a celeridade processual, na medida em que se afigura importante mecanismo de aceleração do processo para que a tutela jurisdicional seja prestada em tempo útil.

3. NOÇÃO DE TUTELA DA EVIDÊNCIA

Consoante se referiu anteriormente, a tutela da evidência não é uma novidade do Novo Código de Processo Civil, mas os seus contornos, sim¹⁷. No diploma antecedente, a tutela da evidência era extraída da interpretação do art. 273, inciso II, sendo, contudo, “*uma ideia pouco explorada na prática e cuja correta utilização poderia contribuir enormemente para o alcance do tão almejado processo justo*”¹⁸. Basta uma pesquisa na jurisprudência, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça para que se perceba que poucos são os julgados que dizem respeito à tutela da evidência.

Na forma como concebida no Código Buzaid, a tutela da evidência pode ser visualizada como uma espécie de sanção ao réu que apresenta uma defesa inconsistente, com abuso de direito ou propósito protelatório. É nessa linha que a concebe Teori Albino Zavascki, para quem:

Embora não se trate propriamente de uma punição, dado que sua finalidade tem sentido positivo de prestar jurisdição sem protelações indevidas, a medida guarda semelhança, no que diz com as respectivas causas determinantes, com as penalidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional¹⁹.

Todavia, não se mostra acertado esse entendimento de admitir uma “*tutela da evidência punitiva*”²⁰. Com efeito, assiste razão a Ovídio A. Baptista da Silva quando defende que:

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

¹⁷ De acordo com Guilherme Rizzo Amaral: “O CPC revogado previa a tutela da evidência de forma extremamente limitada, apenas quando ficasse caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Fora de tais hipóteses, somente se tutelava o direito evidente ou provável caso concorresse a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. O CPC atual, em seu art. 311, ampliou as hipóteses da tutela da evidência, permitindo a antecipação da satisfação do direito evidente independentemente de urgência ou mesmo o abuso de direito de dessa ou intuito protelatório do réu.”. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 416.

¹⁸ MILANI, Daniela Jorge. Tutela de evidência: justiça em tempo hábil. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v.10, n.59, mar./abr. 2014. p. 88.

¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78.

²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael de Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm. p. 633.

modo algum, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. O que se dá, com a conduta do réu, nestes casos, é 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 à 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 séria a opor ao direito do autor. Daí a legitimidade da antecipação de tutela.²¹

Na mesma linha, caminha a doutrina de Daniel Mitidiero:

[...] a tutela antecipatória fundada em abuso do direito de defesa ou manifeste propósito protelatório do réu constitui mais propriamente tutela antecipatória fundada na maior probabilidade de veracidade da posição jurídica de uma das partes.²²

Nesse contexto, em nenhum momento, com a tutela da evidência, quer-se sancionar o réu que apresenta uma defesa inconsistente. O que se objetiva é, na verdade, favorecer o litigante que apresenta o direito mais provável, a posição de maior evidência, de modo que *“quem deve suportar o tempo que o processo normalmente leva para o seu desenvolvimento e desenlace é aquele litigante que dele necessita para mostrar que tem razão.”*²³.

Isso porque a tutela da evidência, mesmo abstraindo o risco de dano ao direito, foi idealizada sob o princípio de que *“a duração do processo não deve redundar em maior prejuízo para quem já demonstrou, satisfatoriamente, melhor direito dentro do conflito material”*²⁴.

Afinal, deve-se levar em consideração que o tempo, nas palavras de Luiz Fux, *“é fator de denegação de justiça”*, haja vista que *“a justiça tardia não é justiça”*²⁵. Por esse motivo é que o legislador brasileiro *“tratou o tempo do processo como fonte*

²¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1. 6. ed. ver. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 143.

²² MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.197, jul. 2011. p. 34.

²³ MITIDIERO, *Ibidem*, p. 33.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. Rio de Janeiro: Forense. p. 689.

²⁵ FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ano 2, número 16, abril de 2000. p. 16. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

*potencial de dano às partes.*²⁶, revelando-se verdadeiro tormento do processualista contemporâneo “*a necessidade de razoabilidade na gestão do tempo*”²⁷.

Como se vê, pouco importa a existência de perigo de dano ou de ilícito; “o requisito principal da tutela da evidência é a comprovação de evidência do direito material da parte autora, independentemente de prova de dano ou risco de dano”²⁸. Em sendo caso de perigo de dano ou de ilícito, o remédio cabível existe no ordenamento e é a tutela da urgência.

Nesse cenário, é preciso ressaltar que a tutela da evidência, por dispensar a prova de qualquer perigo de dano ou risco a determinado direito, é satisfativa, permitindo desde logo a fruição do “bem da vida” buscado no processo. Ela não se destina simplesmente a proteger determinado direito sob perigo para sua posterior satisfação.

Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior assim leciona:

A tutela da evidência, embora haja controvérsia, pode dar-se por qualquer provimento que se mostre adequado às circunstâncias do caso concreto: seja por meio de medida *satisfativa*, seja por medida *conservativa*.²⁹

Se o caso é de medida conservativa (cautelar), no entanto, é porque há um risco ao direito que deve ser demonstrado, de modo que se desloca da tutela da evidência para a tutela da urgência. Com a devida vênia, pois, não se concorda com o entendimento esposado pelo mencionado doutrinador.

²⁶ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 136.

²⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael de Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm. p. 580.

²⁸ CARDOSO, Oscar Valente. A tutela provisória no novo código de processual civil: urgência e evidência. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n.148, jul. 2015. p. 96.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. Rio de Janeiro: Forense. p. 690-691.

Outrossim, “*seria um grave equívoco, seja do advogado, seja do magistrado exigir o requisito da urgência nos casos em que se apresenta o direito evidente*”³⁰, porquanto “*se houvesse um direito evidente, o eixo seria deslocado para a tutela da evidência.*”³¹.

Athos Gusmão Carneiro, analisando a hipótese do inciso II do art. 273 do Código de 1973 e a dispensa da urgência ou do perigo de dano, chega a afirmar que se teria, nesse caso, uma antecipação de tutela “pura”:

Cumpra sublinhar, neste passo, que o *art. 273,II*, criou uma AT “pura”, desvinculada dos pressupostos da *urgência* e do *dano*, e ligada tão somente à ideia central de que a firme aparência do bom direito, exurgente das alegações do autor, aliada à desvalia evidente, à falta de consistência na defesa apresentada pelo demandado, autorizam a satisfação antecipada *a fim de que o (aparente) titular de um direito possa de imediato vê-lo (provisoriamente) incorporado ao seu patrimônio jurídico.*³²

Deve ser ressaltado, novamente, que a tutela do direito evidente é antecipada, por óbvio, com base em cognição sumária, na medida em que não se pode falar em cognição exauriente antes de se possibilitar o exercício pleno do contraditório³³.

Não se afigura correto o entendimento de Luiz Fux, que sustenta a tese de que “*a liminar, in casu, é deferível mediante cognição exauriente, decorrência mesmo da evidência, diferentemente do que ocorre nos juízos de aparência (fumus bom juris) peculiares à tutela de urgência cautelar ou de segurança.*”.

De outra banda, não se pode confundir a tutela da evidência com o julgamento antecipado da parcela incontroversa da lide, previsto no art. 273, § 6º, do

³⁰ MILANI, Daniela Jorge. Tutela de evidência: justiça em tempo hábil. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.10, n.59, mar./abr. 2014. p. 92.

³¹ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no Projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça.** In: Revista de Processo, São Paulo, v.39, n.238, dez. 2014. p. 386.

³² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** Rio de Janeiro, 2005. p. 35-36.

³³ Consoante explicita Leonardo Ferres da Silva Ribeiro: “*a tutela plasmada pela cognição exauriente pressupõe o respeito pleno ao contraditório, com a análise completa de todos os fatos e provas constantes dos autos. Trata-se de decisão proferida com base na “certeza” da existência (ou não) do direito e não em mera plausibilidade ou probabilidade. Justamente por isso, a tutela de cognição exauriente, ao contrário da sumária, é apta para produção de coisa julgada material.*” RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 76.

Código Buzaid e no art. 356 do Novo Código, afigurando-se errôneo o entendimento de que “o pedido incontroverso é uma modalidade de tutela de evidência”³⁴.

Daniel Mitidiero coloca acertadamente que a incontrovérsia do pedido ou do direito é diferente da inconsistência da defesa e, por conseguinte, ambas recebem tratamentos jurídicos distintos: “a primeira dá lugar à decisão com base em cognição exauriente porque há dispensa legal de prova, ao passo que a segunda dá azo à decisão fundada em cognição sumária porque inexistente semelhante dispensa.”³⁵.

Compartilham desse mesmo entendimento Oscar Valente Cardoso e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Também se distingue a tutela da evidência do julgamento antecipado do mérito, total ou parcial (arts. 355/356 do novo CPC), por se tratar de uma decisão em cognição sumária e provisória, enquanto o segundo decorre de cognição exauriente e definitiva da lide.³⁶

Por fim, é importante gizar que esse tipo de provimento antecipatório se dá com base em cognição sumária, daí por que é revogável e provisório, não se confundindo, pois, com o julgamento antecipado da lide.³⁷

Daí porque o julgamento do pedido incontroverso, ao contrário da tutela da evidência, é definitivo, e não provisório, e, sem dúvida, é realizado com cognição exauriente³⁸, e não sumária, ainda que feito de forma antecipada.

Cabe ressaltar que Luiz Guilherme Marinoni³⁹ justifica a possibilidade de julgamento antecipado do pedido incontroverso com base em três observações: *(i)* é injusto obrigar o cidadão a esperar a tutela de um direito que não se mostra mais controvertido; *(ii)* o processo não pode prejudicar o autor que tem razão e seria um

³⁴ MILANI, Tutela de evidência: justiça em tempo hábil. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.10, n.59, mar./abr. 2014. p. 91.

³⁵ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 139.

³⁶ CARDOSO, Oscar Valente. A tutela provisória no novo código de processual civil: urgência e evidência. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n.148, jul. 2015. p. 96.

³⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 189.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 159.

³⁹ MARINONI, *Ibidem*, p. 155-157.

atentado contra a tempestividade da tutela jurisdicional não se poder julgar imediatamente o pedido incontroverso; e *(iii)* a defesa que diz respeito a apenas uma parte do direito postulado não pode obstar o julgamento daquele pedido que ela não alcança.

Conclui-se, pois, que direito evidente não é o direito ou pedido incontroverso⁴⁰. Direito evidente é, na verdade, menos do que direito incontroverso. Por outro lado, o direito evidente é mais do que o direito meramente provável (ou verossímil).

Afinal, se é dado ao juiz, em face do direito evidente, antecipar a tutela sem perquirir acerca de eventual perigo de dano, é porque o direito evidente lhe permite uma certeza maior do que o direito provável, que somente enseja a antecipação se acompanhado da demonstração do referido perigo.

Ou seja, concebendo-se uma espécie de escala da certeza do direito, o direito incontroverso estará no posto mais avançado, seguido pelo direito evidente, que, por sua vez, terá um grau de certeza maior que o direito provável. Pode-se, portanto, afirmar que o direito evidente sempre será um direito provável, porém a recíproca não é verdadeira.

A ideia de que o direito evidente alberga um grau de certeza maior que o direito provável parece encontrar respaldo nas lições de Ovídio A. Baptista da Silva, que, analisando a hipótese do art. 273, inciso II, do Código Buzaid, sustenta que,

⁴⁰ Em sentido contrário é o entendimento esposado por Ruy Fernando Zoch Rodrigues em sua tese de doutorado: *“Incontroverso” é atributo do que é certo. Bem por isso na etimologia da palavra, segundo Antonio Houaiss, um dos sentidos é “indiscutível”, outro é “indubitável”. Já a expressão “evidente” ou “evidência”, também considerada etimologicamente, significa “o que não oferece dúvida”. Portanto, mesmo na exegese mais pobre – a literal – é viável dizer que o “evidente” é também incontroverso, porque indubitável. Ademais, o que a Lei tem em vista ao falar no caráter incontroverso do pedido é o estado de convicção que se forma na consciência do juiz autorizando-o a julga. E tal estado também a evidência confere ao julgador, obviamente.”* RODRIGUES, Ruy Fernando Zoch. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência em ações repetitivas**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 147. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-04012011-154630/>>. Acesso em: 01 set. 2015.

face a contestação não séria do réu, “o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima da certeza”⁴¹.

Ora, se a verossimilhança do direito eleva-se para um grau que o aproxima da certeza, significa, em última análise, que o direito evidente é, de fato, mais certo que o direito provável (verossímil). Em outras palavras, a evidência do direito “é um critério a frente da probabilidade”⁴².

Nesse diapasão, pode-se conceituar o direito evidente como um direito praticamente certo, extremamente provável. De acordo com Daniela Jorge Milani:

[...] o titular de um direito evidente é aquele que tem, já no limiar da ação que propõe, a ostensiva comprovação desse direito, ou seja, que é capaz de convencer o juiz não apenas da verossimilhança de seu direito, mas de sua efetiva existência.⁴³

A analogia idealizada por Luiz Fux também parece bem refletir o que se pode entender por evidência do direito: “*Mutatis mutantis poder-se-ia aplicar à evidência a doutrina da “liquidez e certeza” que informa o mandado de segurança e a execução.*”⁴⁴.

Em resumo, a incontrovérsia do pedido ou do direito permite o julgamento de mérito antecipado, proferido com cognição exauriente e caráter definitivo. A evidência do direito autoriza a utilização da técnica da antecipação de tutela, independentemente da demonstração de dano ou de risco de prejuízo ao resultado útil do processo. Por sua vez, o direito provável, aliado à demonstração do referido perigo, também possibilita a antecipação da tutela.

⁴¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1. 6. ed. ver. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 143.

⁴² FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ano 2, número 16, abril de 2000. p. 5. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

⁴³ MILANI, Daniela Jorge. Tutela de evidência: justiça em tempo hábil. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.10, n.59, mar./abr. 2014. p. 88.

⁴⁴ FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ano 2, número 16, abril de 2000. p. 7. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

Percebe-se, assim, que, à medida que cresce o direito na escala da certeza, aumentam os poderes do juiz. Dessa maneira, parece que esse sistema, ao menos, aproxima-se do sistema ideal de tutela jurisdicional concebido por Ovídio A. Baptista da Silva: “*Deve, ou pelo menos deveria, num sistema ideal de tutela jurisdicional, cada procedimento crescer na razão inversa do grau de evidência do direito submetido à apreciação judicial.*”⁴⁵.

Mas, afinal, embora se possa conceber o direito evidente como mais que o direito provável e menos que o direito incontroverso, quando fica caracterizado o direito evidente? O legislador do Novo Código de Processo Civil estabeleceu, nos incisos do art. 311 do diploma processual, quatro hipóteses em que ficaria caracterizado o direito evidente. Passa-se, pois, a analisa-las.

⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. O processo civil e sua recente reforma (os princípios do direito processual civil e as novas exigências impostas pela reforma no que diz respeito à tutela satisfativa de urgência dos artigos 273 e 461). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 414.

4. HIPÓTESES DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Como já referido, o Novo Código prevê quatro hipóteses de tutela da evidência no seu art. 311, abaixo reproduzido:

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 documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

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

Antes de se analisar cada hipótese, devem ser destacados três pontos. O primeiro é a disposição constante do parágrafo único, que estabelece que apenas nas hipóteses dos incisos II e III o juiz está autorizado a decidir liminarmente, isto é, no início do processo, sem a oitiva da parte contrária.

À primeira vista, o dispositivo faz todo o sentido, porquanto as hipóteses dos incisos I e IV dependem necessariamente de um comportamento da outra parte (abuso de defesa e manifesto propósito protelatório; e não oposição de prova capaz de gerar dúvida razoável), de forma que “*não podem ser deferidas antes de sua primeira manifestação*”⁴⁶. Corolário lógico, portanto, é que elas só podem ficar caracterizadas após a oitiva dessa outra parte, não podendo, nesses casos, o juiz decidir em caráter liminar.

⁴⁶ CARDOSO, Oscar Valente. A tutela provisória no novo código de processual civil: urgência e evidência. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n.148, jul. 2015. p. 96.

Já as hipóteses dos incisos II e III, em tese, não necessitam de nenhum comportamento da outra parte. Basta que a parte que postula a antecipação de tutela comprove os requisitos previstos nos aludidos incisos.

Contudo, se a regra no processo civil brasileiro é o exercício do contraditório previamente a tomada de qualquer decisão, por qual motivo, mesmo nas hipóteses dos incisos II e III, autoriza-se o magistrado a decidir liminarmente? Se não há urgência imediata para a antecipação de tutela, não se vislumbra um motivo suficientemente forte para se deferir uma medida antes de se oportunizar, ainda que em um prazo exíguo, a oitiva da parte contrária⁴⁷.

Atento a essa circunstância, Guilherme Rizzo Amaral defende que, mesmo em casos que se enquadram nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311, o juiz deve permitir que a parte contrária se manifeste antes de decidir sobre a antecipação de tutela pleiteada. Esse posicionamento merece guarida, na medida em que privilegia o exercício prévio do contraditório, ainda que o Novo Código o dispense expressamente nos referidos casos, conforme se infere do seu art. 9º, parágrafo único, inciso II⁴⁸:

Veja-se o que diz o autor analisando, especificamente, a hipótese II do art. 311:

Contudo, e a despeito do que dispõe o parágrafo único do art. 311, mesmo aqui entendemos ser fundamental o contraditório prévio, a despeito do disposto no art. 9º, parágrafo único, II, salvo quando se tratar de medida de urgência ou houver risco de perecimento de direito, hipótese em que se estará diante de tutela de urgência, e não apenas de evidência.

Na medida em que não há *urgência* na concessão da tutela da evidência, tal solução é a que melhor equilibra os valores da efetividade e da segurança, preservando o contraditório.⁴⁹

⁴⁷ Registre-se, porém, que o Novo Código dispensa expressamente o contraditório prévio nos referidos casos de tutela da evidência, consoante se infere do seu art. 9º, parágrafo único, inciso II: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;”

⁴⁸ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

⁴⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 417.

Semelhante entendimento é defendido por Leonardo Ferres da Silve Ribeiro:

Como já fizemos referência anteriormente, a opção do legislador em possibilitar a liminar *inaudita altera parte* em algumas situações de tutela de evidência, deve ser criticada. Não havendo risco de dano ou de inutilidade do processo, não vemos razão para que o juiz conceda liminar sem a oitiva do réu. Sem prejuízo, não há porque postergar o contraditório para um momento ulterior.⁵⁰

O segundo ponto a ser destacado antes da análise de todos os incisos do art. 311 é aquilo que eles têm em comum. Aparentemente, todos eles remetem à ideia de a defesa da outra parte ser ou só poder ser inconsistente frente à posição jurídica que ostenta aquele que pleiteia a antecipação de tutela:

O legislador procurou caracterizar a *evidência* do direito postulado em juízo capaz de justificar a prestação de “tutela provisória” a partir de quatro situações arroladas no art. 311. O denominador comum capaz de amalgamá-las é a noção de *defesa inconsistente*. A tutela pode ser antecipada porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será.⁵¹

Por fim, o terceiro ponto a ser destacado antes de se adentrar na análise das hipóteses da tutela da evidência, é que esta somente pode ser requerida e concedida incidentalmente, ou seja, em um processo em que já está se pedindo a tutela definitiva.

Afinal, novamente pela dispensa da comprovação do perigo de dano ao direito, não haverá como se requerer a tutela da evidência em caráter antecedente, vez que ausente “*urgência for contemporânea à propositura da ação*”.

Isso não significa que um direito evidente não pode dar azo a um pedido de antecipação de tutela em caráter antecedente. Por ser mais que um direito provável, obviamente o direito evidente pode ser utilizado para se pleitear a tutela antecedente. Porém, ele haverá – assim como o direito provável – de estar aliado a uma urgência que justifique o caráter antecedente da antecipação de tutela.

⁵⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 193.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 210.

O que se quer afirmar, portanto, é que o direito evidente, por si só, não autoriza o emprego do procedimento antecedente. Falar em tutela da evidência em caráter antecedente seria, assim, uma contradição em termos.

Posicionamento diverso, contudo, é sustentado por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

Do ponto de vista técnico, nada obstará a possibilidade de tutela da evidência antecedente, como mostra a experiência do *référé provision* francês (art. 809, *Code Procédure Civile*); porém, intencionalmente ou não, nosso legislador parece ter optado por limitar a tutela antecipada antecedente aos casos de urgência. A opção, por óbvio, não merece respaldo. O ônus do tempo do processo não pode ser atribuído àquele que aparentemente tem razão. Por isso, examinando o regime da tutela antecipada antecedente à luz da garantia fundamental da tempestividade da jurisdição, evidencia-se a necessidade de se interpretar extensivamente o contido no art. 303, do CPC, de modo a abarcar também, por analogia, as tutelas da evidência.⁵²

Pois bem, feitos esses destaques, a primeira hipótese em que o direito se afigura evidente a ponto de ensejar a antecipação de tutela independentemente de qualquer perigo de dano ou risco ao processo é aquela que já existia no art. 273, inciso II, do Código Buzaid. Essa hipótese se concretiza quando “*ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte*”.

Extraí-se dessa hipótese que o direito provável do autor se torna um direito evidente por ocasião de o réu exercer “*o seu direito de defesa de maneira não séria, inconsistente*”⁵³. Nesse sentido, a hipótese do inciso I do art. 311 deve ser interpretada como uma “*regra aberta*”⁵⁴. Porém, conforme já ressaltado, não se pode vislumbrar essa hipótese de tutela como uma sanção a outra parte.

Teori Albino Zavascki leciona que, por abuso de direito, “*hão de ser entendidos os atos protelatórios praticados no processo*”, enquanto que o manifesto

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 223.

⁵³ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.197, jul. 2011. p. 34.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 211.

propósito protelatório “*resulta do comportamento do réu – atos e omissões – fora do processo, embora, obviamente, com ele relacionados*”⁵⁵.

Não obstante, merece destaque a advertência feita por Cassio Scarpinella Bueno de que “*o abuso de direito de defesa do réu ou o seu manifesto propósito protelatório nada diz, por si só, com relação à evidência do direito do autor, que, por isto, deve também ser demonstrada no pedido a ser formulado pelo autor.*”⁵⁶.

A segunda hipótese é a da tutela da evidência em decorrência das alegações de fato do autor estarem comprovadas documentalmente e das alegações de direito estarem amparadas em tese firmada em casos repetitivos ou em súmula vinculante. Essa hipótese é de grande relevância não só para possibilitar a tutela do direito do autor cumprindo seu papel de técnica de distribuição isonômica o ônus do tempo no processo, mas também para que sejam respeitadas e aplicadas de imediato as decisões dos Tribunais Superiores.

Ressalta-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça proferidas sob a sistemática dos recursos repetitivos são reguladas de forma mais detalhada no Novo Código a partir do seu art. 1.036, sendo uma das novidades, por exemplo, a necessidade de afetação de dois ou mais recursos representativos da controvérsia “*com a finalidade de ampliar o debate na formação das decisões*”⁵⁷. Essas decisões proferidas em julgados repetitivos devem ser aplicadas a todos os casos idênticos⁵⁸, já existentes ou futuros.

Isso se justifica porque o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se constituem Cortes destinadas a dar unidade do direito e “*cuja função é interpretar o direito a partir do caso concreto e dar a última palavra a respeito de*

⁵⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81.

⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 232.

⁵⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC Fundamentos e Sistematização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 373.

⁵⁸ No novo CPC, prevê o art. 1.039 que “*Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.*”.

*como deve ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso país*⁵⁹. Com isso, criam-se precedentes “*para guiar a interpretação futura do direito pelos demais juízes que compõem o sistema encarregado de distribuir justiça a fim de evitar a dispersão do sistema jurídico.*”⁶⁰.

Nesse diapasão, não faz sentido que o autor da ação que se apresente em juízo postulando um direito que já foi reconhecido nessas decisões que servem de precedentes tenha que aguardar todo o tramite da ação para que receba a tutela jurisdicional. Como bem explicita Luiz Guilherme Marinoni:

[...] se o sistema de distribuição de justiça obedece à lógica de que os tribunais superiores e o Supremo Tribunal Federal têm a última palavra a respeito dos litígios, não há razão para prejudicar a parte que está ancorada em posição firmada nesses tribunais, obrigando-a a esperar o tempo para que um deles faça valer o seu entendimento.⁶¹

Basta, portanto, que o direito pleiteado pelo autor esteja respaldado em precedentes firmados em casos repetitivos e que as alegações de fato possam ser comprovadas documentalmente para que seja a ele concedida a tutela jurisdicional antecipadamente e independentemente da existência de perigo de dano ou de ilícito. Este, na verdade, está implícito na possibilidade de demora do provimento jurisdicional.

Cumprir referir que o Novo Código de Processo Civil prevê, em seu art. 332, inciso II, que o juiz pode, liminarmente, julgar improcedente o pedido que contraria “*acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos*”. Caso não se admitisse, pois, que o juiz antecipasse a tutela quando o pedido está fundado em acórdão de julgamento de recursos repetitivos, ter-se-ia uma lógica perversa para com o autor da ação.

Felizmente, porém, se, por um lado, o sistema permite que autor tenha o seu pedido indeferido liminarmente por causa dos precedentes, por outro, ele permite

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 202.

⁶⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Ibidem*, p. 609.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 298.

que o autor tenha o seu direito tutelado antecipadamente e até liminarmente também em razão dos precedentes.

A terceira hipótese da tutela da evidência é concernente à tutela da obrigação de entregar coisa certa confiada em depósito. O direito do autor se torna evidente quando “*fundado em prova documental adequada do contrato de depósito*”⁶². Com a previsão no novo diploma de que o direito do autor fundado em prova documental do depósito é evidente, torna-se despicienda a comprovação do receio de dano, podendo o juiz decretar até mesmo liminarmente⁶³ “*a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa*”.

Por fim, a quarta hipótese trazida no art. 311 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*.”⁶⁴. Assim, o direito do autor é evidente quando calcado em prova documental dos seus fatos constitutivos e quando o réu não tenha apresentado prova capaz de elidi-lo, não havendo “*racionalidade em obrigar o autor a esperar o tempo de instrução da causa*”⁶⁵.

⁶² Destaca-se que essa hipótese trata da ação de depósito, que, no Código Buzaid, era concebida como procedimento especial, regulada do art. 901 ao art. 906.

⁶³ Aqui, ressalva-se o que se disse quanto à necessidade de se privilegiar o contraditório prévio.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 202.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo CPC ainda deixou pendente garantia sobre duração razoável do processo. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/direito-civil-atual-cpc-deixou-pendente-garantia-duracao-razoavel-processo?imprimir=1>. Acesso em: 04 set. 2015.

5. CONCLUSÃO

Com a previsão da tutela da evidência de forma densa e mais minuciosa no Novo Código de Processo Civil, os operadores do direito têm à disposição mais um instrumento de extrema relevância para que se dê a máxima efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo, reafirmado como “compromisso fundamental” do legislador infraconstitucional.

Em razão do novo tratamento outorgado à tutela da evidência, espera-se que a técnica da antecipação de tutela sem a necessidade de demonstração de perigo de dano ao direito seja muito mais explorada do que vinha sendo na vigência do antigo diploma processual, onde ela estava relegada a apenas um inciso do art. 273.

Assim, talvez com essa nova densificação dada pelo legislador do Novo Código de Processo Civil, possam ser evitadas decisões manifestamente equivocadas de juízes que, inobstante o autor se apresentar em juízo ostentando uma posição jurídica em que o seu direito se revela evidente, indeferem o pedido de antecipação de tutela sob o argumento de que ausente perigo de dano.

Nesse cenário, embora se tenha utilizado uma sistematização e uma denominação confusa no tratamento da técnica da antecipação de tutela, é digno de elogios o trabalho do legislador processual no que concerne à tutela da evidência.

Merece destaque, por exemplo, a previsão da tutela da evidência quando as alegações de direito deduzidas pelo autor estão em consonância com o entendimento consolidado em recursos repetitivos. Com essa hipótese, outorgar-se-á maior efetividade a tutela jurisdicional e às próprias decisões dos Tribunais Superiores.

Essa é uma rara situação em que, ao mesmo tempo, privilegia-se o princípio da efetividade e, em certa medida, também o da segurança jurídica, já que se reforça a unidade do direito que é dada pelos precedentes judiciais.

O princípio da efetividade é concretizado, por óbvio, quando se permite que a parte processual que se postula o direito mais evidente obtenha a tutela jurisdicional antecipadamente, não sendo prejudicada pelo ônus exercido pelo tempo de tramitação da ação.

Já a unidade do direito é homenageada quando se impõe que sejam observadas as decisões dos Tribunais desde o início do processo, tutelando ou até indeferindo liminarmente, à luz dos precedentes judiciais, o pedido que é deduzido pelo autor da ação.

Muito embora, repita-se, deva se elogiar a previsão da tutela da evidência, há de salientar a colocação feita por Marinoni – em tom de crítica feita ao novo Código que manteve a falta de executividade da sentença enquanto não confirmada pelo Tribunal de Segunda Instância – de que “*a tutela da evidência pressupõe um sistema de tutela dos direitos aberto à execução imediata da sentença. A primeira sem a segunda é uma contradição em termos.*”⁶⁶.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo CPC ainda deixou pendente garantia sobre duração razoável do processo. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/direito-civil-atual-cpc-deixou-pendente-garantia-duracao-razoavel-processo?imprimir=1>. Acesso em: 04 set. 2015.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARDOSO, Oscar Valente. A tutela provisória no novo código de processual civil: urgência e evidência. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n.148, jul. 2015.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro, 2005.

CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no Projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça**. In: Revista de Processo, São Paulo , v.39, n.238, dez. 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael de Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ano 2, número 16, abril de 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo CPC ainda deixou pendente garantia sobre duração razoável do processo**. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/direito-civil-atual-cpc-deixou-pendente-garantia-duracao-razoavel-processo?imprimir=1>. Acesso em: 04 set. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MILANI, Daniela Jorge. Tutela de evidência: justiça em tempo hábil. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v.10, n.59, mar./abr. 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. In: **Revista de Processo**. São Paulo, v.36, n.197, jul. 2011.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Ruy Fernando Zoch. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência em ações repetitivas**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-04012011-154630/>>. Acesso em: 2015-09-01.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. O processo civil e sua recente reforma (os princípios do direito processual civil e as novas exigências impostas pela reforma no que diz respeito à tutela satisfativa de urgência dos artigos 273 e 461). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. Vol. 3. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1. 6. ed. ver. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. Rio de Janeiro: Forense.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC Fundamentos e Sistematização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.