

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

EDUARDO BATISTA DE OLIVEIRA

A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: Por uma
efetividade na razoável duração do Processo.

São Luís
2015

EDUARDO BATISTA DE OLIVEIRA

A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: Por uma efetividade na razoável duração do Processo.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^o. Me. José Edilson Caridade Ribeiro

São Luis
2015

EDUARDO BATISTA DE OLIVEIRA

A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: Por uma efetividade na razoável duração do Processo.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. José Edilson Caridade Ribeiro (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

1º Examinador

2º Examinador

Oliveira, Eduardo Batista de.

A tutela da evidência no novo código de processo civil: por uma efetividade na razoável duração do processo / Eduardo Batista de Oliveira. — São Luís, 2015.

72 f.

Orientador: José Edilson Caridade Ribeiro.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Tutela de evidência. 2. Novo código de processo civil. 3. Processo – Duração. 4. Acesso à justiça. 5. Tutela de urgência. I. Título.

CDU 347.919

Aos meus pais, Rosa e Francisco, pelo amor e dedicação: a semente caiu em terra fértil.

À minha amada esposa, Gesiane Cristina, que me completa e onde encontro felicidade todos os dias.

Aos meus irmãos pela vida compartilhada até o último de nossos dias.

AGRADECIMENTOS

Ao nosso maravilhoso Deus, pelo amor incondicional que tem por mim e pela minha família e por sempre guiar nossos passos no caminho do seu Reino.

Aos meus pais, Francisco José de Oliveira e Rosa Maximino Batista pelo exemplo de honestidade, perseverança, simplicidade. Pelo amor que é dedicado a mim deste meu nascimento.

À minha amada esposa, Gesiane Cristina Batista Leite, pelo amor, amizade e proteção. Você me faz muito feliz. Quero acordar todos os dias e sentir o Amor de Deus revelado em ti.

Aos meus irmãos: Eliene, Elizangela, Elenilson e Jhones. Sou abençoado por Deus por tê-los sempre ao meu lado. Quero poder compartilhar minha vida com vocês até o fim.

Aos meus sobrinhos, Gabriel, Manuelle, Jefferson, Stephanie, Mateus Davi, Julia Cristina, o pequenino Thiago e a pequenina Alícia Cristina por nos trazer tantas alegrias e o exemplo da pureza dos seus corações.

Aos meus sogros Ana Cristina e Gerson, por me acolherem em seu lar e em sua admirável família;

Aos meus irmãos e irmãs que guardo no coração e tenho um amor que supera os laços de sangue: Gersinho, Gustavo, Gisele Cristina e Ângela Roberta

A todos os meus amigos, em especial Iza, Madson, Selma, Mary luce, Thiago, Marília, Jessica, Patrícia e Ir. Claudemir, todos do Serviço Calabriano de Assessoria Juvenil (SECAJU), pelos exemplos, por construírem a cada dia a Civilização do Amor e acreditarem no projeto de vida de Jesus. Vocês são a família que Deus me permitiu escolher.

Ao meu orientador, Prof^o. Me. José Edilson Caridade Ribeiro, pelo apoio incondicional dado neste trabalho, me acolhendo em seu ambiente de trabalho com todo zelo e atenção que lhe são inerentes. Desejo que nossa amizade dure para sempre.

*“Deus ama a justiça e o direito...”
(Salmos 33:5)*

RESUMO

O objetivo deste trabalho consiste em estudar o instituto da tutela de evidência que deverá ser introduzido, com nomenclatura própria, no ordenamento jurídico com a aprovação do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015), que se encontra em *vacatio legis* de 1 (um) ano. O objetivo da nova lei é proporcionar um sistema processual que ofereça aos jurisdicionados uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva. O enfoque do acesso à justiça, já no decorrer do Séc XX, ganha força para figurar como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. Neste sentido é que os modernos códigos de processo vêm criando variados instrumentos e técnicas que servem à funções sociais. No Brasil, nas duas últimas décadas, houve um clamor da sociedade e da comunidade jurídica por um novo conjunto de regras processuais civis que fosse capaz de harmonizar-se com os princípios constitucionais do acesso à justiça e razoável duração do processo. Neste intento, foi elaborado e aprovado o vindouro Código de Processo Civil. A tutela de evidência, como espécie de tutela provisória, ganha importância no Novo Código, pois constitui um instrumento processual que visa conceder ao autor o imediato acesso ao bem da vida quando seu direito mostra-se plenamente evidente, sem exigir o pressuposto fático do *periculum in mora*. Este trabalho ocupar-se-á de trazer as inovações deste instituto a partir do texto legal do Novo Código de Processo Civil. Os tempos modernos exigem respostas rápidas do poder judiciário, pois justiça retardada é justiça denegada.

Palavras-chave: Tutela de Evidência. Acesso à Justiça. Novo Código de Processo Civil. Razoável Duração do Processo.

RESUME

L'objectif de ce travail est d'étudier la preuve Conservation Institute à être introduit avec sa propre nomenclature, le système juridique, avec l'approbation du nouveau Code de procédure civile (loi n ° 13105 du 16 Mars, 2015), qui est en vacatio legis de un (1) an. Le but de la nouvelle loi est de fournir un système procédural fournir décision juridictionnelle rapide et plus efficace. L'objectif de l'accès à la justice, au cours du XXe siècle, gagne la force de comprendre comme une exigence clé d'un système juridique moderne et égalitaire cherchant à assurer, non seulement proclamer les droits de tous. En ce sens, est que les codes de procédure modernes ont créé différents outils et techniques qui servent les fonctions sociaux.No Brésil, dans les deux dernières décennies, il ya eu une clameur de la société et de la communauté juridique avec un nouvel ensemble de règles de procédure civile qui ont pu harmoniser avec les principes constitutionnels de l'accès à la justice et de la durée raisonnable du processus. Dans ce but, il a conçu et approuvé le prochain code de procédure civile. La protection des éléments de preuve, comme une sorte de protection provisoire, acquiert une importance dans le nouveau Code, car il constitue un instrument de procédure pour octroyer à l'auteur un accès instantané à la bonne vie quand votre droite se révèle être tout à fait évidente, sans nécessiter l'hypothèse factuelle de periculum in mora. Ce travail prendra soin d'apporter les innovations de cet institut du texte juridique du Nouveau Code de procédure civile. Les temps modernes exigent des réponses rapides de la magistrature, que la justice différée est justice refusée.

Mots-clés: la preuve de tutelle. Accès à la justice. Nouveau Code de procédure civile. Durée raisonnable du processus.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO CIVIL	16
2.1 O acesso à justiça	19
2.2 A antecipação da Tutela e sua compatibilidade com o modelo constitucional	22
3 TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA	25
3.1 Tutelas de urgência	27
3.1.2 Ação Monitória	30
4 TUTELA DE EVIDÊNCIA	32
4.1 Generalidades	32
4.2 Tutela de urgência X Tutela da Evidência	37
4.3 Tutela da evidência no direito vigente	39
4.3.1 A tutela do artigo 273, II, CPC.....	40
4.3.2 Da tutela do Art. 273, § 6º, CPC/1973.....	42
4.4 Antecedentes históricos da tutela de evidência	43
4.5 Tutela de evidência no Direito comparado: breves considerações	46
5 TUTELA DA EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	50
5.1 O projeto de Novo Código de Processo Civil	50
5.2. Tutela da evidência no anteprojeto do novo CPC	51
5.3 Abordagem sobre a tutela da evidência no novo CPC	53
5.3.1 Tutela de evidência sancionadora de má fé processual	55
5.3.2 Tutela de evidência documentada fundada em precedente obrigatório.....	56
5.3.3 Tutela da evidência em favor do depositante	58
5.3.4 Tutela de evidência baseada em prova documental	60
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	67

**APÊNDICE “A” - QUADRO COMPARATIVO ENTRE OS TEXTOS LEGISLATIVOS
E SUAS ALTERAÇÕES RELACIONADAS AO CONTEÚDO DA TUTELA DA
EVIDÊNCIA, DESDE A LEI EM VIGOR ATÉ O TEXTO SANCIONADO,
DESTACANDO-SE O CAMINHO PERCORRIDO NAS CASAS LEGISLATIVAS DO
CONGRESSO NACIONAL. 71**

1 INTRODUÇÃO

Não se reveste de novidade científica o cenário em que, na contemporaneidade, a sociedade caracteriza-se por comportar fatos e relações cada vez mais complexos. Um fator que, notadamente, influencia na evolução ou involução das sociedades é o tempo. François Ost¹ (2005, *apud.* BODART, 2014) considera que o tempo não é apenas uma dimensão física, mas também, uma construção social, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico.

As tecnologias e seus avanços têm acelerado as relações, em todos os níveis e áreas, permitindo realizações à distância, o agir instantâneo, colocando a sociedade e a história em uma corrida precipitada em direção à barreira do tempo. (BODART, 2014, p. 79)

Para aqueles que se debruçam sobre os estudos do Direito Processual, o tempo sempre foi uma preocupação constante. No processo, o tempo é essencial para o alcance da justiça. São várias as consequências positivas que o tempo traz para o processo: o juiz reconstrói fatos pretéritos para aplicar o direito vigente, o legislador e o magistrado assinalam prazos para as práticas processuais, etc. No entanto, são incontáveis os efeitos negativos do tempo no processo. O principal deles é a morosidade da prestação jurisdicional.

Mais do que injustamente ter de esperar para ver reconhecido e efetivado um direito que possui, a parte pode vê-lo desvair-se entre seus dedos, ainda que tenha sido diligente na busca pela tutela da vida. (BODART, 2014, p. 81)

Não há dúvidas de que, nos tempos modernos, exigem-se respostas rápidas da justiça. Nos dizeres de Cesare Vivante: *Altro tempo, Altro diritto*. No Brasil, há um clamor por um processo mais ágil, que seja um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as incoerências e deformidades que perpassam pelos órgãos da justiça.

Sob o enfoque do acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988, p. 20-21) bem lecionam, comentando um dispositivo da Convenção Europeia para proteção dos direitos humanos, que: “...a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas uma justiça inacessível.”

¹ OST, François. O tempo do direito. Trad. Elcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

Diante deste preocupante cenário de efetivação da prestação jurisdicional, Vivemos um momento histórico para o ordenamento jurídico brasileiro. Estaremos, com brevidade, sob a égide de um Novo Código de Processo Civil. Que, pelas expectativas, traz consigo uma nova sistematização e uma nova forma de pensar sobre os instrumentos utilizados para se alcançar a plenitude das realizações do direito material.

Dentre as inúmeras modificações trazidas pela novel legislação processual civil, este trabalho se ocupou em analisar as mudanças ocorridas a respeito da Tutela de Evidência, instituto que figura no código de processo ainda vigente (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), mas que no Novo Código de Processo (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015), ganha uma nomenclatura própria, novas hipóteses de aplicação e procedimento próprios.

A tutela da evidência pode ser entendida como as pretensões deduzidas em juízo, nos quais o direito do demandante revela-se evidente, do mesmo modo como ocorre com o conhecido direito líquido e certo, que é o fundamento autorizativo do mandado de segurança ou direito documentado do exequente, guardadas as peculiaridades prescritas em lei. O direito evidente é um direito claro, robusto, demonstrável *prima facie*, notório e incontroverso, consubstanciado em prova documental. Nos dizeres de Fux (2000)

São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada. (FUX, 2000, p.02)

O que se pretende demonstrar é que há a possibilidade de antecipação da tutela em que não se requer o *periculum in mora* para a concessão do pedido, como acontece nas tutelas antecipadas de urgência. Mesmo inserido no dispositivo que versa sobre as tutelas antecipadas, os doutrinadores, como José Roberto dos Santos Bedaque, Fredie Didier Luiz Guilherme Marinoni, entre outros, reconhecem que há ali casos de tutela da evidência, previstos no inciso II e §6º do Art. 273² do Código de Processo Civil em vigor.

² Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

Em termos de tutela de urgência e tutela da evidência, o que se vislumbra é uma prestação jurisdicional mais célere que se coaduna com o preceito constitucional fundamental de acesso à justiça através de uma razoável duração do processo³. Não se pode imaginar, em termos processuais, um sistema que não se harmoniza com as garantias constitucionais estabelecidas. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. (BRASIL, 2010). O processo, compreendido como instrumento de alcance do direito material, não pode se sustentar por meio de procedimentos demasiadamente burocráticos, morosos e com liturgias que não lhe são úteis. Assim, bem entende FUX (2010, p.12)

Empreendendo função de tamanha relevância social, exprime-se como um postulado natural à exigência de uma prestação de justiça em prazo razoável que não sacrifique os interesses das partes. A justiça tardia não é justiça, é de negação de função soberana insubstituível e monopolizada, o que revela grave infração aos ditames constitucionais.

O presente trabalho visa, a partir do breve referencial teórico exposto, demonstrar a necessidade de aplicação de uma tutela jurisdicional efetiva, aliada a um sistema processual civil intrinsecamente ligado a uma nova ordem constitucional de amplo acesso à justiça. É importante a criação de novos institutos que permitam a realização dos direitos dos jurisdicionados, de forma célere e obediente ao princípio do devido processo legal. No sentido de contemplar esta necessidade latente, é que o Novo Código de Processo Civil cuida em destacar a Tutela da Evidência como um destes instrumentos.

Já delimitado o objeto, este trabalho monográfico cuidará em responder a seguinte questão problematizadora: Como a Tutela da Evidência, apresentada no Novo Código de Processo Civil, pode contribuir para uma maior efetivação do acesso ao judiciário e à garantia da razoável duração do processo?

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

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso;

³ Art. 5º (...)

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988)

Como bem leciona Bodart (2014), novos e cada vez mais sofisticados meios de lesão de direitos são maliciosamente engendrados, na dinâmica peculiar à sociedade globalizada, amparados pela certeza de lentidão da máquina jurisdicional, capaz de desestimular até o mais fervoroso defensor de um direito de recorrer ao Estado-juiz. E um dos importantes instrumentos de combate a estes males é a tutela de direitos evidentes.

Este trabalho justifica-se porque busca caracterizar a tutela da evidência, dentre os inúmeros instrumentos processuais capazes de auxiliar o Estado – Juiz na sua nobre e difícil missão de entregar o bem da vida a quem realmente o faz jus, de forma justa, efetiva e tempestiva. Justifica-se ainda este trabalho, porque traz à discussão as novas hipóteses de tutela da evidência, criadas a partir da aprovação do Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor em 16 de março de 2016.

Para a construção do presente trabalho de pesquisa, elencou-se como objetivo geral destacar a tutela da evidência como um instrumento processual que visa contribuir para uma maior efetividade da prestação jurisdicional, garantindo o acesso ao poder judiciário por meio de procedimentos céleres e de uma razoável duração do processo. Para alcançar este objetivo geral, optou-se trilhar pelos seguintes objetivos específicos, dentre outros:

a) apresentar o modelo constitucional de processo civil adotado no ordenamento jurídico que garante o acesso à justiça, através das tutelas antecipadas;

b) Conceituar as tutelas jurisdicionais diferenciadas, destacando as tutelas de urgência e de evidência, além de outras técnicas processuais adotadas para os direitos evidentes;

c) caracterizar a tutela de evidência através de seu conceito, hipóteses no Código de Processo vigente, seus antecedentes históricos e sua previsão no direito comparado;

d) Destacar as mudanças trazidas pela aprovação Novo Código de Processo Civil no que concerne a ampliação do instituto da tutela de evidência e suas hipóteses legais de incidência.

Como aporte metodológico, utilizado para a consecução dos objetivos acima, observou-se a classificação quanto ao tipo e meios de

pesquisa considerando as ideias de Vergara (2009). Em relação aos fins, a pesquisa revela-se do tipo exploratória, pois há poucos estudos elaborados que tratam do assunto da tutela da evidência. “A investigação exploratória é realizada em área na qual há pouco conhecimento acumulado e sistematizado.” (VERGARA, 2009, p. 42). Confirmando esta linha de raciocínio, Gil (2008, p. 44) ratifica que as “pesquisas exploratórias são desenvolvidas com o objetivo de proporcionar visão geral, do tipo aproximativo, acerca de determinado fato. Este tipo de pesquisa é realizado especialmente quando o tema escolhido é pouco explorado [...]”

Quanto aos meios, a pesquisa é do tipo bibliográfica, pois se buscou o embasamento teórico em livros, revistas, artigos e trabalhos científicos devidamente publicados em meio físico e na internet que tratam da tutela de evidência como instituto processual importante ao alcance da parte que possui um direito demonstrável *prima facie*, através de prova documental robusta, notória e incontroversa. De acordo com Gil (2008, p. 65), “a pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.”

O método de abordagem qualitativo foi escolhido para a pesquisa e elaboração deste trabalho. Segundo as afirmações de Gil (2008), A pesquisa qualitativa preocupa-se com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais.

Quanto a estrutura, este trabalho foi elaborado em 4 (quatro) capítulos que possuem os seguintes conteúdos:

No primeiro capítulo, é feito um estudo sobre o modelo constitucional de processo civil e sua aplicação ao instituto da antecipação de tutela. O objetivo é constatar que há harmonia entre os preceitos da tutela antecipada e os direitos fundamentais prescritos pela constituição federal, como a garantia do amplo acesso à justiça e a razoável duração do processo.

No segundo capítulo, é dada atenção às tutelas jurisdicionais diferenciadas cuja característica principal é basearem-se em cognição não exauriente. Trata-se de técnica onde a tutela jurídica é oferecida dispensando os ritos da ordinaryidade, a depender de casos específicos que exigem formas diferenciadas de apreciação pelo poder judiciário. Destacam-se como tutelas

diferenciadas as tutelas de urgência, da evidência, ações monitórias e procedimentos de ordem possessória.

No terceiro capítulo, aborda-se a tutela de evidência a partir de suas generalidades, sua diferenciação em relação às tutelas de urgência, suas hipóteses existentes no atual Código de Processo Civil, além de uma breve consideração histórica a respeito do instituto, elencando suas previsões no direito comparado.

No quarto e último capítulo, o enfoque é direcionado para a tutela de evidência no Novo Código de Processo Civil. No entanto, será objeto de estudo a discussão do instituto desde o anteprojeto elaborado pela comissão de até a aprovação e sanção do texto final. Neste tópico, é feita a análise detalhada de cada uma das hipóteses de aplicação da tutela de evidência, como uma das espécies de tutela provisória. Será dada especial atenção às inovações trazidas pela novel legislação quanto à extensão e alcance nos casos em que há tutela de evidência em questão.

Por fim, o texto destaca as considerações finais advindas do estudo da tutela de evidência como instrumento processual diferenciado para demandas onde o direito mostra-se clarividente.

2 MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO CIVIL

Nas modernas concepções de Estado Democrático de Direito, hoje, o papel do Processo vai além de meros instrumentos jurídicos responsáveis pela sequência de atos e procedimentos a serem obedecidos pelas partes e pelo Estado-Juiz para a devida marcha processual. A vasta doutrina revela que há uma estreita e indispensável relação entre a Constituição e as normas de Direito Processual. Neste contexto, o processo passa a se desenvolver com a mais ampla observância dos princípios e garantias emanadas pela Lei Maior. Bem assevera Humberto Theodoro Júnior (2009. p. 30-31) que:

Deixou de ser significativa a antiga distinção entre direito processual constitucional e direito processual comum. Todo o direito processual, direito ao acesso a justiça, se viu envolvido pelo manto da constitucionalidade, traduzido na declaração de garantia de um *processo justo* em substituição à velha noção de *devido processo legal* (grifo do autor).

Durante a segunda metade do século XX, destacam-se grandes mudanças nos sistemas processuais, particularmente o sistema pertencente ao nosso ordenamento jurídico: o papel instrumental do processo foi acentuado, na medida em que se reduziu a enorme separação entre direito material e os institutos do direito processual, priorizando a tutela dos direitos subjetivos substanciais; houve ainda o fortalecimento do fenômeno denominado constitucionalização do processo, ou seja, o aprimoramento das técnicas processuais busca, cada vez mais, torná-las úteis para atuação do Estado e seus órgãos em conformidade com os ditames da Constituição vigente.

Ada Pellegrini Grinover (1975), bem antes da vigência da Constituição de 1988, e com forte influência de pensadores italianos, já destacava que não se pode dissociar as figuras do processo e o regime constitucional em que este processo se desenvolve. O processo, dentro desta nova ordem, torna-se instrumento das garantias constitucionais a que os litigantes têm direito, de forma ágil, participativo e seguro. O referido autor aduz que:

O traço mais original da obra de Couture é a relação entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais: a ação, como figura particular do direito cívico de petição; a exceção como direito cívico paralelo à ação; o princípio da igualdade das partes, a garantia constitucional do juiz competente etc. Hoje, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, no estudo

concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, ensina Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade (GRINOVER, 1975, p. 4)⁴.

Nesta mesma esteira, e mais recentemente, Bedaque (2007) afirma que o processo não é somente forma, mas tem sua razão de ser vinculados aos valores e princípios constitucionais por ele incorporados. A técnica processual visa, sobretudo, assegurar o chamado justo processo. De nada adiantaria um processo ricamente formal, mas substancialmente em desacordo com as normas constitucionais vigentes.

Cintra, Grinover e Dinamarco, (2007) concluem que os consagrados direito de ação e direito de defesa configuram a garantia fundamental do acesso à justiça, cujo conteúdo reside no processo com as garantias do devido processo legal, salientando que:

[...] por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo devido processo legal, legitime o exercício da função jurisdicional. Hoje, mais que nunca, a justiça penal e civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 90).

Sobre o acesso à justiça e suas possibilidades de ampliação, faremos considerações em tópico pertinente, embora, esteja intrinsecamente ligado à noção de uma corrente processual baseada nos ditames constitucionais.

O movimento de constitucionalização do processo, hoje, é sem dúvida marcante em nosso sistema processual e sua repercussão no cenário brasileiro faz perceber, segundo Oliveira (2008), uma substituição de uma visão estática do devido processo legal, pela visão dinâmica em que todos os institutos são relidos à luz da Constituição dando uma conotação de processo justo e materialmente informado pelos direitos fundamentais. Outro ponto

⁴ Cf. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 74 e segs., 98 e segs. e 160 e segs; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Diritto costituzionale e processo civile*. *Rivista di diritto processuale*, p. 327 e segs., 1952.

interessante que traz o referido autor é que as leis processuais ordinárias formam um conjunto de regras instrumentais destinados, sobretudo, a disciplinar os aspectos procedimentais para o alcance da tutela jurisdicional, no entanto, sua interpretação e aplicação podem contrariar as regras e princípios traçados pela ordem constitucional em vigor.

Sem dúvidas, há uma forte corrente doutrinária, que converge para um renovado arcabouço de regras processuais que tornam a prestação jurisdicional baseados em preceitos fundamentais esculpidos na Constituição. Todavia, não se pretende desprezar as regras ou insubordinar-se aos ditames da lei ordinária, mas deve-se harmonizar tais regras a fim de que se tenha um sistema compatível com os mandamentos da Constituição. Uma lei ordinária somente pode ter sua autoridade negada quando totalmente incompatível com a Norma Fundamental.

Em sede de um processo civil baseado em valores da Constituição vigente, vale citar, como caminho tomado por uma notável comissão de juristas, as palavras iniciais que integraram a exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, onde

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e realização dos direitos, ameaçados ou violados, que tem cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de direito. (BRASIL, 2010, p. 09)

É interessante salientar ainda que dentre os cinco objetivos elencados para a criação de um Novo Processo Civil no ordenamento jurídico nacional, o primeiro se baseia em estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia com a Constituição Federal. Os demais são: 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (BRASIL, 2010).

2.1 O acesso à justiça

Historicamente, o tema do acesso à justiça tem sido amplamente objeto de discussões doutrinárias e até mesmo filosóficas (CAPPELLETTI e GARTH, 1988). A exemplo do que ocorria nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, onde as soluções dos litígios eram baseados em uma filosofia essencialmente individualista dos direitos, havia apenas o direito formal do indivíduo de propor uma ação. A primordial obra de Cappelletti e Garth (1988), *Acesso à Justiça*, constata que o acesso à justiça era um direito considerado anterior ao Estado, significando um direito natural que não necessitava da ação e proteção por parte deste. A esse respeito os autores mencionam que

Afastar a 'pobreza no sentido legal' – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade apenas formal, mas não efetiva. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 04).

As sociedades do *laissez-faire*⁵ cresceram e tornaram-se cada vez mais complexas. No início do século XX, as transformações sociais foram sentidas nos sistemas jurídicos, onde o caráter coletivo ganhou força em detrimento do individualismo.

O marco da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, ratificou a necessidade de tornar efetivos, através da atuação positiva do Estado, o acesso à justiça nas modernas constituições. Entre direitos e garantias coletivas trazidas pelas declarações de direitos estão o direito ao trabalho, à saúde, à segurança e à

⁵ Consoante o pensamento de Adam Smith não cabe ao Estado qualquer papel de interferência nos mecanismos de mercado para a produção da riqueza nacional. As sociedades organizam sua vida econômica de modo mais eficiente se livres da interferência de poderes estranhos aos interesses dos próprios indivíduos. A sociedade se ordena de forma espontânea para satisfazer esses interesses, sendo desnecessárias quaisquer mediações que não aquelas estabelecidas no próprio mercado, onde cada um joga com seu interesse próprio e nesse jogo, como orientado por uma "mão invisível", a economia se organiza. Em outras palavras, os homens competindo e agindo segundo sua liberdade e pensando exclusivamente no próprio lucro serão os motores do desenvolvimento social. É no inesperado resultado dessa luta competitiva por melhoramento próprio que "a mão invisível" regula a economia e promove o bem estar. (LOURENÇATO, 2005, p. 33)

educação. Torna-se imperioso que o Estado, a partir de então, assegure o gozo de todos esses direitos sociais básicos.

Como bem lecionam Cappelletti e Garth (1988), o tema do acesso à justiça, de modo efetivo, ganhou ainda mais força à medida que as reformas do *Welfare State*⁶ foram sendo promovidas, garantindo novos direitos substantivos ao cidadãos enquanto consumidores, empregados, locatários, ou seja, como sujeitos de direito. A titularidade de direitos e os instrumentos para sua efetivação têm sido reconhecidos, progressivamente, como de importância capital entre os novos direitos individuais e coletivos. De forma aprofundada, os autores aduzem que:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 05).

O chamamento para uma atenciosa revisão dos métodos e instrumentos de acesso à justiça, inevitavelmente, fez crescer o enfoque sobre os variados estudos e discussões a respeito do moderno processo civil. Para melhor entender este atual contexto processualístico, é necessário fazer uma breve consideração sobre as fases metodológicas do processo.

Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover (2007), até meados do século passado o processo era encarado como um *direito adjetivo*; o direito processual não era autônomo uma vez que a própria ação era considerada um direito subjetivo material. Outra fase por qual passou o estudo e aplicação do direito processual foi a *autonomista* ou *conceitual*, marcada pela afirmação do direito processual como ramo autônomo da ciência jurídica. Nesta fase, houve uma intensa produção científica e o surgimento de grandes teorias, como a da natureza jurídica da ação. Já a terceira e contemporânea fase é a *instrumentalista*, tratando-se de uma fase crítica do direito processual. É nesta fase que o processo passa a ser visto por um ângulo externo, ou seja, pelos seus resultados práticos na vida cotidiana do povo.

⁶ O conceito de *Welfare State* ou Estado de Bem Estar Social nasce com base na concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer cidadão. Segundo esta concepção, todo o indivíduo tem o direito, desde seu nascimento, a um conjunto de bens e serviços que devem ser fornecidos diretamente através do Estado, ou indiretamente, mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil. (LOURENÇATO, 2005, p. 86)

A terceira fase, potencialmente reformista, visa estabelecer novos métodos críticos através da observância das chamadas matrizes constitucionais do sistema processual. Trata-se do desenvolvimento de um direito processual constitucional, tema ligeiramente já tratado em linhas anteriores neste trabalho. A respeito ainda desta terceira fase, Cintra, Dinamarco e Grinover (2007), citam que:

[...] ela já foi possível tomar consciência do relevantíssimo papel deontológico do sistema processual e de sua complexa missão perante a sociedade e o Estado e não só em face da ordem jurídico-material. Foi possível localizar os pontos sensíveis do sistema, o que constitui passo significativo para definição de estratégias de reforma. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2007, p.49-50)

Reforçando o enfoque do acesso à justiça por meio dos estudos contemporâneos do processo civil, o que se observa é que há um reconhecimento por parte dos juristas que as técnicas processuais servem agora a funções sociais. Nas palavras de Cappelletti e Garth (1988), uma das tarefas mais básicas dos estudiosos em processualística é demonstrar e utilizar, através de pesquisas para além dos tribunais, métodos de análise da sociologia, da política, da economia, da psicologia e de outras culturas, para que se possa entender que o acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, reconhecido hodiernamente; ele é também o ponto central da moderna processualística.

É importante salientar que o enfoque do acesso à justiça diz respeito a uma imensidão de implicações que exige a reforma de todo o aparelho judicial à disposição do Estado. Trata-se ainda de uma construção histórica que perpassa por reformas em direitos individuais e coletivos, tanto na esfera material quanto na esfera instrumental (processual).

Desse modo, considerando que o presente trabalho tem a preocupação de abordar o acesso à justiça sobre o prisma constitucional da razoável duração do processo e seus desdobramentos no que concerne a uma prestação jurisdicional mais célere, buscou-se apoio no pensamento de Cappelletti e Garth (1988, p.7) quando os mesmos mencionam que: “uma justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.

2.2 A antecipação da Tutela e sua compatibilidade com o modelo constitucional

Inegavelmente, o problema da morosidade na prestação jurisdicional vem sendo debatido, com cada vez mais fervor, entre os doutrinadores processualistas, por todos, Marinoni (2011). Desde a promulgação da Constituição de 1988, que contemplou em vários dispositivos direitos fundamentais relativos à atividade jurisdicional efetiva, buscaram-se mecanismos e instrumentos que fornecessem maior acesso à justiça por meio de um processo judicial mais célere.

Dentre os instrumentos criados na esfera processual civil encontra-se Tutela Antecipada. Como é de conhecimento geral, a tutela jurisdicional é espécie de proteção jurídica do Estado que visa assegurar ao autor de um direito subjetivo a sua utilização de forma ampla e plena, sem nenhum tipo de obstáculo ou interrupção por terceiros, através da provocação do Poder Judiciário. Por conseguinte, ao Estado, cabe cingir-se de medidas assecuratórias capazes de garantir uma prestação jurisdicional eficiente, evitando, sobremaneira, a degradação do direito subjetivo de seus jurisdicionados. Neste sentido, a aplicação da Tutela Antecipada, instituto oriundo do Direito Italiano, caracteriza-se pela sua provisoriedade baseada em análise sintética do conjunto de provas juntado aos autos.

O autor processualista Eduardo Arruda Alvim (2013) bem salienta que:

A antecipação de tutela vem ao encontro da necessidade de transpor dois obstáculos à adequada entrega da prestação jurisdicional, a duração e o custo do processo, que, como é evidente, fazem-se sentir de forma muito mais intensa no caso daqueles economicamente menos favorecidos. (ALVIM, 2013, p.2).

A técnica da Antecipação da Tutela não está em desacordo com os ditames constitucionais. Pelo contrário! Com ela se harmoniza e cumpre papel importante nas garantias processuais fundamentais contidas na Lei Maior.

O Art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988 reza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Tal dispositivo é garantidor do acesso à justiça efetivo a todos os

jurisdicionados. Relacionando a tutela antecipada com o aludido ditame constitucional, Arruda Alvim (2013) relata que:

Se o acesso à justiça encontra-se garantido, inclusive em relação à ameaça de lesão, é certo que, em muitos casos, esta somente pode ser obstada através de uma tutela de urgência, como é o caso da antecipação de tutela. Assim, para o estudo da antecipação de tutela e das cautelares, devemos ter presente, sempre e necessariamente, o disposto no inciso XXXV, do art. 5.º do Texto Constitucional, que garante a todos o amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão ao direito. (ALVIM, 2013, p. 4)

Nestes termos, a técnica antecipatória é um direito do jurisdicionado assegurado constitucionalmente.

O Art. 5º, LIV, reza que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). A maioria da doutrina refere-se a este dispositivo como garantidor do direito fundamental a um processo justo. Nesta ideia, Sarlet, Mitidieiro e Marinoni (2012) afirmam que o direito ao processo justo é um direito de natureza processual. Ele impõe deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva. Desde modo, é indiscutível que o acesso a um processo justo é deveras um princípio que impõe ao legislador o dever de organizar e editar normas processuais idôneas e impõe, também, ao juiz o dever de interpretar e aplicar as normas em conformidade com o referido dispositivo.

Sarlet, Mitidieiro e Marinoni (2012) ainda nos atenta a respeito do processo justo ao descrever que o mesmo compreende um perfil mínimo de processo capaz de prestar tutela adequada, efetiva e tempestiva, com igualdade entre as partes, contraditório e ampla defesa, perante um juiz natural, através de um processo público, com decisões motivadas e dentro de um prazo razoável de duração. É importante observar que o direito a tutela jurídica justa, efetiva e dentro de um prazo razoável como preconiza a constituição em seus incisos XXXV, LIV e LXXVIII do Art. 5º, exigem, especificamente, que haja mecanismos e técnicas processuais que assegurem a sua aplicabilidade para a realização do direito material.

Atento para a ideia de um processo constitucional que prioriza todas as garantias acima citadas, a técnica processual da tutela antecipatória serve como instrumento para este fim, conforme afirma Alvim (2013) ao explicitar o papel constitucional da tutela antecipatória:

A antecipação de tutela é, como anunciado, um instituto que visa a assegurar um acesso efetivo ao Judiciário, quando haja o perigo de perecimento do direito, se não houver proteção pronta (na hipótese do inc. I do art. 273, do Código de Processo Civil). Deita suas raízes no princípio do devido processo legal e no disposto no inciso XXXV do art. 5.º, que consagra o princípio da ubiqüidade. É intimamente relacionada ao art. 1.º do Texto Constitucional, que dispõe ser o Brasil um Estado Democrático de Direito. (ALVIM, 2013, p. 5)

Corroborando com este mesmo raciocínio, bem assevera o professor Nelson Luiz Pinto (2002) ao expor que a tutela antecipatória é técnica processual que coaduna com as garantias fundamentais previstas na constituição, permitindo até que se confirme a isonomia entre os litigantes.

A antecipação de tutela apresenta-se, neste aspecto, não apenas como um meio para assegurar o resultado efetivo e satisfatório da prestação jurisdicional, mas também como forma de assegurar o equilíbrio, a igualdade processual, a identidade de armas e de poderes, visando a propiciar um verdadeiro contraditório, sem que uma das partes se veja impossibilitada de litigar, assegurando o resultado do processo em razão da desproporcionalidade de condições e de poderes entre os litigantes, em decorrência, principalmente, de pressões econômicas e de ameaças, verdadeira coação do litigante 'mais forte' sobre o 'mais fraco'. (PINTO, 2002 p. 51)

Pelas ideias e conteúdos discutidos neste tópico, infere-se que a tutela antecipada, inserida em nosso ordenamento jurídico hodierno, não está em desarmonia com os preceitos constitucionais estabelecidos na Carta de 1988. Ao contrário, atende, de maneira satisfatória, aos princípios do acesso à jurisdição, e principalmente, ao princípio da razoável duração do processo (Art. 5º, LXXVIII (BRASIL, 1988)).

3 TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

Em linhas anteriores, foi apresentado que o processo é instrumento para a realização do direito material. Há em dispositivos constitucionais já elencados a ideia de que não se excluirá da apreciação do judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos (Art. 5º, XXXV CF/1988). Este direito fundamental à ação possui um alcance bem mais profundo, pois exige do Estado uma prestação jurisdicional que efetivamente dê, na prática, o direito a quem realmente o faz jus. Tratando desde assunto, o professor Ricardo de Barros Leonel (2011) pontua que:

É correta a observação prática no sentido de que aqueles que buscam socorro no poder judiciário não esperam apenas uma declaração de certeza quanto à existência ou não de um direito. Desejam mais que isso, o próprio resultado concreto do processo, que produza em suas vidas a satisfação pragmática que não se operou espontaneamente e ensejou a utilização do serviço judicial. (LEONEL, 2011, p. 181)

Esta breve ideia aponta para o entendimento do que seja a tutela jurisdicional, que, nas palavras de Flávio Yarshell (1999) parece não haver dúvidas de que a locução tutela jurisdicional se presta a designar o resultado da atividade do Estado-juiz, considerando os efeitos jurídicos e práticos que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação. Ainda sobre o conceito em tela, e de maneira mais simplificada e não menos contundente, Nathália Diniz da Silva (2014) afirma que não basta apenas o cidadão ter acesso ao judiciário, com o direito de ação, mas a tutela jurisdicional deve ser plena. Isso seria possível quando esta for totalmente outorgada, garantindo-se os meios executivos necessários para a completa satisfação da decisão prolatada. Não bastaria uma sentença, ou o trânsito em julgado desta; é necessária a efetividade da sentença com a garantia da execução. Ao beber na fonte de Cândido Rangel Dinamarco⁷, Silva (2014) contribui ao citar que:

Tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdição, ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como contraposto do poder de ação. A ação em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados – e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados. (DINAMARCO *apud* SILVA, 2014, p.32)

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**. Ano. 21. N.81. p. 54

Aprofundando ainda mais a temática chega-se ao conteúdo que versa sobre a tutela jurisdicional diferenciada. É cediço que, no cenário atual, tornou-se comum a utilização do vocábulo “tutela diferenciada”. Esta expressão certamente adveio das exigências da modernidade que transformaram o tempo do processo em fator diretamente ligado à justiça da decisão. Segundo Bodart (2014), ao referir-se à obra de Grinover⁸, tem-se que

[...] a tutela diferenciada é aquela que se contrapõe à obtida pelo procedimento ordinário, considerado o paradigma das formas processuais em boa parte do século, por possibilitar a resolução do conflito de maneira segura, cercando o exercício da função jurisdicional das mais plenas garantias e culminando com a sentença de mérito e a estabilidade da coisa julgada. (GRINOVER *apud* BODART, 2014, p.105).

Daí depreende-se que o procedimento pode ser adaptado de várias maneiras segundo as exigências da causa. O sentido do termo “diferenciada” também é tratado por Leonel (2011), onde afirma que o contexto da tutela diferenciada relaciona-se intimamente com a restrição da atividade cognitiva realizada pelo magistrado para proferir sua decisão. Corroborando com esta ideia, Bedaque (*apud* LEONEL, 2011, p.182), bem anota que as tutelas diferenciadas devem abranger as modalidades de tutela sumária, que por sua vez, tem a característica peculiar de dispensar a cognição exauriente com vistas a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.

Portanto, a sumariedade da atividade cognitiva realizada pelo magistrado para fins de prolação de sua decisão é a principal característica da denominada tutela diferenciada.

Em suma, em nossa percepção, a preocupação de quem estuda a tutela jurisdicional diferenciada abrange as hipóteses em que o ordenamento, em prol de algum aspecto digno de atenção especial, determina a restrição da atividade cognitiva do juiz, objetivando a produção de resultados, no processo, que sejam aptos a alcançar soluções mais efetivas, tanto por meio de decisões provisórias como de decisões definitivas (finais). Assim, estão situados no âmbito desse tema (a) os provimentos de natureza “cautelares” (medidas conservativas [seqüestro, arresto, indisponibilidade de bens, etc.] e medidas de satisfação antecipada); (b) os provimentos sumários não cautelares (provimentos finais em que, por disposição legal, haja limitação à cognição). (LEONEL, 2011, p. 183)

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. In: **O Processo**: Estudos & Pareceres. São Paulo: Perfil, 2005.

Ainda a respeito das tutelas diferenciadas, o culto professor Paulo Lucon (2009) escreve que, sucintamente, dois são os significados desta expressão. O primeiro entende-se ser tutela jurisdicional diferenciada aquela concedida nos processos dotados de especialidade procedimental, mas que propiciam o desenvolvimento de atividade cognitiva ampla e exauriente. O segundo significado liga o conceito de tutela jurisdicional diferenciada à gradação da atividade cognitiva. Assim, ela seria toda modalidade de tutela concedida a partir de uma cognição não exauriente e definitiva. Lucon (2009) conclui sabiamente que:

Não obstante, nos dois significados constata-se um objetivo comum: procurar desenvolver formas de tutela jurisdicional tempestiva, que permitam a alteração de uma realidade no menor espaço de tempo e de maneira satisfatória ao titular de um direito, outorgando o *bem da vida* ou a situação jurídica desejada. Assim, a tutela jurisdicional será diferenciada sempre que possa ser concedida a proteção antes de ocorrer cognição exauriente e definitiva. (LUCON, 2009, p.648)

Portanto, cumpre observar que as espécies de decisão que atuam no mundo dos fatos antes do trânsito em julgado e que proporcione satisfação, mesmo não sendo total, são espécies de tutela diferenciada.

3.1 Tutelas de urgência

As tutelas de urgência são diferenciadas pelo critério da temporalidade, uma vez que para assegurar a utilidade de um resultado, o juiz é obrigado a proferir uma decisão liminar em vista de evitar o perecimento do direito. A tutela de urgência é gênero, do qual são espécies a tutela antecipada e a tutela cautelar. O professor Leonel (2011, p. 183) afirma que:

As medidas de urgência, tanto as conservativas como as antecipatórias figuram como exemplo característico da tutela jurisdicional diferenciada. Nelas o juiz, com base em cognição restrita (juízo de probabilidade), concede proteção não ao direito certo, mas sim ao direito provável. E o faz diante de situações de risco, bem como da razoabilidade, credibilidade, ou mesmo grande potencialidade de razão quanto ao direito deduzido pelo autor.

Para entendermos melhor, as medidas conservativas relacionam-se ao instituto da tutela cautelar e as medidas antecipatórias referem-se ao instituto da tutela antecipada. Leonel (2011) ainda apresenta duas terminologias, uma baseada no *pericolo da infruttuosità*, que diz respeito ao

risco de que, quando proferida a decisão definitiva, o demandado perdedor tenha dissipado seus bens. Neste caso a medida de urgência terá um caráter substancialmente conservativo, a fim de garantir o êxito prático da futura execução ou da produção dos efeitos programados da sentença. A outra terminologia refere-se ao *pericolo da tardivittá* que se traduz no risco de que a decisão definitiva seja inócua por ser oferecida tardiamente, provocando um dano irreparável a lesão ao direito. Nesta situação, a medida de urgência terá finalidade antecipatória, permitindo que o demandante usufrua da imediata utilidade do direito material que só poderia ser assegurada após a sentença definitiva, não fosse o caráter urgente da lide.

Importante salientar que tanto a as medidas assecuratórias como as medidas antecipatórias exigem uma cognição sumária por parte do julgador. Observa-se, então, o emprego tradicional dos termos *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. O juiz, ao analisar os fatos e decidir pela tutela de urgência baseia-se em um juízo de probabilidade e não de certeza. (LEONEL, 2011, p.183).

Adernais, outro elemento comum às tutelas cautelar e antecipada é que as duas podem ser concedidas após cognição não exauriente. Por isso, o julgador deve considerar em ambas a razoável probabilidade da existência do direito. Evidencia-se na antecipação de tutela verdadeiro *fumus boni iuris*, pois a probabilidade está entre a *prova inequívoca* e a *verossimilhança*, contidas no *caput* do art. 273 do CPC/1973. (LUCON, 2009, p. 657)

Adentrando de maneira mais específica no assunto, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Nas palavras de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2007), as tutelas antecipadas não visam, como as cautelares, a conservar os meios para que o processo em si mesmo possa operar de modo eficiente, mas a oferecer diretamente as pessoas algo cuja demora poderia ser-lhes prejudicial, por isso são de natureza satisfativas, o que não ocorre com as cautelares.

Corroborando com essa ideia, Marinoni e Arenhart (2010) esclarecem que:

A tutela que satisfaz o direito material, ainda que no curso do processo - tutela antecipatória - não pode ser confundida com a tutela cautelar, pois esta última não tem o escopo de realizar ou satisfazer o direito, mas apenas o de assegurá-lo. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a uma situação substancial acautelada. Inexistindo

referibilidade, não há direito acautelado, mas sim tutela satisfativa. (ARENHART; MARINONI, 2010, p.37)

Uma observação importante a respeito do assunto é feita por Lucon, (2009), onde o mesmo afirma que nem toda antecipação tem o caráter cautelar de assegurar o provimento definitivo. No entanto, pode-se assegurar, mesmo que de modo genérico, há um objetivo acautelatório na medida em que toda técnica de antecipação tem o escopo de afastar o dano decorrente da demora da prestação jurisdicional.

Doravante, neste trabalho, falar-se-á em medida cautelar ou tutela cautelar pelo fato de que o novo Código de Processo Civil, aprovado em 16 de março de 2015, não mais afigura o Livro das Ações Cautelares.

Extinguiram-se também as ações cautelares nominadas. Adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida. (...)O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Ambas essas espécies de tutela vêm disciplinadas na Parte Geral, tendo também desaparecido o livro das Ações Cautelares. (BRASIL, 2010, p. 23)

Mesmo diante destas mudanças que entrarão em vigor a partir do ano vindouro é necessário fazer referências ao atual Código de Processo Civil (CPC) que cumpriu e ainda cumpre seu papel no atual contexto jurídico nacional.

Retomando o assunto em comento neste tópico, a professora Maria Lúcia Baptista Morais (2011) fala que a distinção entre as tutelas de urgência em tela, que parecia primordial, cedeu à necessidade de uma prestação jurisdicional mais efetiva. Aliás, isto tem ocorrido frequentemente. Há uma tendência atual do abandono da técnica, do formalismo, em prol da efetividade e da celeridade processual. Inclusive, muitas das mudanças de posicionamentos, em termos jurisprudencial e doutrinário, ocorreram em razão da incidência destes princípios e o mesmo se verifica pela proposta do novo CPC. Visando solucionar as divergências da distinção entre as tutelas de urgência e, principalmente, a falta de segurança na aplicação prática dos dois institutos, o legislador alterou o art. 273, incluindo, nele, o parágrafo 7°.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação [...]. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando

presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (BRASIL, 1973)

Foi adotado pelo legislador o princípio da fungibilidade decorrente do fato de que o importante não é o nome do que foi postulado, mas a concreta necessidade da tutela jurisdicional pretendida. Por este princípio entende-se que se pode conceder a tutela cautelar, se for uma hipótese de tutela antecipada ou vice-versa. Segundo Moraes (2011, p.4):

Há uma relação possível entre os princípios da fungibilidade e o da instrumentalidade das formas, na medida que este último indica que, mesmo que o ato tenha sido realizado de maneira diferente, se atingiu a finalidade, ele não precisará ser anulado; pelo contrário, deverá ser reaproveitado. O princípio da instrumentalidade das formas tem sido o norte do processo civil, pois há uma tendência de abandonar o formalismo processual.

O princípio da fungibilidade veio privilegiar a celeridade em detrimento da excessiva formalidade que existia entre um pedido de uma cautelar em vez de uma antecipatória.

3.1.2 Ação Monitória

Outra tutela diferenciada existente na legislação em vigor, além das medidas antecipatórias e cautelares, é a ação monitória. Segundo LEONEL (2011), esta ação também busca obtenção de provimentos judiciais definitivos com base em cognição sumária. Esta técnica processual é regulada no CPC/1973 do Art. 1.102 – A ao 1.102C e consiste numa imediata formação de um título executivo judicial, sem contraditório prévio. É importante frisar que a nomenclatura “ação” não é a melhor utilizada, visto que trata-se de um procedimento e não uma ação autônoma. Nas palavras do Nóbrega (2012, p 242.)

Trata-se, portanto, de um procedimento concentrado, célere que permita ao demandante a formação do título executivo sem precisar ultrapassar as agruras do processo de conhecimento.

O que se busca com a técnica monitória é eliminar a complexidade do juízo ordinário de conhecimento derivada das exigências do contraditório. Segundo o entendimento de Nóbrega (2012, p.244), a doutrina majoritária, afirma que o procedimento monitório é um procedimento especial do processo

de conhecimento. De acordo com a letra da Lei, no Art. 1102a do Código de Processo Civil de 1973 é cabível o procedimento monitorio para pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. Acaso o demandante eleja a via do procedimento monitorio em substituição ao comum deverá apresentar prova escrita, sem eficácia de título executivo, quando do ajuizamento da demanda.

Bodart (2014), tratando da técnica injuntiva traz a discussão sobre a decisão da ação monitoria. Alguns autores como MARINONI, ARENHART, WAMBIER e MEDINA entendem que tal decisão não faz coisa julgada, porque não existe o contraditório sobre a controvérsia de fundo, devendo, de qualquer modo, assegurar ao demandado a possibilidade de rediscutir a matéria em ação autônoma. No entanto, de forma mais correta e acertada, é o posicionamento que defende que a decisão faz coisa julgada que se converte em título executivo, caso o demandado não oponha embargos num prazo de 15 (quinze) dias⁹.

Este procedimento monitorio continua existindo no novel diploma processual civil, nos Art. 700 a 702, que entrará em vigor no ano de 2016, sem que tenha sofrido modificações muito acentuadas em seu sentido e alcance. A título comparativo, esta técnica processual é muito utilizada nas legislações europeias. O *Codice di Procedura Civile de 1940*, na Itália, adota um modelo de procedimento monitorio misto, onde existe um provimento *inaudita altera parte*. Este modelo serviu de referência para a adoção da ação monitoria no direito brasileiro.

⁹ PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL OBTIDO EM AÇÃO MONITÓRIA NAO EMBARGADA. DISCUSSÃO EM EMBARGOS DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. LITIGIOSIDADE LIMITADA (ART. 741 DO CPC). PRECLUSÃO. Não oferecidos oportunamente os embargos, à pretensão monitoria, preclue a fase de cognição, passando-se aos atos executivos, quando poderá opor embargos, limitados, porém, às hipóteses do Art. 741 do CPC.(STJ, REsp 470.643/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2006, DJ 12/06/2006, p. 472)

4 TUTELA DE EVIDÊNCIA

4.1 Generalidades

Uma das características do direito processual civil moderno é eliminar exigências processuais injustificadas no sentido de adaptar a efetividade do sistema de garantias fundamentais às particularidades da causa levada ao conhecimento do Estado-juiz. O movimento de reforma do CPC assumiu a tendência em eliminar os procedimentos especiais, adotando o método dos “módulos procedimentais”, ou seja, microprocedimentos a serem adicionados ao procedimento comum de acordo com a necessidade da causa. (BODART, 2011).

Um destes módulos procedimentais chama-se tutela da evidência. Cuida-se, inicialmente, que será usado neste trabalho o termo tutela DE evidência, e não DA evidência. Pois, Segundo Bodart, (2011, p.80): “na realidade, o que se tutela é o direito da parte, em razão de diversos fatores que indicam forte probabilidade ou certeza de existência daquele direito”. Portanto, o que se tutela não é a prova ou seu caráter incontroverso, mas o direito material ali existente.

Em sua obra, Fux (1996, p.313) leciona que:

[...] a evidência toca os limites da prova e será tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção, pois, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.

Évidence, do francês, ou *evidence*, do inglês significam prova. Na doutrina é possível verificar uma diversidade de situações em que o direito do autor da ação se revela evidente frente à análise do julgador. Nestes casos, sujeitar o demandante a todas as “formalidades e solenidades” existentes no procedimento legalmente previsto seria uma flagrante violação da garantia fundamental da razoável duração do processo. É um sinal veemente que o acesso à justiça não restaria garantido.

Não há dúvidas de que a sujeição de um jurisdicionado aos trâmites processuais por mais tempo que deveria, gerando mora na tutela de seus interesses, encerra por si só uma injustiça-decorrente do incorreto manejo, seja pelo legislador ou pelo juiz, dos mecanismos processuais. (BODART, 2011, p.80)

Luiz Fux (2000), em seus escritos sobre a tutela dos direitos evidentes, nos mostra um caso prático que reclamava uma providência justa no sentido de não revelar-se razoável que um jurisdicionado portador de um direito líquido e certo tivesse que aguardar as delongas do procedimento ordinário para definição do seu direito. Eis o caso:

Observemos o caso prático que nos foi dado examinar. Um cidadão adquiriu imóvel mobiliado, por escritura pública, tendo pago o preço adiantado no ato da escritura, conforme lavrado pelo notário. Sessenta dias após aguardar a mobília em seu imóvel ingressou em juízo alegando que, por força do negócio pago adiantadamente, desfizera-se de todos os seus móveis de seu imóvel, por isso encontrava-se em dificuldades, sem dispor de uma residência mobiliada conforme o pactuado e quitado. O juízo cível deferiu uma liminar satisfativa, determinando a colocação de toda a mobília no prazo de cinco dias, impondo-se esclarecer que o comando restou cumprido. (FUX, 2000, p.2-3)

O exemplo trazido pelo nobre jurista não se trata de medida cautelar, visto que não havia qualquer risco para a utilidade de futuro processo. Ainda no relato *in causa*, leva-nos a refletir sobre os desígnios de um processo que possibilite a efetividade dos direitos. O anseio social, hoje, revela-se no provimento de uma justiça urgente em contraposição a uma justiça ordinária e ritual. Ao citar Ovídio Baptista¹⁰, Milani (2014) bem esclarece que a atividade jurisdicional ideal é aquela cujos procedimentos são inversamente proporcionais à evidência que ostenta o direito levado a juízo: "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" (MILANI, 2014, p. 3)

Desse modo, o detentor de um direito evidente é aquele que tem, já na peça inicial da ação que propõe, a ostensiva e notória comprovação desse direito, ou seja, que é capaz de convencer o juiz não apenas da verossimilhança de seu direito, mas de sua efetiva existência. Portanto:

É evidente o direito assentado em prova documental robusta, inconteste, que seja capaz de imediatamente convencer o juiz de que cabe razão ao autor e que não faria sentido aguardar o decurso de todo o trâmite processual para sua concessão. (MILANI, 2014, p. 4)

¹⁰ SILVA, Ovídio Araujo 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: RT, 1997. p. 414.

FUX (2000), citando brilhante escrito de Piero Calamandrei¹¹, insiste que o conjunto probatório é que vai indicar a evidência de um direito. A título exemplificativo, o renomado jurista, nos estudos sobre a tutela da evidência e tutela de segurança, enumera algumas situações onde se demonstra claro e evidente o direito do autor da lide.

(a) Direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo; b) direito baseado em fatos incontroversos ou notórios que independem de prova; c) direito a coibir uma conduta *contra legem*, que, segundo alegação do autor, o réu praticou ou vem praticando – v.g., a construção que viola as normas do Código Civil sobre postura e distância mínima entre prédios; d) o direito cuja existência o juiz precisa definir apenas com base em questões jurídicas, pois de regra, o direito objetivo não depende de prova; e) o direito em favor do qual milite uma presunção *jure et de iure*; f) de prova emprestada, obtida em outro processo, com observância das garantias fundamentais do processo, e que por isso não precisa ser novamente produzida; g) o direito decorrente de prescrição ou decadência (sendo, neste caso, uma evidência que pode favorecer o réu; etc. (FUX, 1996, p. 313)

Serão feitas as devidas arguições em tópico pertinente sobre alguns desses direitos evidentes que afiguram no novo Código de Processo Civil. Ainda sobre as considerações iniciais sobre a tutela dos direitos evidentes, é necessário frisar alguns pontos que possam gerar dúvida no leitor deste trabalho. Primeiramente, Fux (1996) fez questão de distinguir o mandado de segurança e a ação monitória em relação à tutela da evidência:

Essa forma de tutela distingue-se daquela do *mandamus*, porque não se trata de ato de autoridade apenas, mas também de ato de particular; isto é, não exclui a tutela da evidência qualquer que seja a pessoa jurídica, quer de direito público, quer de direito privado. A tutela da evidência apresenta semelhanças com o processo monitório documental, mas dele se afasta porque o deferimento liminar não se altera diante da resposta; isto é: o preceito não vira citação. (FUX, 1996, p. 27)

Outra observação digna de nota é sobre a cognição a ser utilizada pelo juiz quando da formação de seu convencimento para considerar evidente ou não o direito alegado. Para Fux (2000), a tutela da evidência indica que ocorra uma sumariedade “formal”, ou seja, um procedimento comprimido, que pode tomar o rumo da ordinariedade. Dessa forma, se na inicial for pleiteada a tutela da evidência e esta for deferida liminarmente, o demandado deverá ser

¹¹ "En un ordenamiento puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser sempre instantânea, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habria lugar para las providencias cautelares" (CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, 1945, p. 44)

citado para oferecer contestação, então, será observado se a liminar será sustentada, se será revertido o estado das coisas ao estado anterior, ou se será fixado perdas e danos. Se a inicial carecer da evidência, será dado prosseguimento, nos mesmos autos, para a dissipação da incerteza, como acontece em vários processos onde, inicialmente, tem-se um rito 'especial' e *in itinere* recaem no rito ordinário.

De toda sorte, a liminar, *in casu*, é deferível mediante cognição exauriente, decorrência mesmo da evidência, diferentemente do que ocorre nos juízos de aparência (*fumus boni juris*) peculiares à tutela de urgência cautelar ou de segurança." (FUX, 2000, p. 31)

Diante do tema da cognição adotada na apreciação do direito evidente, se posiciona contrariamente Marinoni *apud* Milani (2014), onde o respeitado autor aduz que a tutela do direito evidente é técnica de cognição sumarizada, ou seja, feita logo de início, *inaudita altera parte*. Isso porque, se não há nada que possa ser oposto àquelas provas, ou seja, se há demonstração inequívoca da existência do direito, não faz nenhum sentido aguardar a citação e resposta do réu.

Na mesma linha de Marinoni, Leonardo Greco (2014) afirma que as tutelas da evidência, assim como as tutelas de urgência, são dotadas de provisoriedade, sendo, nestes termos, objeto de uma cognição sumária.

A simples caracterização das tutelas de urgência e de evidência como tutelas provisórias resulta do reconhecimento de que são frutos de uma cognição não exauriente. A sua instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade e fungibilidade, explicitadas nas disposições gerais do livro do Código em que estão disciplinadas, evidenciam a sua inaptidão à formação da coisa julgada e a limitação cognitiva que poderá ser superada, no mesmo ou em outro processo, pela cognição mais ampla (GRECO, 2014, p. 310) .

Ainda sobre o tema da cognição, Bodart (2014) aborda que por um longo período da história seguiu-se a tradição romana, onde a efetividade do direito somente era alcançada com a formação da coisa julgada, que *per se*, exigia uma morosa cognição plena e exauriente. Mesmo o magistrado tendo elementos substanciais do direito do demandante e se convencesse logo no início de que a probabilidade do autor sair vitorioso era elevada, deveria se manter neutro e aguardar até o final da lide para satisfazer a pretensão do moribundo autor.

Este paradigma foi quebrado ao se descobrir que a justiça guarda uma estreita correspondência com o estágio do processo:

Eis aí a importância do tempo – de modo que a concessão de um provimento calcado em cognição incompleta, preenchidos os seus requisitos autorizadores, é medida por si só justa, independente da solução final a ser atribuída à contenda, que pode muito bem, e sem embargos das conclusões passadas, acolher a pretensão da parte outrora não prestigiada. Momentos distintos, justiças distintas. (BODART, 2014, p. 103)

Fica caracterizado que a tutela da evidência como espécie do gênero tutelas diferenciadas, baseia-se em cognição não-exauriente. Leonel (2011, p.185) afirma que:

[...] a título de tutela da evidência, o projeto (do novo CPC) cuidou da antecipação da tutela, com base em cognição restrita e sem a presença da urgência, quando a probabilidade de que o autor tenha razão é extremamente grande, quase incontestável.

Tratando-se do fator 'tempo' nas espécies de tutela antecipada, Marinoni (2011) bem assevera que a demora do processo, portanto, sempre beneficia o réu que não tem razão. Isso ocorre pelo fato de que é o autor quem pleiteia uma modificação no mundo dos fatos enquanto o réu deseja justamente a manutenção da sua situação fática. Assim, quanto mais tempo dura o processo, mais tempo o bem da vida buscado em juízo permanece na esfera jurídica do réu, trazendo grandes prejuízos ao autor que tem razão.

Atento a este quesito importante das tutelas antecipatórias, compreendeu-se que o tempo é fonte potencial de dano às partes do processo, principalmente para o demandante que, na maioria das vezes, é obrigado a suportar suas agruras. O legislador escolheu, acertadamente, inverter o ônus do tempo¹² para que uma vez colocado sobre os ombros do réu, é este quem terá real interesse no prosseguimento do feito, de modo a obter uma sentença de improcedência que revogue a antecipação. A distribuição ônus do tempo do processo é, portanto, a verdadeira função da técnica antecipatória, da qual faz parte a tutela da evidência.

¹² Nesse sentido, o Art. 273, Inc. II do CPC/1973 determina que: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

4.2 Tutela de urgência X Tutela da Evidência

Não se pode olvidar que nos dias atuais há, no processo civil, uma tendência ao abandono do formalismo exagerado em prol da efetividade e celeridade processual. O problema da morosidade da justiça, como dito alhures, é afeto também aos instrumentos processuais e sua dinâmica no decurso da lide. As tutelas de urgência foram pensadas, exatamente, com o objetivo de minimizar esse problema, pois não seria possível esperar o desenvolvimento de um procedimento demorado, para que, ao final, o juiz desse a tutela jurisdicional. (MORAIS, 2011)

As tutelas de urgência, sejam elas medidas cautelares ou antecipatórias, como já comentado em tópico anterior, obedecem aos princípios constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da efetividade. Estas são concedidas por decisão interlocutória passível de modificação a qualquer tempo, portanto de caráter provisório¹³. Ambas existem para impedir que o tempo inviabilize a satisfação do direito.

A tutela da evidência é espécie de tutela diferenciada antecipatória que não exige a urgência como requisito, ou seja, não se mostra imprescindível o *periculum in mora* para a concessão do pedido. Esta é a principal diferença desta tutela para as tutelas de urgência. No código de processo civil ainda vigente, a doutrina majoritária considera tutelas de evidência as hipóteses previstas no Inc. II e § 6º¹⁴, ambos do Art. 273 do CPC/1973. A respeito destes dispositivos, é importante o que a doutrina escreve:

O Código de Processo Civil privilegia a evidência ao admitir a possibilidade de antecipação, mediante cognição sumária, utilizando-se dos conceitos de liquidez e certeza do direito, não enfrentado por uma contestação séria, autorizando o juízo ao julgamento pela verossimilhança (art. 273, II). (FUX, 2000, p. 38)

Ainda neste sentido, a lição de Didier Jr *et al* (2014, p.556) nos diz:

O art. 273, II, consagra modalidade de tutela da lealdade e seriedade processual. Assim, mesmo que não haja urgência (em sentido estrito) no deferimento da tutela— isto é, mesmo que se possa aguardar o fim do processo para entregar à parte o bem da vida pleiteado -, quando se observar que a parte está exercendo abusivamente o seu direito

¹³ O Art. 273, em seu parágrafo 4º reza que: A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

¹⁴ Art.273, § 6º CPC: A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso

de defesa, lançando mão de argumentos e meios protelatórios, no intuito único de retardar o andamento do processo, o juiz poderá antecipar a tutela. Trata-se de tutela antecipada que se funda apenas na evidência (probabilidade) do direito alegado.

Repara-se que nos posicionamentos acima, o juiz não está adstrito à análise do *periculum in mora*, podendo basear sua decisão apenas no *fumus boni iuris* ou, melhor dizendo, na evidência do direito alegado. Ratificando este ensinamento, Marinoni (2011, p. 286) bem leciona que: “incontroverso é o direito que se torna evidente no curso do processo, exigindo, em razão disso, imediata tutela. É nesse sentido que se diz que o § 6º, do Art. 273 do CPC é a base para a tutela dos direitos evidentes”.

Corroborando com esta ideia, também, Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁵, citada por Milani (2014, p. 7) “A tutela antecipatória pura, pois, é a que protege o direito evidente. Há, assim, o *fumus* (robusto, veemente) e não precisa necessariamente haver o *periculum*”.

Encerrando esta discussão sobre as diferenças de tutela de urgência e tutela da evidência, Milani (2014) bem escreve que o direito evidente demanda medida de caráter absolutamente satisfativo, com a entrega imediata do bem da vida ao autor, o que não se espera de uma ação cautelar, embora as cautelares, anteriormente à introdução da antecipação de tutela no sistema jurídico brasileiro, venham sendo indevidamente utilizadas com essa finalidade, para atingir a satisfatividade do direito, como se sabe. Note-se que as tutelas cautelares sempre serão tutelas de urgência e as antecipações de tutela podem ser tanto tutelas de urgência como tutelas de evidência.

No direito processual civil contemporâneo, como ensina Bodart (2014), há uma clara mudança de pensamento no sentido de prestigiar a efetividade e diminuir o ônus do tempo provocado pela ordinariade procedimental. Para tanto, a ideia de satisfatividade, proporcionada pelas tutelas diferenciadas, ganha força cada vez mais, em detrimento do alcance da coisa julgada material, que indubitavelmente exige uma cognição exauriente e que, em casos específicos, deixa de conceder o bem da vida de modo imediato, fazendo com que o autor de um direito evidente enfrente todas as agruras que um processo ordinário apresenta.

¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: RT, 1997. p. 414.

4.3 Tutela da evidência no direito vigente

A tutela da evidência não é instituto inédito que vai surgir com o Novo Código de Processo Civil. O ordenamento jurídico brasileiro contempla, mesmo que de maneira limitada, a tutela de direitos evidentes. Este fato pode ser notado nos dispositivos do art. 273 do CPC/1973 ainda vigente e serão minuciosamente estudados neste tópico. Mesmo com poucas previsões da tutela da evidência no direito atual

Em excelente lição, Magadan *apud* Oliveira (2013) sustenta que as antecipações de tutela baseados em direito evidente surgiu antes da introdução do Inciso II do Art. 273, Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.

O Direito Processual Civil brasileiro já demonstrou preocupação em deferir a antecipação dos efeitos da sentença, quando se encontra presente a evidência do direito do autor antes mesmo da introdução do inciso II do art. 273 do CPC brasileiro de 1973, podendo ser citadas, como exemplos, a liminar possessória, a liminar prevista no procedimento dos embargos de terceiro e a liminar concedida em sede de mandado de segurança”. (MAGADAN, *apud*, OLIVEIRA, p. 38)

Ampliando ainda mais o conhecimento sobre os dispositivos que têm como fundamento a evidência, Bedaque (2009) destaca que, nos estudos sobre a antecipação de tutela, esta é corretamente prestada quando se funda “ora na urgência, ora na evidência de que o direito afirmado existe” e considera tutelas antecipadas e provisórias, informadas pelo valor da evidência: o abuso do direito de defesa (Art. 273, II, CPC), as possessórias (Art. 928, CPC)¹⁶, e embargos de terceiro (Art. 1051 CPC)¹⁷. Estes dispositivos, segundo o renomado autor, devem receber provimento antecipatório independente da demonstração do perigo do dano.

¹⁶ Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.(BRASIL, 1973)

¹⁷ Art. 1.051. Julgando suficientemente provada a posse, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante, que só receberá os bens depois de prestar caução de os devolver com seus rendimentos, caso sejam afinal declarados improcedentes.(BRASIL, 1973)

4.3.1 A tutela do artigo 273, II, CPC

Reza o Art. 273, II, CPC que:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: [...] II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (BRASIL, 1973)

O artigo mencionado prevê a possibilidade da antecipação de tutela, baseando-se no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Esta hipótese não exige que esteja presente o requisito do *periculum in mora*. Não se trata, portanto, de tutela de urgência, mas sim de tutela da evidência. Na lição do professor Luiz Fux (1996):

A defesa abusiva é a inconsistente, bem como a que não enfrenta com objeções, defesa direta ou exceções materiais a pretensão deduzida, limitando-se à articulação de preliminares infundadas. Assente-se, por oportuno, que não é preciso ao juízo aguardar a defesa para considerá-la abusiva, haja vista que nos casos de evidência é lícito atender o requerimento de tutela antecipada, tal como se faz quando se analisa o pedido liminar em mandado de segurança, proteção possessória, etc. A insubsistência da defesa exercitável ou exercitada, em resumo, configura, para a lei, caso de direito evidente, passível de receber a antecipação dos efeitos da sentença, porque injustificável a espera da decisão final após longo e oneroso procedimento." (FUX, 1996, p. 347).

Didier Jr *et al* (2014) destaca que o aludido dispositivo objetiva uma lealdade e seriedade processual. Assim, quando for observado que a parte está exercendo de modo abusivo o seu direito de defesa, lançando mão de argumentos e meios meramente protelatórios que visam unicamente retardar ao andamento do processo, o juiz poderá antecipar a tutela. Tal antecipação é fundada apenas na evidência ou probabilidade do direito alegado.

Nesta mesma linha de pensamento milita a doutrina de Marcelo B. Bertoldi¹⁸ *apud* Milani (2014, p. 15):

Com a possibilidade da antecipação da tutela, o legislador fez surgir mais uma forma de frustrar a atividade maliciosa do réu que abusa de seu direito de defesa ou retarda injustificadamente o andamento do feito, de forma a dar ao autor, desde já, o bem da vida pleiteado e que, normalmente, somente alcançaria ao final do processo, tornando, destarte, inócua a conduta processualmente abusiva.

¹⁸ BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: RT, 1997. p. 309-331.

Não é objetivo deste trabalho esgotar todo o conhecimento existente sobre o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório. No entanto, cabe algumas considerações importantes sobre os institutos.

O abuso de direito de defesa se configura quando o réu, ao responder as alegações feitas pelo autor, se utiliza de argumentos infundados ou não as contesta diretamente, ou seja, apresenta uma versão dos fatos que carece de verossimilhança e credibilidade e ainda requer tempo para produção de provas que parecem ter apenas a função de postergar o reconhecimento do direito alegado.

Neste mesmo prisma, Marinoni (2011, p. 278) comenta que esta hipótese de antecipação de tutela: “permite ao juiz, a partir da incontrovérsia do fato constitutivo, antecipar a realização do direito, deixando à fase processual sucessiva a cognição da defesa de mérito indireta (...) infundada.” E ainda completa seu raciocínio afirmando que não basta apresentação de argumentos infundados, mas também é imprescindível que o direito alegado pelo autor tenha forte evidência dos fatos constitutivos.

Em termos de manifesto propósito protelatório, Marinoni (2011) alerta que este conceito se caracteriza pela utilização de subterfúgios que tem a única finalidade de retardar o reconhecimento do direito do autor. Complementando este pensamento, Zavascki (2009) bem salienta que este dispositivo processual visa propiciar maior celeridade na prestação jurisdicional. E ainda, a respeito do manifesto propósito protelatório, o referido autor explica que não é a mera intenção de protelar que justifica a antecipação, mas a efetiva prática de atos ou omissões que retardem o andamento do processo.

A doutrina majoritária entende que a tutela antecipada prescrita no Art. 273, II do CPC é, na prática forense, pouco utilizada porque tais atos abusivos podem proporcionar o próprio julgamento antecipado da lide, conforme o Art. 330 do CPC¹⁹. Isto porque podem ser dispensadas a produção de mais provas, sendo suficientes aquelas trazidas pelo autor. Nas palavras de Didier Jr *et al* (2014, p. 557) tem-se que:

¹⁹ Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência (BRASIL, 1973)

Na prática, são muito raras as hipóteses de antecipação de tutela punitiva. Isso porque o juiz detém armas e instrumentos eficazes para combater deslealdade processual, para evitar ou reprimir comportamentos ardilosos e meramente protelatórios.

O que o juiz pode, nestes casos, indeferir as provas pelo réu requeridas por julgá-las protelatórias. Neste caso o juiz é autorizado a julgar antecipadamente o mérito da lide, conforme visto linhas acima.

4.3.2 Da tutela do Art. 273, § 6º, CPC/1973

Esta hipótese de antecipação de tutela versa sobre pedidos incontroversos, que na visão de Marinoni (2011), são pedidos que se tornam evidentes no curso do processo, exigindo, portanto, imediata tutela por parte do Estado-juiz. Em outras palavras, o reconhecimento parcial acontece quando uma parcela do pedido almejado pelo autor é reconhecida pelo réu como devida. Neste caso, não seria coerente a atitude de aguardar toda a marcha processual para, ao final, conceder a tutela inicialmente reconhecida como devida pelo demandado.

Acontece que há uma discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica do aludido dispositivo. Didier Jr *et al* (2014) sustenta que a natureza jurídica do § 6º do Art. 273, CPC é de resolução parcial do mérito da causa. Pois existe, pelo menos em relação à parte incontroversa, uma cognição exauriente e não sumária. Para o culto doutrinador:

Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material. E, por ser definitiva, desgarrar-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tomando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado. (DIDIER JR *ET AL*, 2014, p. 589)

No entanto, o mesmo autor reconhece que a decisão que concede ou nega a resolução parcial do mérito é interlocutória:

A decisão que aplicar o §6º do art. 273 é uma decisão interlocutória que versa sobre parte do mérito, definitiva, fundada em cognição exauriente (juízo de certeza, não de verossimilhança), apta a ficar imune pela coisa julgada material e passível de execução também definitiva. (DIDIER JR *ET AL* , 2014, p. 591)

Tendo semelhante pensamento, Bueno *apud* Oliveira (2013) destaca que a cognição utilizada para a tutela do art. 273, §6º, CPC/1973, é exauriente e encerra, para parcela incontroversa, coisa julgada material. No entanto, este dispositivo se reveste, procedimentalmente, de decisão interlocutória, podendo ser atacada por agravo de instrumento.

De modo elucidativo, ainda em relação ao tema, Marinoni (2011) entende que se trata de tutela antecipada fundada em convicção de verdade, não possui força para formar coisa julgada. Afirma ainda que a intenção do legislador é realmente tornar esta decisão capaz de ser revogada ou modificada como as demais medidas antecipatórias.

O que o legislador pretendeu com a inclusão do §6º no artigo 273, segundo Oliveira (2013), foi evitar que o autor se visse obrigado a aguardar toda a duração do processo de conhecimento para usufruir de um direito que já foi provado incontroverso. Isso vai de encontro com o que preza o princípio da efetividade. E é por isso que a legislação admite que, em vista de fatos incontroversos, o juiz possa antecipar a tutela.

4.4 Antecedentes históricos da tutela de evidência

A tutela da evidência, inevitavelmente, guarda sua origem no instituto da tutela antecipada. Como já analisado em linhas anteriores, a tutela da evidência já era conhecida nos dispositivos legais do Código de Processo civil referentes à tutela antecipada. O projeto de novo código civil e, posteriormente, a aprovação e sanção do novo código, ampliaram as hipóteses de evidência do direito, sendo necessária a criação de nomenclatura e procedimento próprios para este tipo de tutela jurisdicional diferenciada.

A origem histórica da tutela da evidência, intrinsecamente ligada à origem das tutelas antecipadas, remonta à época dos interditos romanos, que eram formas de satisfação imediata para o provimento de tutelas de urgência. O pretor romano utilizava uma cognição sumária sem a oitiva da parte demandada para emitir os interditos.

A origem da tutela da evidência está indissoluvelmente ligada à nascença dos procedimentos expeditos de satisfação imediata. Nesse campo, nenhuma especulação se inaugura senão sob o signo dos "interditos romanos". Eles serviram de base a todos os procedimentos monitórios injuncionais, e eram utilizados, ainda, em

mais de setenta casos. Os interditos admitiam a expedição de ordens definitivas sem mais indagações sobre os fatos, exatamente porque evidenciado o direito do postulante. (FUZ, 2000, p. 40)

Os procedimentos pretórios, segundo Magadan *apud* Oliveira (2013), eram sumários tanto na cognição quanto no procedimento. O demandante levava ao conhecimento do pretor um direito que considerava ameaçado e apresentava as provas do fato. O pretor, por sua vez, analisava o conjunto probante e reconhecia ou não a existência do direito e emitia uma ordem ou mandado a ser cumprido pela parte demandada. Os interditos tinham a força de encerrar a questão definitivamente, no entanto não tinham poder de coisa julgada, uma vez que, a controvérsia poderia ser objeto de discussão em uma posterior *actio ex interdictio*.

Bedaque (2009), a respeito dos interditos romanos e sua relação com as tutelas antecipadas, no mesmo sentido de Fux (2000), observa que:

A tutela antecipada, regulada pelo art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, com a nova redação dada pela Lei 8.952, de 13.12.94, guarda certa semelhança com os interditos romanos, pois torna possível a satisfação do direito do autor logo no início do processo. Também a verossimilhança e o perigo de dano constituem elementos comuns a ambas. Mas as técnicas são substancialmente diversas, pois, enquanto o interdito podia implicar a satisfação definitiva da pretensão material, o que ocorria principalmente nos interditos incondicionados, a tutela antecipada tem evidente caráter cautelar, pois pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo e depende sempre da sentença final, que representa solução definitiva da controvérsia. (BEDAQUE, 2009, p. 33)

Segundo o culto autor, o direito europeu, a partir do Séc. XIII, também previa tutela imediata para os direitos demonstrados *prima facie*, especialmente nas legislações italianas, francesas, espanholas e alemãs:

Numa história mais recente, Luiz Fux (1996) afirma que a sistemática da tutela de direitos evidentes, voltadas para o direito de posse, é encontrada em vários países da Europa. Um exemplo disso é o Código Civil de Zurich, de 1887, que dispunha em seu artigo 84 que as ações possessórias são geralmente julgadas segundo as regras do processo de injunção. Posteriormente, o Código Civil suíço de 1907, trouxe claramente que “o possuidor tem direito de repelir pela força todo ato de usurpação ou de turbação” (FUX, 1996, p. 325). Nesta mesma linha apontava o Código Civil húngaro de 1900.

Ainda a respeito do fenômeno possessório, Luiz Fux (1996) traz à lembrança o dispositivo do Código prussiano, revogado em 1900, onde havia um procedimento sumário interdital em seu § 142:

Nesse seguimento, dispôs o referido monumento legislativo, no § 142: "*Pode repelir a violência pela violência, quando a assistência do Estado se produzir mui tardia para prevenir uma perda irreparável*". Além da defesa lícita privada, previa ainda o Código prussiano a defesa interdital sumária e o processo não sumário para os estados de incerteza. (FUX, 2000, p. 20)

O autor acrescenta ainda que, o BGB alemão (Código Civil - Bürgerliches Gesetzbuch) dispunha de modo semelhante com relação às ações possessórias. O direito nestes casos mostrava-se evidente e clamava por uma rápida resposta do Estado-Juiz.

O BGB alemão, no mesmo esteio, dispõe no art. 859: "*o possuidor pode repelir pela força as vias de fato ilícito*", concluindo o legislador tedesco que se se tratar de bem móvel pode empreender-se a apreensão, se imóvel a "expulsão". O processo português conhece a ação de esbulho violento, onde a tutela do direito evidente do esbulhado é imediata. França, Itália, Alemanha, Chile, Argentina, Bolívia e Peru adotam também o processo sumário para a tutela urgente. (FUX, 2000, p.20)

No Brasil, a tutela da evidência guarda certa conexão com o surgimento do mandado de segurança e os conceitos de direito líquido e certo. Ora, estes direitos evidentes reclamavam um procedimento diferente do ordinário. Segundo Fux (2000), na falta de uma legislação que proporcionasse efetividade na busca pelo direito material, e sob orientação do ilustre Rui Barbosa, usava-se o *habeas corpus* como instrumento processual. Logicamente os tribunais não recebiam esta ação. Devido à restrição no recebimento do *habeas corpus*, criou-se, na Constituição de 1934 o mandado de segurança figurando como garantia constitucional processual. A expressão usada na Carta Magna de 1934 era direito "certo e incontestável" e na Lei Maior de 1967, a expressão mudou para "direito líquido e certo".

A "narrativa" do direito evidente passou, assim, a ser condição da ação de mandado de segurança e a efetiva existência do direito, requisito de provimento, na acepção das escolas de Chiovenda e Liebman. Destarte, a incontestabilidade do direito e sua consecutória evidência sugerem a sumarização procedimental encetada pelo legislador. Positivamente não é o ato abusivo da autoridade que enseja o procedimento do *mandamus*, senão a evidência do direito (FUX, 2000, p. 22)

A situação de evidência, além de ter raízes no surgimento do *mandamus* no Brasil, manteve-se fiel, também, à doutrina dos interditos

romanos e suas técnicas de proteção do direito evidente. A respeito disso, convém mencionar que o nosso Código Civil estabelece uma pequena escala evocando, conforme o caso, a autotutela, a sumariedade da tutela e a ordinariiedade, conforme seja demonstrado evidente ou não o direito alegado.

Podem-se encontrar vestígios do início de procedimentos de sumarização no direito brasileiro, a partir da edição do CPC de 1939. Destaca-se, neste diploma legislativo, a atribuição ao juiz do poder geral de cautela²⁰: além disso, ficou estabelecido o abuso do direito de defesa como requisito para a concessão da tutela antecipada²¹.

4.5 Tutela de evidência no Direito comparado: breves considerações

Não configura novidade que o direito brasileiro, especialmente o processo civil, sofre influências de ordenamentos estrangeiros. Registre-se que as legislações italiana e francesa são as que mais possuem pontos convergentes com a legislação processual pátria. Antes de analisar os institutos do processo civil estrangeiro, cabe um alerta importante proposto por Zavascki (2009, p. 59) :

Essa advertência é especialmente relevante quando se está em face de instituto jurídico que o legislador ordinário importou do direito estrangeiro ou nele se inspirou para criá-lo. Também nesse caso, a nova ordem legislativa deve receber interpretação e aplicação que permitam que ela esteja em harmonia com os princípios da Constituição, de modo que passe a representar a mais fiel concretização dos valores constitucionais. Daí resulta que nem sempre o instituto jurídico importado tem, aqui, conformação semelhante à que tem no sistema de origem, pois o que dá a ele seu exato contorno é o sistema constitucional em que se acha inserido.

Dessa forma, mesmo que o processo civil brasileiro tenha como referência institutos jurídicos criados e desenvolvidos em outros países, não se

²⁰ Art. 675 - Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I – Quando do estado de fato da lide surgirem receios de rixa ou violência entre os litigantes; II – Quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes; III – Quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa. (BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em 10 jun. 2015)

²¹ “Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.” (BRASIL, *idem*).

pode olvidar que o sistema constitucional pátrio é que lhe confere legitimidade e aplicabilidade.

Ao citar Magadan, Oliveira (2013) escreve que tanto na Itália quanto no Brasil, a tutela antecipada surge como expressão da tutela cautelar. Isto porque o Art. 798 do CPC brasileiro²², que institui o poder geral de cautela, se assemelha ao Art. 700 do CPC italiano de 1940, que previa os chamados *provvedimenti d'urgenza*. Tal norma estrangeira diria respeito à tutela cautelar. Ocorre que na Itália aconteceu movimento similar de uma expansão da tutela de urgência baseado em medidas acautelatórias inominadas de cunho satisfativo. Dessa forma, o dispositivo serviu para abrigar antecipações de tutela que iam além de ações condenatórias. Nos dizeres de Marinoni (2011, p. 49)

A norma do art. 700, como se sabe, é semelhante à norma do nosso art.798; tal norma, portanto, diria respeito em princípio apenas à tutela cautelar. Contudo, na Itália, à semelhança do que aconteceu no Brasil antes da reforma de 1994, também ocorreu uma expansão da tutela de urgência a partir da tutela cautelar. Assim, a norma (do art. 700) que, em princípio, apenas admitiria a tutela cautelar, passou a albergar também a tutela antecipatória, permitindo à doutrina discutir a viabilidade da antecipação da tutela nas ações declaratória e constitutiva.

O citado autor, analisando o art. 273, § 6º do CPC/1973 brasileiro, caso de tutela de evidência fundada em parte incontroversa da demanda, afirma que há semelhanças com o disposto no Art. 278, do CPC italiano. Tal instituto estrangeiro denomina-se *provvisionale* e seu fundamento está em desde logo condenar o devedor ao pagamento de uma *provvisionale*, nos limites da quantia que já está provada. A diferença é que no direito italiano, este dispositivo tem força para produzir coisa julgada e possui natureza de sentença parcial de mérito.

Nos termos do Art. 273, I, do CPC/1973 brasileiro, caso de tutela antecipada fundado em receio de dano irreparável ou de difícil reparação, encontra-se equiparação com o art. 24, da lei 990/69 do direito italiano. Tal artigo prevê que, em caso de acidente de veículos, a vítima, que se encontra em estado de necessidade, pode requerer, com base na probabilidade de seu

²² Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.(BRASIL, 1973)

direito, a antecipação de até quatro quintos da soma pedida na ação. (MARINONI, 2011).

Em sede de comparação com o direito francês, tem-se, naquele país, a concessão de tutela baseada em direito evidente, especificamente no caso de abuso do direito de defesa, o *référé provision*, disciplinado no art. 809 do Código de Processo Civil francês. O instituto do *référé* permite a antecipação de tutela quando a obrigação posta pelo demandante não é seriamente contestada. Nos ensinamentos de Magadan *apud* Oliveira (2013), esta hipótese prescinde do requisito da urgência e o juiz não pode exigir uma incontestabilidade absoluta.

Especificamente quanto ao *référé provision*, que independe de urgência, muito utilizado em matéria de responsabilidade civil, a pretensa vítima pode requerer que o juiz lhe adiante certa quantia, a título de provisão; desde que a obrigação não seja seriamente contestável, a provisão deve ser concedida (art. 809, § 2º, CPC francês). Trata-se de uma tutela baseada na evidência do direito que fundamenta a demanda, pela sua manifesta incontestabilidade. (BODART, 2011, p. 84).

No direito processual brasileiro vigente, não há autorização legislativa para que o juiz antecipe a tutela baseando sua decisão apenas na falta de seriedade da contestação. No entanto, no anteprojeto do Novo Código Civil, elaborado por uma comissão de juristas, coordenados pelo Ministro Luiz Fux, há uma medida semelhante ao *référé provision*, insculpido no Art. 285, III. Esta medida é concedida em procedimento autônomo e foi apelidada de *référé à brasileira*²³.

De acordo com o pensamento de Bodart (2011), o provimento do juízo do *référé* sofre execução provisória, podendo ainda o juiz subordinar tal execução à constituição de uma garantia, sem no entanto, perder seu caráter de provisoriedade. Outra característica importante deste provimento é sua inaptidão para formar a coisa julgada. “O juízo do *référé* somente detém competência para emanar imediatamente as medidas necessárias, e não para pronunciar-se sobre o pedido principal”. (BODART, 2011, p. 85).

²³ Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando: [...] III- a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca. (BRASIL. Senado Federal. **Código de Processo Civil**: Anteprojeto/comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.)

Nos termos do Art. 285, III do anteprojeto do novo código de processo civil, há uma clara adoção da técnica de condenação com reservas de exceções, pela qual se concede ao autor o acesso ao bem da vida, com base em juízo de probabilidade, não como meio de se tutelar uma situação de urgência, mas para evitar que o autor seja penalizado com os ônus dromológicos do processo. (BODART, 2014, p. 151)

Sobre a condenação com reserva de exceções Magadan *apud* Oliveira (2013, p. 65) explica que:

A condenação com reserva consiste num título executivo, cuja eficácia fica subordinada à prestação de caução, e é sujeita à disciplina das ordens revogáveis, possibilitando ao juiz 'condenar' o réu a cumprir com a obrigação contratada antes mesmo de apreciar sua defesa se, no contrato, existir cláusula que subordine o direito de levantar exceções processuais ao cumprimento prévio das obrigações, sendo, por isto, denominada 'condenação com reserva.

O *référé* segue o modelo dos provimentos decisórios sem acerto, que se caracteriza na vontade do autor de renunciar à estabilidade da função jurisdicional, obtendo em contrapartida, uma decisão de seus interesses de forma mais célere. A decisão é provisória, mas poderá ser definitiva se não for impugnada.

5 TUTELA DA EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

5.1 O projeto de Novo Código de Processo Civil

O Senado Federal, em 30 de setembro de 2009, instituiu uma Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, pelo ato n.379/2009 do presidente da casa legislativa. Esta comissão foi composta pelos notáveis professores Luiz Fux (Presidente) Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo César Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes.

Este seleto grupo de doutrinadores adotou como ideologia norteadora dos trabalhos a prestação da justiça com maior celeridade, com a finalidade de cumprir o mandamento constitucional da razoável duração do processo²⁴. Nos dizeres do professor Luiz Fux (2011, p. 02):

É cediço que os tempos hodiernos reclamam por uma justiça acessível ao povo, que conceda ao cidadão uma resposta justa e tempestiva apta a nutrir o respeito que busca o órgão que a presta, o Poder Judiciário, e a credibilidade necessária diante da cláusula pétrea constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Diante desta linha norteadora, a comissão de juristas concluiu que além dos aspectos estruturais, o processo conquanto instrumento de realização da justiça, apresentava na sua sistematização, solenidades obrigatórias que por si só contribuíram para a demora da resposta judicial. É interessante notar que o clamor por um processo mais célere originou reflexões onde foram eleitas três razões atribuídas à morosidade da justiça: 1) excesso de formalidades do processo oriunda do iluminismo; 2) a litigiosidade desenfreada advinda da conscientização da cidadania a partir da Constituição Federal de 88. e 3) a prodigalidade do sistema recursal brasileiro.(FUX, 2011).

Evidentemente, neste trabalho, será dada mais atenção às questões processuais e suas interferências na prestação jurisdicional efetiva e

²⁴ Art. 5º da CF brasileira: (...) LXXVIII-a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.(BRASIL, 1988)

tempestiva. Dentre as diversas inovações trazidas no anteprojeto, destaca-se a substituição do Livro do processo cautelar por um título que versa sobre a tutela de urgência cautelar e satisfativa e a tutela da evidência. Na Exposição de Motivos proposta pela comissão de juristas, fica bem claro, de uma forma geral, as mudanças que o Novo Código de Processo Civil apresenta em termos de tutela diferenciada da evidência.

O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano. (BRASIL, 2010, p. 23)

Nas linhas posteriores deste trabalho, serão tratadas, de maneira mais detida, as alterações trazidas pelo novo texto da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, sancionado pela Presidência da República, atinentes aos dispositivos que versam sobre a tutela específica da evidência.

Não obstante às alterações trazidas pela edição do Novo Código de Processo Civil, procurou-se elaborar uma breve atividade comparativa quanto aos textos legislativos relacionados à tutela da evidência, desde o anteprojeto, apresentado no Senado Federal, perpassando pela casa revisora (Câmara dos Deputados) e novamente sendo analisado pela casa iniciadora (Senado Federal), finalizando com o texto sancionado, dando origem à Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o Novo Código de Processo Civil. Remetemos o leitor para análise do quadro comparativo no APÊNDICE “A” deste trabalho.

5.2. Tutela da evidência no anteprojeto do novo CPC

O texto do anteprojeto, sugerido pela comissão de juristas, sofreu profundas alterações nas casas legislativas. Para uma melhor compreensão, é pertinente conhecer os dispositivos sugeridos pelos doutrinadores da comissão:

Seção III Da tutela da evidência **Art. 285**. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando: I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o

manifesto propósito protelatório do requerido; II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva; III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante. *Parágrafo único.* Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.” (BRASIL, 2010, p. 110-111)

De modo elucidativo, Bodart (2011) escreve algumas considerações à respeito dos incisos estabelecidos para a tutela da evidência no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. No Inciso I do aludido artigo, está a previsão da tutela de evidência sancionadora da má fé processual. Este dispositivo é idêntico ao Art. 273, II, do CPC/73 que caracteriza o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, já discutido no item 4.3.1 deste trabalho.

Já o inciso II, do Art. 285 do Anteprojeto é reprodução do §6º do Art. 273 do CPC/73. Neste caso, há uma decisão judicial fundada em cognição exauriente, tendo em vista que os pedidos mostram-se incontroversos. Este assunto também já foi abordado neste trabalho no item 4.3.2.

O inciso III, do art. 285 do Anteprojeto diz respeito à tutela da evidência baseada em prova documental. À primeira vista, a expressão “prova irrefutável” não tem boa redação. Segundo Bodart (2011, p. 81), “o dispositivo deveria utilizar a expressão ‘prova documental idônea’, pois esta deve ser apta a atestar, *prima facie*, a viabilidade da pretensão do demandante”. Com algumas ressalvas, este dispositivo guarda semelhanças com o procedimento monitório, previsto no Art.1.102-A. do CPC/1973. Segundo o citado autor, o art. 285, III, do anteprojeto, utiliza a técnica de condenação com reserva de exceções, de modo que se concede ao autor da lide o acesso ao bem da vida pretendido, com base em juízo de probabilidade, não como meio de se tutelar uma situação urgente, mas a por imposição da celeridade, não havendo a imposição do *periculum in mora*.

Profere-se, então, um provimento provisório de condenação, com reserva de que a análise profunda das provas relativas às defesas de mérito possa ilidir tal provimento. (BODART, 2011, p.81)

Da análise do inciso IV, do art. 285, do anteprojeto, acima transcrito, tem-se a ocorrência de controvérsia estritamente jurídica. Neste caso, a tutela

da evidência poderá ser concedida quando a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante. Cuida-se aqui de transferir para o réu o ônus decorrente da demora do processo.

No § único, do art. 285 em comento, tem-se a tutela de evidência em favor do depositante. Segundo Bodart (2011), O citado dispositivo figura como provável substituto da denominada ação de depósito, prevista nos artigos 901 a 906 do CPC de 1973. Por esta nova regra, não se exige mais que a petição tenha a estimativa do valor da coisa, o que será necessário apenas na fase de execução.

Cabe ainda ressaltar que nem todas as hipóteses de ocorrência de tutela da evidência sugeridos no Anteprojeto foram acolhidas pelas casas legislativas e, por isso, não fazem parte do texto sancionado que entrará em vigor no vindouro ano. Serão feitas, ainda neste trabalho, as discussões a respeito dos dispositivos aprovados que versam sobre a tutela de direitos evidentes.

5.3 Abordagem sobre a tutela da evidência no novo CPC

Há muito tempo que os operadores do direito, juristas e os doutrinadores indicavam com muita clareza a necessidade de modernização do processo. Carneiro *apud* Oliveira (2013, p. 66), afirmava que é imperativo “num processo civil que aspira à modernidade e eficiência, que os procedimentos se tornem menos complexos na medida em que aumente o grau de evidência das pretensões de direito material.”

O objeto de estudo deste tópico revela-se ponto central deste trabalho. Sem a pretensão de desconsiderar todo o percurso feito, a análise do instituto processual será feita de acordo com o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015) que se encontra em *vacatio legis*.

Relembramos que o desiderato da nova lei é tornar o processo um instrumento eficaz, garantindo a efetividade da prestação jurisdicional e a

razoável duração do processo, corroborando com os ditames constitucionais existentes²⁵.

A título de localização do instituto da tutela da evidência no Novo Código de Processo Civil, a mesma está inserida no Título III do Livro V – Da Tutela Provisória. Objetivando uma melhor análise do referido instituto, cumpre transcrever o Art. 311 do CPC/2015, *in verbis*:

TÍTULO III – Da Tutela da Evidência. Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente. (BRASIL, 2015)

Na sistemática do Novo Código, o gênero Tutela Provisória se dividiu em tutela de urgência e tutela da evidência²⁶. De imediato, observou-se a preocupação com a razoável duração do processo. No entanto, nota-se que os dispositivos contidos na nova lei adotaram um conceito mais restritivo de tutela de evidência que o originalmente pensado por Luiz Fux. De acordo com os dizeres de Bodart (2014, p.132), o conceito de evidência adotado pelo Novo Código foi de uma técnica de distribuição do ônus decorrentes do tempo do processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar impossível ou improvável o sucesso do réu após o transcurso da fase instrutória do processo.

²⁵ “Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo”. (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 33. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2015.)

²⁶ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. (BRASIL, 2015)

5.3.1 Tutela de evidência sancionadora de má fé processual

O art. 311, I, do novo CPC manteve a redação do art. 273, II, do CPC de 1973. O objetivo é manter o necessário zelo pela boa-fé processual, punindo aquele que impõe empecilhos ao regular andamento do processo e que comprometem a celeridade e a lealdade a ele inerente. Além de punir, seu intento também é garantir uma igualdade substancial entre as partes de modo que o ônus do tempo recaia sobre aquele que abusou do direito de se defender. De acordo com Daniel Mitidiero (*apud* DIDIER JR *ET AL*, 2015, p. 620), o pressuposto necessário para a concessão dessa tutela provisória é que a parte exerça seu direito de defesa de maneira não séria, demonstrando ser inconsistente.

Embora seja dispensada a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o juiz tem o dever de identificar os elementos que evidenciem a probabilidade do direito do autor. Neste ato, há uma atividade de cognição sumária, não ensejando uma decisão capaz de fazer coisa julgada. (BODART, 2014)

A respeito desta tutela, Zavascki (2009) aponta que as expressões abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório têm sentidos distintos, sendo o primeiro aquele que abrange atos praticados dentro do processo, no exercício do direito de defesa, o que inclui, desta forma, os atos protelatórios praticados no curso do processo. Já o segundo, se refere à comportamentos da parte adotados fora do processo, por exemplo: simulação de doença, ocultação de prova, etc.

Em recentíssima obra, Didier Jr *et al* (2015, p. 623) elenca alguns exemplos de condutas que autorizam a concessão da tutela da evidência punitiva, a saber:

- a) reiterada retenção dos autos por prolongado tempo, b) fornecimento de endereços inexatos que embaraçam as intimações e citações, c) repetir requerimentos antes indeferidos, d) embaraçar a produção de provas, f) alienar bens necessários à satisfação do demandante, entre outras.

No entanto, na prática forense é muita rara a utilização da tutela da evidência baseada no abuso do direito de defesa e do manifesto propósito protelatório. Isto por que, o juiz tem à sua disposição vários instrumentos

eficazes para combater a deslealdade processual como os previstos no art. 80 do novo CPC²⁷, que versam sobre a litigância de má-fé. Segundo Bodart (2014, p. 140) é muito provável que este instituto continue sendo pouco utilizado, pois:

Isso se deve ao fato de que, nos casos em que a defesa é abusiva ou protelatória, pode o juiz indeferir as provas cuja produção foi requerida pelo réu (art. 370 CPC/2015)²⁸. Diante desse panorama (inicial instruída com elementos que conduzam o magistrado a um juízo de probabilidade; defesa carente de seriedade; desnecessidade de dilação probatória), normalmente o magistrado poderá, de plano, promover o julgamento antecipado do mérito (art. 355, I, CPC/2015)²⁹. Conferindo solução definitiva à controvérsia.

Ainda a respeito da provável diminuta utilização do mandamento do art. 311, I, CPC/2015, Didier Jr *et al* (2015, p. 624) conclui que:

O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, em muitas situações, pode acabar conduzindo a um julgamento antecipado do mérito e, não, a uma tutela provisória. Assim, a grande utilidade da antecipação provisória dos efeitos da tutela, nesses casos, reside na possibilidade de afastar o efeito suspensivo da apelação, conferindo-se eficácia imediata à sentença.

De acordo com o citado autor, apenas a possibilidade de afastar o efeito suspensivo da apelação pode ser levado em consideração para a escolha da tutela da evidência no caso do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. Outro motivo, conduziria o juiz a um julgamento antecipado do mérito.

5.3.2 Tutela de evidência documentada fundada em precedente obrigatório

O art. 311, II, do CPC/2015 contém o mandamento normativo que admite a concessão da tutela da evidência quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em

²⁷ Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidente manifestamente infundado; VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.(BRASIL, 2015)

²⁸ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.(BRASIL, *idem*)

²⁹ Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I – não houver necessidade de produção de outras provas; .(BRASIL, *idem*)

“julgamentos de casos repetitivos ou em sumula vinculante.” Há neste comando legal dois pressupostos, um de fato outro de direito, que devem ser preenchidos para a concessão da tutela.

Nos dizeres de Didier Jr *et al* (2015), o primeiro deles é a existência da prova necessariamente documental ou documentada do fato alegado; o segundo, diz respeito à probabilidade de acolhimento da demanda processual que se fundamenta em tese jurídica já firmada em precedente obrigatório, mais especificamente, os enunciados de súmulas vinculantes e julgamentos de demandas repetitivas³⁰.

Segundo o renomado processualista baiano, há que se interpretar extensivamente a regra sobre a tese jurídica já firmada, considerando também os demais incisos do art. 927 do CPC/2015 que versam sobre tese fixada em decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle concentrado e dos enunciados das súmulas do STF, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em matéria infraconstitucional.

Devem ser levados em conta todos os precedentes vinculantes exatamente porque o estabelecimento de uma *ratio decidendi* com força obrigatória por tribunal superior já foi antecedido de amplo debate dos principais argumentos existentes em torno do tema, limitando as possibilidades argumentativas da parte em face da qual se requer a tutela da evidência e tornando pouco provável o seu êxito. (DIDIER JR *ET AL*, 2015, p. 625)

O parágrafo único do art. 311 do CPC/2015 prevê que, no caso do inciso II ora em análise, que esta tutela de evidência pode ser proferida liminarmente. Bodart (2014), sustenta que a tutela de evidência concedida *inaudita altera parte* não cabe alegação de violação do princípio constitucional do contraditório (Art 5º, LV, CF/1988), isto porque:

A tese jurídica sustentada pelo autor é embasada por jurisprudência consolidada, disso resultando que as chances de sucesso do réu ao final do processo são absolutamente remotas. É claro que a defesa pode demonstrar ao juiz a insubsistência dos fatos alegados pelo autor, ou provar a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, mas tratar-se-ia de situação excepcional. Sendo o risco de erro judiciário significativamente menor que o risco de morosidade na realização do direito, deve-se optar pela concessão da tutela à pretensão do demandante, deixando o tempo do processo transcorrer em desfavor do réu. (BODART, 2014, p. 156-157)

³⁰A respeito do tema, o art. 927, I e III do CPC/2015 prevê que: Os juízes e os tribunais observarão: II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (BRASIL, 2015)

Didier Jr *et al* (2015) alerta que a decisão final concessiva ou denegatória de tutela de evidência documentada e fundada em precedente obrigatório é impugnável por apelação sem efeito suspensivo³¹. O referido autor insiste que:

Essa é uma das duas únicas hipóteses inovadoras de supressão de efeito suspensivo da apelação do CPC de 2015. Inclusive basta que o juiz conceda essa modalidade de tutela provisória no bojo da sentença para que a apelação seja despida de suspensividade. Torna-se, pois, uma *nova e importante* técnica de subtração de efeito suspensivo da apelação. (DIDIER JR *ET AL*, 2015, p. 626).

No entanto, frisa-se que este efeito suspensivo da apelação se dará apenas em sede de sentença final. Se a decisão for incidental, esta será de natureza interlocutória, onde o recurso específico será o agravo de instrumento.

5.3.3 Tutela da evidência em favor do depositante

De acordo com o art.311, III, do CPC/2015 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 pena de multa”(BRASIL, 2015).

Este dispositivo, segundo as ideias de Bodart (2014), vem, claramente, substituir a “ação de depósito”, prevista nos arts. 901 a 906 do CPC/1973. Destaca-se que o art. 902 do CPC/1973 continha regra especial, de tutela provisória de evidência, em sede de liminar, para essas obrigações³². Bastava que o contrato fosse objeto de prova escrita para que se configurasse sua evidência.

Nos termos do art. 311, III do CPC/2015, figura como pressuposto necessário para a concessão da medida a demonstração das alegações de fato por meio de prova documental adequada do contrato de depósito. Frisa-se

³¹ Art. 1.012, § 1º, V do CPC/2015 aduz que; A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: (...) V – confirma, concede ou revoga tutela provisória; (BRASIL, 2015)

³² Reza o art. 902 do CPC/1973.que:na petição inicial instruída com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, se não constar do contrato, o autor pedirá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias: I - entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro (...) (BRASIL, 1973)

que o novo CPC restringe a tutela apenas ao contrato de depósito convencional. Outro detalhe importante neste instituto é bem observado por Didier Jr *et al* (2015) e Bodart (2014). Trata-se da necessidade do autor de comprovar a mora do réu, com o advento do termo certo ou mediante protesto ou notificação extrajudicial. Nota-se que o dispositivo do novo CPC não faz menção a esta necessidade, exigindo tão somente a “prova documental adequada do contrato de depósito”. Antes da aprovação do texto final do Novo CPC, Bodart (2014, p.161) já advertia que:

É essencial que o legislador inclua no texto do dispositivo a exigência da comprovação de mora por meio do protesto ou de notificação extrajudicial, conforme a iterativa jurisprudência do STJ a respeito do procedimento de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente³³. Com essa exigência, não poderá o réu invocar em seu favor o desconhecimento da pretensão do autor, legitimando por conseguinte, a prolação de um provimento *inaudita altera parte*. Noutras palavras: se o autor comprova a existência do seu direito e, além disso, notifica o devedor, dando-lhe ciência de todo o ocorrido, é muito provável que este não conseguirá refutar a pretensão autoral, de maneira que se revela injusto sancionar o demandante com a espera pela ultimação da citação e pela contestação, para só depois franquear-lhe o acesso ao bem da vida, por puro amor ao formalismo.

Infelizmente, a sugestão do autor não fora acolhida pelo legislador, que não inseriu nenhum texto adicional a respeito da mora do devedor nas ações em que este figurar como depositário inadimplente. Provavelmente, ocorrerão várias críticas a respeito desta lacuna, mas será necessário observar, na praxe jurídica, qual será o comportamento adotado pelas partes nos casos em que esta evidência for pleiteada.

No § único do art. 311, há a possibilidade de que a tutela da evidência, baseado em contrato de depósito, também seja concedida liminarmente. A este respeito, o art.9º, § único, II, do CPC/2015³⁴ estabelece expressamente que a hipótese em análise de tutela provisória baseada na evidência prescinde de contraditório prévio.

Ademais, é importante a nota trazida na obra de Didier Jr *et al* (2015), considerando que o contrato de depósito ainda que seja título executivo

³³ Súmula 72 do STJ: “a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”. Confirmam-se as recentes decisões: STJ, EDcl no REsp 1016759/SP, 4º T., J. 04.09.2012, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10.09.2012. ; STJ, AgRg no AResp 120.980/RS, 3ª T.,j. 02.08.2012, rel.Min.Massami Uyeda, DJe 15.08.2012.

³⁴ 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 (BRASIL, 2015)

extrajudicial, é possível ajuizar ação de conhecimento a fim de se obter o título judicial. E no transcorrer desta ação, também será possível a tutela da evidência documentada, mediante os mesmos pressupostos aqui esposados.

Nota-se ainda que a tutela a ser concedida, nesta hipótese, obedecerá à literalidade da lei, mediante ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. Neste sentido:

O legislador só admite, em caráter provisório, a tutela específica da obrigação e, não, tutela genérica ou seu equivalente em dinheiro. Até porque a tutela provisória de evidência só é prevista para pedido reipersecutório e não para pedido de condenação em quantia. (DIDIER JR *ET AL*, 2015, p. 628)

Quando formulado o pedido reipersecutório, sua conversão em perdas e danos pressupõe que seja necessário mais que a simples prova documental do depósito. Neste caso, será imperioso aprofundar a cognição mediante a apresentação de prova da impossibilidade de entregar o bem *in natura*. Em ocorrendo este fato, já se configurará em pretensão pecuniária ou equivalente e não mais em pretensão reipersecutória. (DIDIER JR *ET AL*, 2015).

5.3.4 Tutela de evidência baseada em prova documental

O texto do art. 311, IV do CPC/2015, *in verbis*, denota que será concedida tutela de evidência 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”. (BRASIL, 2015)

Primeiramente, é necessário frisar que na versão final do PL 8.046/2010, aprovado na Câmara, havia suprimido a possibilidade de tutela da evidência baseada em prova documental. No entanto, voltou a figurar no texto final aprovado pelo Senado Federal.

Neste dispositivo, de acordo com o pensamento de Didier Jr *et al* (2015), devem ser obedecidos três pressupostos para a sua concessão. O primeiro deles é que o autor demonstre a evidência do seu direito mediante prova exclusivamente documental. De modo extensivo, pode-se admitir a prova documentada, bem como a evidência de fatos que independem de prova (notório, incontroverso, e o confessado, por exemplo). O segundo pressuposto

é que o autor traga provas suficientes dos fatos constitutivos do seu direito, que já são demonstráveis *prima facie*. O terceiro é a ausência de contraprova documental suficiente do réu, que seja apta a gerar dúvida razoável.

Quanto ao terceiro pressuposto, a contraprova do réu deve girar em torno do fato constitutivo do direito do autor ou do próprio direito do autor. Nas palavras de Bodart (2014, p. 148), “ a prova inequívoca que o réu deve trazer também é documental, pré-constituída, sob pena de se esvaziar o próprio propósito da tutela de evidência, que é o de conferir celeridade à prestação jurisdicional”.

A respeito ainda deste dispositivo, Didier Jr *et al* (2015, p. 629) , faz uma crítica racional ao afirmar que: “Se o réu não dispuser de nenhum meio de prova suficiente, além da documental, então será caso de julgamento antecipado do mérito(art. 355, I CPC/2015)³⁵ por desnecessidade de produção de outras provas”.

O autor explica que, se de um lado, a contraprova do réu é insuficiente, mas ele requer produção de outros meios de prova, a tutela da evidência não será concedida, pois pressupõe-se que se trate de causa em que a prova de ambas as partes sejam exclusivamente documental. Nesses casos o juiz determinará a coleta de novas provas em favor do réu. Por outro lado, se a contraprova do réu é insuficiente e ele não requer coleta de outras provas, fica autorizado o julgamento antecipado do mérito, mediante cognição exauriente e tutela definitiva. Tendo como base este raciocínio, o culto autor baiano conclui que:

Trata-se de uma hipótese de tutela de evidência inevitavelmente definitiva, que se confunde com o julgamento antecipado do mérito e que fora colocado equivocadamente no rol de hipóteses de tutela provisória.” (DIDIER JR *ET AL*, 2015, p. 629)

Só restaria útil este dispositivo alocado entre as tutelas de evidência se a sentença final for pela procedência do pedido do autor. Neste caso, concedia-se a tutela da evidência com o fim de apenas eliminar o efeito suspensivo de uma possível apelação.

³⁵ Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I – não houver necessidade de produção de outras provas.(BRASIL, 2015)

Para Bodart (2014), diferentemente de Didier Jr *et al* (2014), afirma que este instituto tem a sua importância como tutela de evidência, na medida em que:

[...] se concede ao autor o acesso ao bem da vida, com base em juízo de probabilidade, não como meio de se tutelar uma situação de urgência, mas para evitar que o autor seja penalizado com os ônus dromológicos do processo. Um preceito básico do Direito Processual é aquele segundo o qual a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve configurar um dano para quem tem razão. (BODART, 2015, p. 151)

Estas discussões, certamente, serão bem melhor balizadas com a entrada em vigor do Novo Código de Processo. A praxe jurídica revelará ainda muitas outras questões ainda não levantadas pela doutrina em sede de tutela de evidência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cabe considerar que não é o intuito deste trabalho esgotar a temática proposta. Inúmeras discussões e debates doutrinários não de existir acerca da tutela de evidência, que naturalmente florescerão a partir da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil e de sua utilização pela comunidade jurídica.

Dentro da perspectiva e dos objetivos traçados pelo presente trabalho monográfico, pode-se considerar que a tutela de evidência se mostra um instituto processual compatível com a ordem constitucional vigente. Como estudado em linhas anteriores, todo o sistema processual civil deve harmonizar-se com as garantias fundamentais do amplo acesso ao judiciário (Art. 5º, XXXV), do devido processo legal (Art. 5º, LIV), e da razoável duração do processo (Art. 5º, LXXVIII) assegurados pela Constituição Federal de 1988.

A tutela de evidência visa oferecer uma prestação jurisdicional efetiva em menor tempo, assegurando o bem da vida a quem tem um direito explícito, claro, incontroverso e demonstrável *prima facie*. Como bem afirmam Cappelletti e Garth (1988), o acesso à justiça também requer uma razoável duração do processo, para que não ocorra o risco de perecer o direito pelo decurso do tempo e tornar, portanto, inacessível a justiça para aquele que a busca incessantemente.

Convém ressaltar que o instituto da tutela de evidência não se apresenta como uma novidade no Novo Código de Processo Civil. Como visto em tópicos anteriores, a partir do surgimento das tutelas antecipadas, com o advento da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, que modificou e ampliou o art. 273 do CPC/1973, observou-se que alguns dispositivos prescindiam do *periculum in mora* para que fossem satisfeitas as pretensões do demandante.

É o caso do II, e do §6º do artigo 273 CPC/1973. No caso do inciso II, a tutela é sempre concedida quando o réu abusar do seu direito de defesa e evidenciar procedimentos com mero propósito protelatório. No § 6º do aludido artigo, há um reconhecimento parcial do pedido quando o réu o reconhece como devida, não havendo necessidade de um processo de cognição para que o juiz decida parcialmente o direito do autor. Didier Jr *et al* (2011), defende que esta hipótese é de resolução parcial de mérito. A decisão que a concede ou

nega é interlocutória, mas passível de execução definitiva. O autor afirma ainda que o recurso cabível, neste caso, é o agravo de instrumento.

A proposta do Novo Código de Processo Civil é de dar maior celeridade às tutelas jurisdicionais e, neste contexto, traz mudanças significativas no sentido de combater a morosidade da justiça que se mostra pelo excesso de formalidades do processo oriunda do iluminismo; pela litigiosidade desenfreada advinda da conscientização da cidadania a partir da Constituição Federal de 1988 e pela prodigalidade do sistema recursal brasileiro.(FUX, 2011).

No Brasil, há um clamor por um processo mais ágil, que seja instrumento para enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as incoerências e deformidades que perpassam pelos órgãos da justiça. Como já tratado neste trabalho, o tempo é sinônimo de justiça e torna-se uma preocupação constante de todo processualista.

Não se pode negar que o surgimento das tutelas antecipadas mudou a dinâmica processual, porque visam à satisfação de um direito que sofre perigo de não ser mais útil com o passar do tempo e que paralelamente seja revestido de verossimilhança a partir das alegações feitas em juízo. Ademais, aí se configura a diferença entre tutela de urgência e tutela de evidência. A tutela da evidência é espécie de tutela diferenciada antecipatória que não exige como requisito a urgência, ou seja, não se mostra imprescindível o *periculum in mora* para a concessão do pedido.

Coube a esta pesquisa monográfica demonstrar, também, que há institutos processuais semelhantes aos da tutela de evidência no direito comparado. A exemplo: a tutela de evidência fundada em parte incontroversa da demanda, afirma que há semelhanças com o disposto no Art. 278, do CPC italiano. Tal instituto estrangeiro denomina-se *provvisionale* e seu fundamento está em, desde logo, condenar o devedor ao pagamento de uma *provvisionale*, nos limites da quantia que já está provada.. Outro instituto, oriundo do direito francês, também guarda semelhanças com a tutela de evidência. É o caso do *référé provision*, disciplinado no art. 809 do Código de Processo Civil francês. O instituto do *référé* permite a antecipação de tutela quando a obrigação posta pelo demandante não é seriamente contestada.

Revela-se, também, passível de considerações o fato de que o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015) modificou o tratamento dado à tutela de evidência, inserindo-o no Livro que trata das tutelas provisórias e reservou um capítulo específico com nomenclatura própria. No entanto, foi possível observar que houve várias alterações propostas nos textos de projeto de lei do Senado (PL 166/2010) e também durante a tramitação na Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010) até que se fixassem as hipóteses acolhidas com a aprovação e sanção presidencial. Pode-se destacar como mudança acentuada o fato de que a tutela baseada em pedidos incontroversos não figura no rol das tutelas de evidência do art. 311 do CPC/2015.

Nesta esteira, é notório que o inciso II, do art. 311 do novel código, trouxe como novidade a concessão de tutela provisória quando as alegações de fatos puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese jurídica assentada em precedentes obrigatórios de julgamentos de casos repetitivos e de súmulas vinculantes. Este mandamento demonstra a intenção de fortalecer uma unidade jurisprudencial no ordenamento jurídico pátrio. Neste caso, o juiz ainda pode decidir liminarmente.

Outra novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 é a tutela de evidência consubstanciada em pedido reipersecutório fundada em prova documental de contrato de depósito (Art. 311, III, CPC/2015). Neste caso, será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. Deste dispositivo, conclui-se que o legislador extinguiu o procedimento especial de depósito que figurava nos arts. 901 a 906 do CPC/1973. Neste caso, também, pode haver a concessão da tutela liminarmente.

É passível de críticas a hipótese prevista no art. 311, IV, do CPC/2015, pois admite a concessão de tutela de evidência quando a petição inicial for instruída com prova documental suficientes dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Para Didier Jr. et al (2015) trata-se de tutela inevitavelmente definitiva que se confunde com o julgamento antecipado do mérito, sendo colocado, segundo o autor, de forma equivocada no rol de hipóteses de tutela de evidência.

Finalizando sua obra, Bodart (2104) propõe, a partir das inovações trazidas pelo projeto de Novo Código de Processo civil, que a tutela de evidência pode ser encarada como:

a técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável ou impossível o sucesso do réu após o transcurso da fase instrutória do processo (BODART, 2014, p. 189)

Sem delongas, o culto processualista Ovídio Batista³⁶, (apud BODART, 2014, p. 82) bem escreve que o tempo é um inconveniente para aquele que o suporta à espera da satisfação de sua pretensão. No entanto, não se pode eliminá-lo, pois um processo justo demanda uma parcela de tempo que será debitada em desfavor de um dos litigantes. É um custo necessário que não se pode suprimir e que deve ser partilhado pelo legislador de forma harmoniosa e justa, de modo que não venha a sobrecarregar um dos litigantes para alegria do seu adversário, o qual sempre terá no tempo, que onera a outra parte, o grande aliado com que haverá de contar durante a longa travessia do processo de conhecimento.

³⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. In: **doutrinas essenciais – processo civil**. Org.: Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2011, Vol. II, p. 841

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. A Raiz Constitucional da Antecipação de Tutela. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 13, nº 1084, 30 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/6308-a-raiz-constitucional-da-antecipacao-de-tutela>>. Acesso em: 09. Jun. 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007

_____, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014

_____. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC Brasileiro. *In*: BARBOSA, Andrea Carla *et al.* **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 24. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2015.

_____. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 10. Jun. 2015.

_____. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Novo Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 12. Jun. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 jun. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007

DIDIER JR *ET AL.*, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Volume II. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____*et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Volume II. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, ano 2, número 16, abr. 2000. 27 p. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/894>>. Acesso em 02 jun.2015.

_____. O novo Processo Civil. *In*: BARBOSA, Andrea Carla *et al.* **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)**: reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015. *In*: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. v.15. UERJ, 2014

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

LEONEL, Ricardo de Barros. Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *In*: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48. n. 190.abr./jun. 2011.

LOURENÇATO, Antonio Aparecido. **Sobre a neutralidade do Estado**: Do laissez-faire ao welfare state 2005. 119f. Dissertação (Mestrado em economia)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

LUCON, P. H. S. Considerações sobre a Tutela Jurisdicional Diferenciada. *In*: Mirna Cianci; Rita Quartieri; Luiz Eduardo Mourão; Ana Paula C. Giannico. (Org.). **Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas - estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 647-676.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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, p. 67-85, mar./abr. 2014

MORAIS, Maria Lúcia Baptista. **As tutelas de urgência e as evidências: especificidades e efeitos.** Advocacia-Geral da União, Centro de Estudos Victor Nunes Leal, 2002. v. 10, n. 29, p. 225–265, jul./set., 2011.

NOBREGA, Rafael Estrela. Breves **Anotações sobre o Procedimento Monitório.** *In: Processo civil: procedimentos especiais.* Rio de Janeiro: EMERJ, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *In: Revista de Processo, RT*, vol. 155, p. 22, jan./2008.

OLIVEIRA, Maria Fernanda D'ávila Moraes. **A tutela da evidência no projeto do Novo Código Civil.** (Trabalho de conclusão de curso). Pontifícia Universidade Católica. Rio de Janeiro: 2013.

PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. *In: Revista de Processo.* n.º 105. São Paulo: RT, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Nathália Diniz da. **Estabilização da tutela jurisdicional diferenciada.** São Paulo: USP, 2014. 228 f. dissertação (Mestrado em Direito Processual), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

THEODORO JR, Humberto. Direito Processual Constitucional. *In: Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v.01, n.04. p. 30-31. Out/Nov. 2009.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 1999.

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

APÉNDICE

APÊNDICE “A” - QUADRO COMPARATIVO ENTRE OS TEXTOS LEGISLATIVOS E SUAS ALTERAÇÕES RELACIONADAS AO CONTEÚDO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA, DESDE A LEI EM VIGOR ATÉ O TEXTO SANCIONADO, DESTACANDO-SE O CAMINHO PERCORRIDO NAS CASAS LEGISLATIVAS DO CONGRESSO NACIONAL.

Legislação em Vigor (Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973)	Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (texto aprovado pelo Senado Federal)	Substitutivo da Câmara dos Deputados (nº 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados)	Texto Consolidado (Lei 13.105/2015) Novo Código de Processo Civil
	Seção III	CAPÍTULO III	TÍTULO III
	Da tutela da evidência	DA TUTELA DA EVIDÊNCIA	DA TUTELA DA EVIDÊNCIA
<p>Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:</p>	<p>Art. 278. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:</p>	<p>Art. 306. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando:</p>	<p>Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:</p>
<p>II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.</p>	<p>I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;</p>	<p>I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;</p>	<p>I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;</p>
<p>§ 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.</p>	<p>II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;</p>		

	IV – a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.	II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.	II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
	Parágrafo único. Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do	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	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;
	III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca;		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. A decisão baseada nos incisos II e III deste artigo pode ser proferida liminarmente.	Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.