

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC/SP

Renato Armoni

Tutela da evidência

Mestrado em Direito

São Paulo
2021

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC/SP

Renato Armoni

Tutela da evidência

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo para a obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor William Santos Ferreira.

São Paulo
2021

Renato Armoni

Tutela da evidência

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor William Santos Ferreira.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor William Santos Ferreira (Orientador)

Instituição: PUC-SP

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

São Paulo

2021

AGRADECIMENTOS

Para todos que me ajudaram a atingir este objetivo, em nome da centelha divina que habita em cada um, agradeço a Deus. Por outro lado, quantos talentos há por aí que não puderam gozar dessa mesma oportunidade? Certamente que muitos. De minha parte, em agradecimento por tudo que recebi e por dever de retribuição, vou continuar a trabalhar para que, um dia, todos que quiserem possam vivenciar a experiência libertadora do estudo.

RESUMO

À luz do modelo constitucional do direito processual civil, em obediência aos princípios da paridade, da isonomia, da razoável duração do processo, da eficiência e da efetividade, não se pode aceitar que o ônus do tempo do processo recaia apenas sobre uma das partes, principalmente quando uma delas é capaz de demonstrar a alta probabilidade de seu direito e a outra não consegue contestá-lo seriamente. Não há dificuldade em aceitar-se a antecipação de tutela de urgência para que se evite lesão ou ameaça a direito, porém, quando o requisito da urgência não está presente, a tutela também poderá ser antecipada se demonstrada a evidência do direito perseguido. Esta dissertação se propõe ao estudo dessa técnica, que foi nominada pelo Código de Processo Civil de 2015 como tutela da evidência. A tutela da evidência já existia no ordenamento jurídico brasileiro antes da edição do novo CPC, porém, a partir de 2015, ela foi positivada como um novo tipo de tutela provisória ao lado da tutela de urgência. Isso viabiliza a sua aplicação ampla e não taxativa, sobretudo em função dos conceitos gerais e indeterminados que compõem o texto do artigo de lei que disciplina a matéria (art. 311 do CPC). Por outro lado, diante da generalidade da lei, é necessário um trabalho teórico para interpretá-la harmonicamente no sistema processual. Essa é a finalidade desta dissertação, isto é, esmiuçar as hipóteses legais positivadas e potencializá-las além de suas fronteiras de modo a viabilizar a redistribuição do ônus do tempo do processo para torná-lo mais paritário, o que, segundo a experiência colhida no direito estrangeiro, tem um grande potencial de resolução abreviada de conflitos ao desestimular comportamentos procrastinatórios ancorados em uma razão puramente de custo-benefício.

Palavras-chave: Tutela provisória. Tutela da evidência. Ônus do tempo do processo. Dano marginal. Paridade. Efetividade.

ABSTRACT

According to the constitutional model of civil procedural law, in compliance with the principles of parity, isonomy, reasonable length of the process, efficiency and effectiveness, it cannot be accepted that the burden of time for the process falls on only one of the parties, especially when one of them is able to demonstrate the high probability of their right and the other cannot seriously challenge it. There is no difficulty in accepting the anticipation of urgency relief to avoid injury or threat to rights, however, when the urgency requirement is not present, the relief may also be brought forward if evidence of the right pursued is demonstrated. This dissertation aims to study this technique, which was named by the 2015 Code of Civil Procedure as relief of evidence. The relief of evidence already existed in the Brazilian legal system before the publication of the new Code of Civil Procedure, however, as of 2015, it was established as a new type of provisional guardianship alongside the urgency relief. This allows for its broad and non-exhaustive application, especially due to the general and indeterminate concepts that are part of the text of the article of law that governs the matter (art. 311 of the CPC). On the other hand, due to the generality of the law, theoretical work is needed to interpret it harmoniously in the procedural system. This is the purpose of this dissertation, that is, to scrutinize the positive legal hypotheses and leverage them beyond its borders in order to enable the redistribution of the time burden of the process to make it more equal, which, according to the experience collected in the foreign law, has great potential for abbreviated conflict resolution by discouraging procrastination behaviors anchored in a purely cost-benefit ratio.

Keywords: Provisional guardianship. Relief of the evidence. Burden of process time. Marginal damage. Parity. Effectiveness.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. O TRANSCURSO DO TEMPO NO PROCESSO.....	10
2.1. Tempo e processo.....	10
2.2. O modelo constitucional do direito processual civil e a tutela da evidência... ..	15
2.3. A imperiosa superação da ordinarização do processo.....	24
2.4. A (re)distribuição do ônus do tempo do processo.....	30
2.5. O dano marginal.....	33
3. AS ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DA PROBABILIDADE E ALGUNS MODELOS ESTRANGEIROS.....	37
3.1. Breve evolução histórica da tutela provisória no direito brasileiro.....	37
3.2. Tutela antecipada (urgência e cautelar) e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo Código de Processo Civil.....	49
3.3. A probabilidade na tutela provisória.....	52
3.3.1. Probabilidade na tutela de urgência: antecipada e cautelar.....	52
3.3.1.1. Probabilidade na tutela inibitória.....	62
3.3.1.2. Probabilidade nos procedimentos especiais.....	64
3.3.2. Probabilidade na tutela da evidência.....	66
3.3.3. A imprescindibilidade da probabilidade para a tutela provisória.....	70
3.4. O <i>référé-provision</i> do direito francês.....	71
3.5. O artigo 186- <i>bis</i> do Código de Processo Civil Italiano e condenação com reserva.....	82
3.6. A inversão do contencioso do direito português.....	86
4. A TUTELA DA EVIDÊNCIA POSITIVADA.....	90
4.1. Abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório (art. 311, inciso I do CPC).....	92
4.2. Tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, inciso II do CPC).....	105
4.3. Pedido reipersecutório fundado em contrato de depósito (art. 311, inciso III do CPC).....	112

4.4. Prova documental trazida pelo autor e ausência de dúvida razoável manifestada pelo réu (art. 311, inciso IV do CPC).....	117
4.5. O parágrafo único do art. 311: a dispensa do contraditório para a concessão da tutela da evidência em determinadas hipóteses.....	123
4.6. A tutela da evidência além da literalidade do art. 311 do CPC.....	134
4.6.1. Ação monitória.....	135
4.6.2. Ações possessórias.....	138
4.6.3. Ação de despejo.....	139
4.6.4. Embargos de terceiro.....	141
4.6.5. Uso e fruição de quinhão hereditário (art. 647, parágrafo único, do CPC)....	143
5. A APLICAÇÃO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL.....	143
5.1. Rol não taxativo das hipóteses do art. 311 do CPC.....	143
5.2. Tutela da evidência requerida em caráter antecedente.....	148
5.3. A tutela da evidência na sentença.....	154
5.4. A impossibilidade de concessão da tutela de evidência de ofício.....	159
5.5. A tutela da evidência no âmbito recursal.....	164
5.6. Tutela da evidência na ação rescisória, reclamação e arbitragem.....	170
5.7. Tutela da evidência e a Fazenda Pública.....	172
6. CONCLUSÃO.....	176
REFERÊNCIAS.....	180

1. INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito é a entrega da tutela jurisdicional de forma tempestiva a quem bate às portas do Poder Judiciário.

O ato de julgar naturalmente demanda tempo, reflexão e prudência, principalmente quando não há urgência a ser debelada. Por outro lado, quando o tempo da tramitação processual deixa de ser *fisiológico* e passa a ser *patológico*¹, atolado em suas *etapas mortas*, o processo tem o dever constitucional de oferecer meios que garantam a sua própria duração razoável. A tutela da evidência é um deles.

Considerando que há paridade entre as partes no direito processual civil, não é admissível que aquele que for capaz de demonstrar a evidência de seu direito seja compelido a aguardar o penoso *iter* procedimental para somente ao seu final receber a tutela jurisdicional, muitas vezes já corroída pelo tempo.

Isso é totalmente indesejável sob a perspectiva da isonomia, afinal, ao deixar de tutelar a parte que pareça ter razão, naturalmente se estará tutelando a contraparte, que provavelmente não a tem, a qual, em uma análise de custo-benefício, poderá se valer indevidamente de suas garantias processuais para postergar ou frustrar a concretização do direito de seu adversário.

Para evitar o chamado *dano marginal* do processo, independentemente da presença da urgência, a tutela poderá ser antecipada com base na evidência, isto é, sempre que forem demonstradas a alta probabilidade do direito de uma parte e a defesa inconsistente da outra parte, no que foi denominado neste estudo como a *regra geral* da tutela da evidência.

Isso é possível, pois, na renovada perspectiva da fase neoconcretista do direito processual civil, através de um novo olhar sobre os seus institutos fundamentais, impõe-se a efetividade plena da tutela jurisdicional, mediante a

¹ GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 14.

máxima eficiência do processo, que pode ser alcançada com a flexibilização do procedimento, abandonando-se o formalismo exacerbado e entregando-se maior poder às partes e ao juiz para que, cooperativamente, possam alcançar a solução mais justa e efetiva, sempre sob o manto do modelo constitucional do direito processual civil, afinal, o procedimento comum (antes ordinário) não é sinônimo de segurança jurídica e prestação jurisdicional bem feita.

A tutela da evidência é um importante marco nesse caminho. Conforme se abordará no curso deste estudo, se interpretada de forma lata, como verdadeiro poder geral de antecipação dos direitos evidentes, utilizada, inclusive, pelo procedimento da tutela antecipada em caráter antecedente e com possibilidade de estabilização, a tutela da evidência poderá cumprir um relevante papel na sumarização dos procedimentos, na redistribuição do ônus do tempo do processo e, o mais importante, na concretização da tutela jurisdicional de forma mais eficiente, o que, infelizmente, ainda é uma perspectiva distante na atualidade em função da pouquíssima utilização do instituto na prática.

Vejamos, portanto, algumas reflexões de nossa parte a respeito da intersecção entre tempo, processo e procedimento; sobre a evolução da tutela da evidência até o momento atual e a sua aplicação sob a égide do direito processual civil contemporâneo.

2. O TRANSCURSO DO TEMPO NO PROCESSO

2.1. Tempo e processo

O tempo sempre foi objeto de estudo e reflexão das ciências humanas e exatas desde o início da humanidade. Para Einstein², por exemplo, de acordo com o seu estudo da física, “a distinção entre passado, presente e futuro é apenas uma ilusão teimosamente persistente”. Na filosofia, discute-se o tempo como *eternidade*

² Esse trecho foi extraído de carta de Einstein enviada para a viúva de seu melhor amigo, Michelle Besso, logo após a morte dele.

ou como *parte mensurável do movimento*, conforme reflexão de José Rogério Cruz e Tucci³ em obra destacada sobre o tema.

De acordo com o mesmo autor, para o direito, importa o estudo do tempo como *parte mensurável do movimento*.

Para o direito material, o tempo é de suma importância. Com efeito, é o decurso do tempo que define a decadência de determinado direito, por exemplo. É também o transcurso do tempo que autoriza a aquisição de direitos, tal como na usucapião.

Para o direito processual, em nome dos princípios da eficiência, da efetividade e da razoável duração do processo, o tempo do processo deve guardar relação com o período necessário para a análise do direito, respeitando-se as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Segundo Carnelutti⁴, “se a justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura”.

Em certa medida, Carnelutti tem razão em sua afirmação. De fato, para se obter uma decisão segura, é necessário que se respeite o transcurso do tempo da instrução processual, a produção das provas e o tempo de reflexão do magistrado sobre a matéria sob análise.

Por outro lado, diante da extrema dinamização das relações humanas e do desenvolvimento tecnológico em franca aceleração, a própria relação com o tempo foi alterada. Em outras palavras, a percepção do transcurso do tempo da época de Carnelutti certamente não é a mesma da contemporaneidade. Atualmente, tem-se a impressão de que o tempo transcorre muito mais depressa, embora não seja

³ “Para a filosofia clássica, portanto, o conceito de duração ostenta dois significados bem nítidos: a) o termo temporal que circunscreve a existência de uma coisa qualquer; e b) o prolongar-se indefinido do tempo, isto é, a eternidade. É a primeira dessas acepções – que concebe o tempo como parte mensurável (duração) do movimento – que irá nos interessar ao longo desse trabalho (a despeito da ‘eternização’ de muitos processos judiciais)” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 17).

⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958. p. 154.

verdadeiro do ponto de vista físico. Isso gera um senso de urgência e ansiedade nas pessoas acerca do cumprimento de suas atividades cotidianas.

Por consectário lógico, tal percepção também se reflete na necessidade de aceleração do tempo de resolução dos conflitos⁵. Na maioria das vezes, a razoável duração do processo (valor constitucional decorrente do devido processo legal) não é observada, não somente por conta do transcurso de tempo para o cumprimento do passo a passo procedimental, mas principalmente pela falta de estrutura adequada do Poder Judiciário para receber as milhões de demandas que lhe são endereçadas todos os anos⁶. Por essa razão, inclusive, foram implementados meios alternativos (ou adequados⁷) de resolução de conflitos, tais como a arbitragem, a mediação e a conciliação, o que faz com que a tutela jurisdicional não seja a única forma de pacificação social.

⁵ Essa percepção do tempo também é objeto de reflexões de Nelson Nery Junior, notadamente em relação ao estudo dos princípio constitucional da razoável duração do processo: “O tempo no processo assume importância vital nos dias de hoje, porquanto a aceleração das comunicações via web (internet, e-mail), fax, celulares, em conjunto com a globalização social, cultural e econômica, tem feito com que haja maior cobrança dos jurisdicionados e administrados para uma solução rápida dos processos judiciais e administrativos” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 361).

⁶ Isso foi objeto de críticas de Araken de Assis no sentido de que não apenas a legislação deve mudar, mas também a estrutura do Poder Judiciário: “(...) um dos notórios objetivos das extensas reformas empreendidas nas leis processuais para debelar o que se costuma designar de ‘crise da justiça’ consiste na celeridade. Apesar de vulgar, a fórmula ‘crise da justiça’ soa excessivamente imprópria. Induz a crença que a justiça em si perdeu-se em algum escaninho burocrático. Na verdade, busca-se nela expressar que a prestação jurisdicional prometida pelo Estado, no Brasil e alhures, tarda mais do que o devido, frustrando as expectativas dos interessados” (ASSIS, Araken de. **Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil**. In: FUX, Luiz et al. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 196).

⁷ Os meios alternativos de resolução de conflitos são ressaltados por Ada Pellegrini Grinover como importantes instrumentos para debelarem a ideia de que a tutela jurisdicional é a única capaz de resolver os conflitos da sociedade: “Mesmo com essa moderna vocação a oferecer tutelas jurisdicionais diferenciadas, a Justiça estatal não é o único caminho pelo qual se procura oferecer solução aos conflitos. Avança no mundo todo, inclusive no Brasil, a ideia de que outros métodos adequados de solução de conflitos, não estatais, podem ser utilizados para pacificar com justiça e com maior eficiência. Tais são os chamados meios alternativos de solução de conflitos (*alternative dispute resolution* ou, em outra denominação, *meios alternativos de solução de conflitos*), nos quais se busca uma autocomposição, isto é, uma solução do conflito por ato das próprias partes (conciliação ou mediação), ou uma heterocomposição privada (decisão por árbitros nomeados pelos próprios litigantes)” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p. 61-62).

No processo estatal, todavia, vedada a autotutela⁸, cada vez mais devem ser observados os instrumentos adequados para que sejam oferecidas respostas efetivas aos anseios da sociedade, ávida por soluções mais rápidas e efetivas dos conflitos.

O aperfeiçoamento dos procedimentos especiais, do direito jurisprudencial e dos negócios jurídicos processuais certamente é importante instrumento para esse mister. Some-se a isso a necessidade de fortalecimento do processo coletivo e do processo estrutural⁹, que ainda carecem de procedimentos mais adequados para a concretização dos direitos difusos, tendo em vista que o Código de Processo Civil ainda é voltado precipuamente para a resolução de conflitos individuais e não coletivos.

Voltando a Cernelutti, seria possível um processo rápido, mas ao mesmo tempo seguro? A experiência do direito comparado, notadamente no direito francês via *référé-provision*, indica que sim, é possível, o que será mais bem abordado na

⁸ Nos referimos à autotutela no sentido mais conhecido do termo, isto é, de utilização da força para se fazer valer determinado direito, muito embora esse termo hoje já seja enxergado com outra conotação à luz dos negócios jurídicos processuais, vide doutrina de Antônio do Passo Cabral: “A autotutela sempre esteve relacionada à ideia de coação, do uso da força, própria das sociedades arcaicas anteriores ao Estado moderno. Era o meio de solução de conflitos da brutalidade, associada a agrupamentos humanos pouco civilizados. (...) Porém, ao contrário de ser ultrapassado ou antiquado, talvez não haja tema mais novo e contemporâneo como o da autotutela. (...) a autotutela voltou à baila com toda força e tem sido muito reabilitada no mundo atual sobretudo pelas aplicações de novas tecnologias ao direito. E me parece que tais novidades virão sobretudo dos chamados *smart contracts*, que vão revolucionar a forma como contratos e obrigações jurídicas em geral serão formados e, principalmente, executados. (...) Nos contratos inteligentes, todos os elementos do contrato são redigidos em códigos de computador e algoritmos, e muitas vezes operados por aplicativos de celular, nos quais as partes inserem dados bancários ou de cartões de crédito e as prestações de cada contratante são entregues automaticamente. Com esse tipo de tecnologia, as rotinas de cumprimento contratual tornam-se cada vez mais industrializadas, reduzindo sobremaneira os custos para a efetivação de direitos que até então eram muito mais altos. Isso se dá porque até hoje a execução do contrato era sempre uma opção *ex post*: as partes decidem se vão cumprir e como vão prestar, o que abre oportunidade para inadimplir; com os contratos inteligentes, o mesmo mecanismo que define as obrigações também define *ex ante* o adimplemento” (CABRAL, Antônio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, n. 2, maio-ago. 2021. p. 92-93).

⁹ Sobre processo estrutural, vejamos novamente o que diz Ada Pellegrini Grinover: “(...) para que o controle jurisdicional de políticas públicas se faça de maneira justa, equilibrada e exequível, é necessário instituir um novo processo, que é justamente o processo adequado à solução dos conflitos de interesse público: o processo chamado estrutural. (...) As decisões – que podem ser progressivas – não devem versar sobre fatos passados aos quais aplicar a lei, mas projetar-se para o futuro, numa dimensão prospectiva. A ordem do juiz não deve ser mais a de ‘pague’, ou ‘faça’, mas uma mera indicação dos passos a serem empreendidos para que se chegue ao resultado pretendido pela sentença” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p. 50-51).

sequência. Afinal, conforme lição de Chiovenda¹⁰, citada por Rogéria Dotti¹¹, o processo não deve causar dano a quem pareça ter razão.

Isso não pode ser feito por meio da supressão e/ou relativização do direito ao contraditório e à ampla defesa¹², o que iria de encontro aos valores constitucionais pétreos do Estado Democrático de Direito, mas sim pela redistribuição do ônus do tempo do processo via tutela da evidência, por exemplo.

Em outras palavras, aquele que apresenta o direito mais provável deve ter a possibilidade de receber a tutela jurisdicional provisoriamente de forma antecipada, independentemente do requisito da urgência.

Decerto que, se o direito processual civil for encarado sob essa perspectiva, estaremos no caminho para a implementação do modelo constitucional do direito processual civil no que toca à efetividade, isonomia e razoável duração do processo, conforme veremos a seguir.

¹⁰ “*Tenuto conto che l’attività dello Stato, per operare l’attuazione della legge, richiede tempo e spese, occorre impedire che colui che si è trovato nella necessità di servirsi del processo per ottenere ragione riceva danno dal tempo e dalla spesa richiesta: la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione*” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940. v. I, p. 147).

¹¹ “Isso porque o processo civil vivencia o conflito entre esses dois grandes objetivos: *far bene* e *far presto*. Ou seja, de um lado, valoriza a cognição completa e exauriente que exige a longa produção de provas, o debate e a reflexão e, de outro, sofre com a exigência de celeridade, a qual pretende atingir a satisfação do direito material no menor espaço de tempo possível. Mostra-se, assim, de grande importância a inesquecível lição de Chiovenda no sentido de que a necessidade de se valer do processo para obter razão não deve causar dano a quem tem razão” (DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livro eletrônico]).

¹² Esse equilíbrio entre razoável duração do processo e respeito ao contraditório e ampla defesa é bem ressaltado por Nelson Nery Junior no seguinte trecho de sua obra sobre princípios do processo civil na Constituição: “A busca da celeridade e razoável duração do processo não pode ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito. O mito da rapidez acima de tudo e o submissão do hiperdimensionamento da malignidade da lentidão são alguns dos aspectos apontados pela doutrina como contraponto à celeridade e à razoável duração do processo que, por isso, devem ser analisados e ponderados juntamente com outros valores e direitos constitucionais fundamentais, notadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 364-365).

2.2. O modelo constitucional do direito processual civil e a tutela da evidência

Desde a Roma antiga até meados do século XIX prevaleceu a fase imanentista ou praxista do direito processual, em que inexistiam premissas claras e fundamentos teóricos definidos do processo em si. Não se dava grande atenção ao direito processual, mas apenas se seguia um passo a passo procedimental. Tampouco havia cientistas processuais, mas apenas práticos procedimentais (daí o adjetivo praxista).

Essa ausência de diferenciação entre direito material e processo (fase imanentista ou praxista) prevaleceu até o início da fase autonomista do direito processual. Nessa fase de transição, o debate doutrinário havido no direito alemão sobre os conceitos de *ação* e de *pretensão* à luz da *actio* romana entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther, bem como a doutrina de Oskar von Bülow tratando de exceções e pressupostos processuais foram marcos teóricos do início da fase autonomista do direito processual, conforme bem aponta José Roberto dos Santos Bedaque¹³ sobre o tema.

Portanto, a partir dessas balizas doutrinárias, os institutos fundamentais do direito processual civil foram se desenvolvendo cientificamente com vigor por autores clássicos, tais como: Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, Enrico Tullio Liebman, James Goldschmidt, Francisco Cavalcanti

¹³ “Em 1856 travou-se a famosa polêmica entre dois juristas alemães, Bernardo Windscheid, catedrático em Greifswald, e Teodoro Muther, professor em Königsberg, a respeito da *actio* romana. Para Windscheid, ação significava direito à tutela jurisdicional, decorrente da violação de outro direito (...). Segundo Muther, o conceito de ação romana formulado por Windscheid é inexato. Para ele o direito subjetivo é pressuposto da *actio*. Quando o pretor formulava um edito, estava criando norma geral e abstrata para pretensões. Tal norma, embora não pertencente ao *ius civile*, lhe era equivalente. Conclui haver coincidência entre a *actio* romana e a ação moderna. A partir dessa polêmica, passaram os juristas a vislumbrar a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do Estado. Nasceu, então, o conceito moderno de ação. No ano de 1868, também na Alemanha, vem à luz a obra de Oskar von Bülow a respeito das exceções e pressupostos processuais, em que o autor demonstra a autonomia entre a relação processual e a material, o que já fora objeto de referência na obra de Bethmann-Hollweg. São esses os dois grandes marcos do desenvolvimento da ciência processual. Passou-se da chamada fase de sincretismo jurídico para a postura autonomista, quando foram formuladas as grandes teorias a respeito de jurisdição, ação, defesa e processo. Evoluiu-se da pura técnica para a ciência, do mero procedimento para o direito processual” (BEDAQUE, José dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 33-34).

Pontes de Miranda, Alfredo de Araújo Lopes da Costa, José Frederico Marques, entre outros.

Isso foi possível, pois o direito processual passou a ser considerado como um ramo do direito público e autônomo, apartado, portanto, do direito privado e material, conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco¹⁴. Assim, nessa linha conceitual, a ação dissocia-se do direito material e desloca-se para o *processo*¹⁵.

Por outro lado, o excesso de rigor científico em busca da construção mais pura possível dos institutos de direito processual gerou distorções, pois o que era discutido com refinamento na teoria dificultava ou inviabilizava a aplicação do direito material na prática.

A falta de resultados práticos das discussões teóricas e a necessidade premente de concretização do direito material contribuíram para o exaurimento desse pensamento, que foi substituído pela teoria da *instrumentalidade* do processo, isto é, o entendimento de que o processo não deve ser compreendido como um fim em si mesmo, mas, sim, como um instrumento de efetivação do direito material; como instrumento de resolução de conflitos com o escopo de produção de resultados no mundo dos fatos; o que revelou uma reaproximação entre direito material e processo, conforme Dinamarco¹⁶. Dinamarco rompeu com a ideia de

¹⁴ “O mérito fundamental dessa disputa, aquele que resume em si todos os demais, foi o de ter despertado a ciência do direito para a importância do direito público, se não acima pelo menos ao lado do direito privado; daí para a fundação de um verdadeiro direito processual, científico, sistemático, o passo haveria de ser breve. Três foram as questões cuja discussão, com referência ao direito moderno, foi provocada pelos romanistas: a ação, a relação processual, a estrutura do ordenamento jurídico” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Polêmicas do processo civil*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Doutrinas essenciais de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1, p. 523-542).

¹⁵ Essa transição foi bem abordada por Rogério Lauria Tucci em obra datada de 1978: “(...) a afirmação da ação processual, com a consequente morte da ação material, serviu a um propósito científico e estratégico específico: desvencilhar o direito processual civil do direito material, tornando-o mais do que um mero capítulo deste e afirmá-lo como uma ciência autônoma. De fato, a noção de *actio* acabou sendo um peculiar cabo de guerra entre os defensores da autonomia do direito processual que, para consagrar a sua ciência, modificaram um velho conceito, transformando-o na representação de um fenômeno diverso e que não se confundia com aquele que o termo romano buscava representar” (TUCCI, Rogério Lauria. **Da ação e do processo civil na teoria e na prática**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 7-8).

¹⁶ “(...) é preciso também compreender que não é tão grande como se pensou a distância entre o processo e o direito e que o primeiro, tocado pelos ventos da instrumentalidade bem compreendida, acaba por afeiçoar-se às exigências deste; além disso, a participação do processo na vida dos direitos, às vezes muito intensa ou até mesmo indispensável (v.g., o direito à anulação de casamento

neutralidade do processo, tratando-o como verdadeiro instrumento para a efetivação de direitos, conforme bem aponta Antônio do Passo Cabral¹⁷.

Esse movimento teórico foi acompanhado pela positivação de normas correspondentes, tal como a Constituição Federal de 1988, que *constitucionalizou*¹⁸ normas de direito processual, bem como as reformas do Código de Processo Civil de 1973, notadamente a reforma de 1994, que inseriu o art. 273, admitindo a possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional.

Em 2001 e 2002, vieram aperfeiçoamentos tanto para tutela antecipada, como para tutelas específicas nas obrigações de fazer e não fazer, bem como para entrega de coisa. Sempre marcadas por tutelas provisórias, inclusive no âmbito recursal e na simbiose de técnicas cognitivas, executivas e provisórias, não importando a fase (se de conhecimento, de execução ou cautelar).

ou o *jus punitonis* do Estado), mostra que do reconhecimento da autonomia do direito processual não deve extrair pressurosamente a falsa ideia do seu isolamento. O processo e o direito completam-se e a boa compreensão de um exige o suficiente conhecimento do outro. É inerente à proposta de mudança de mentalidade essa visão acentuadamente instrumentalista, com superação das atitudes muito próprias à fase 'autonomista' do direito processual, ora em vias de extinção. É indispensável, agora, relativizar o binômio direito-processo, para a libertação de velhos preconceitos formalistas e para que do processo se possam extrair melhores proveitos" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 271-272).

¹⁷ "Então, para equiparar o direito processual ao mesmo patamar de importância, libertando-o da alcunha de 'adjetivo', havia necessidade de identificar-lhe finalidades diversas (ainda que coordenadas). Necessário enxergar escopos do processo que fossem inexistentes no direito material ou prescindissem dele. Neste ponto, a tese de Cândido Dinamarco cumpriu papel decisivo. Ao identificar finalidades como a pedagogia aos infratores da lei (educação da sociedade), pacificação social e participação política nos canais judiciários – funções concebidas como sendo 'neutras' em relação aos direitos – ultrapassava-se a última trincheira que prendia o direito processual ao direito material. Era a derradeira etapa de libertação: o processo teria finalidades que não se esgotariam no direito material, e por isso não poderia ser um 'simples meio de exercício dos direitos'" (CABRAL, Antônio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, n. 2, maio-ago. 2021. p. 80).

¹⁸ Bedaque escreveu sobre o tema ao tratar da reaproximação do direito processual e material, sempre sob a batuta da Constituição Federal: "O legislador constituinte percebeu essa circunstância fundamental e, em boa hora, estabeleceu considerável corpo de normas, que integram o direito processual constitucional, pois elevam garantias processuais ao nível máximo da hierarquia das leis, além de consagrar meios específicos para a proteção de determinados direitos, com substancial ampliação da legitimidade para agir. Aliás, já notou a doutrina que as grandes matrizes do direito processual cada vez mais encontram-se disciplinadas em texto constitucional" (BEDAQUE, José dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 20).

No ano de 2005, generalizou-se a adoção do processo sincrético ao romper-se com a proposta original de Liebman de divisões estanques do processo, na medida em que a execução passou a ser processada como uma continuação natural da fase de conhecimento, sem a necessidade de citação da parte sucumbente para cumprir o título executivo judicial, bastando apenas a intimação de seus patronos para fazê-lo.

Mais recentemente, houve um desdobramento do *instrumentalismo* para uma fase contemporânea do processo, que Cassio Scarpinella Bueno denominou como *neoconcretismo*.

O *neoconcretismo* parte da concepção *concretista* defendida originalmente por Giuseppe Chiovenda sobre o conceito de ação. Referindo-se ao pensamento de Chiovenda, Cassio Scarpinella Bueno afirma que: “não havia sentido falar de ação como mera possibilidade de agir, independentemente do resultado (o que caracteriza, dentre os autonomistas, os abstracionistas), mas, sim, e apenas, quando o pedido do autor fosse acolhido”¹⁹.

Assim, muito embora tenha sido um expoente da fase autonomista do direito processual, Chiovenda não cortou laços com o direito material ao doutrinar sobre processo, sobretudo porque considerava que o direito de ação seria verdadeiramente exercido apenas quando declarado o direito material em discussão no processo.

De toda sorte, a corrente neoconcretista não se preocupa em analisar a correção daquela concepção de ação de Chiovenda em comparação aos conceitos contemporâneos do instituto (até porque a fase autonomista do direito processual já foi superada), mas, sim, em transportá-la aos dias atuais sob a perspectiva da *tutela jurisdicional*.

¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. (Livro eletrônico)

Em outras palavras, assim como Giuseppe Chiovenda entendia, em uma perspectiva *concretista* do processo, que o direito de ação seria exercido apenas se acolhido o pedido do autor, o que se contrapunha a uma concepção abstracionista, Cassio Scarpinella Bueno entende, em uma perspectiva *neoconcretista* do direito processual, que a *tutela jurisdicional* (e não a *ação*) deve ser efetivamente entregue ao autor ou ao réu quando reconhecido o direito pleiteado por meio do *processo*, o que não se contrapõe propriamente à fase instrumentalista do processo, tratando-se, em verdade, de um melhoramento teórico de tal pensamento.

Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno: “só tem ‘tutela jurisdicional’ quem tem direito seu reconhecido mediante a atividade do Estado-juiz, isto é, no processo. A diferença é enorme. Por isso, cabe insistir, neoconcretismo”²⁰.

Sob esse entendimento, portanto, o direito processual civil volta-se precipuamente para a tutela jurisdicional e sua concretização, o que demanda, necessariamente, uma revisitação²¹ de seus institutos fundamentais.

Dessa forma, o *processo* passa a ser o método de exercício da função jurisdicional para o atingimento da concretização da *tutela jurisdicional*; e a *ação* passa a ser o direito que rompe com a inércia da jurisdição (sendo exercido não somente no momento do rompimento, mas durante todo o processo) com o objetivo de prestar a *tutela jurisdicional* (seja para o autor ou para o réu).

²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. (Livro eletrônico)

²¹ A revisitação dos institutos fundamentais passa a ser uma necessidade em razão dessa transição de fase do direito processual civil, conforme bem aponta Bedaque: “A partir do momento em que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais, a fim de adequá-los a essa nova visão. Isso porque toda a construção científica desse ramo do direito deu-se na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, valorizou-se demasiadamente a técnica. Passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com os seus objetivos, cuja identificação é feita à luz de elementos externos ao processo. Seu escopo é a eliminação da crise de direito material, formulando e atuando a regra jurídica ao caso concreto. A técnica adotada pelo legislador, visando ao adequado desenvolvimento do método por ele criado para solução dos litígios (processo equo e justo), é simples meio. Em nenhum instante pode o processualista esquecer-se de que as questões internas do processo devem ser solucionadas de modo a favorecer os resultados pretendidos, que são exteriores a ele” (BEDAQUE, José dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 18).

Na esteira do pensamento iniciado na fase instrumentalista, na fase neoconcretista torna-se ainda mais próxima a relação²² entre direito material e processo, porém, desta vez, não é suficiente apenas criar instrumentos para a concretização do direito, é preciso concretizá-lo de fato.

No mesmo sentido já se posicionaram outros autores, tais como Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero²³, e Kazuo Watanabe²⁴.

Vale também mencionar a importância do procedimento para a concretização da tutela jurisdicional, afinal, é por meio do procedimento que o processo se manifesta. Em seu ensaio sobre a processualidade, Ada Pellegrini Grinover²⁵ situa processo e procedimento no mesmo patamar hierárquico, sendo o segundo um instrumento do primeiro. De fato, de nada adianta a existência de normas

²² “O neoconcretismo entende e defende que não tem sentido estudar o direito processual civil exceto na perspectiva de viabilizar a concreta prestação da tutela jurisdicional a quem faz jus a ela na perspectiva do plano material. Já não se trata, assim, de confundir ou, quando menos, sobrepor os planos material e processual, vinculando a compreensão de institutos do direito processual civil, inclusive os fundamentais, a um direito cuja existência ou inexistência não infirma o plano do processo. Bem diferentemente, trata-se de aceitar, conscientemente, que o processo não cria o direito material; que ele permite que o direito material seja concretizado na medida em que seja reconhecido pelo magistrado” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. [Livro eletrônico]).

²³ “O fim do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso, e a pacificação social. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1, p. 16).

²⁴ “(...) partem hoje os processualistas para a busca de um instrumento mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sociojurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo novos – sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização de direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal” (WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 20).

²⁵ Em sua última obra, a saudosa Professora Ada lança as bases para uma nova teoria geral do processo, como se vê: “O processo é voltado à atuação do direito material, e contém a relação jurídica processual; o procedimento destina-se à obtenção da tutela processual adequada. E se a finalidade última da jurisdição é pacificar com justiça, processo e procedimento situam-se no mesmo plano, sendo que no máximo se pode dizer que o segundo é instrumento do primeiro” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p. 18).

processuais que visem a concretização do direito material que não estejam acompanhadas das respectivas normas procedimentais.

Nessa renovada perspectiva, por meio de um novo olhar sobre os institutos fundamentais do direito processual civil, impõe-se a efetividade plena da tutela jurisdicional, mediante a máxima eficiência do processo, que pode ser alcançada com a flexibilização do procedimento²⁶, abandonando-se o formalismo exacerbado e entregando-se maior poder às partes e ao juiz para que, cooperativamente, possam alcançar a solução mais justa e efetiva, sempre sob a batuta da Constituição Federal.

Rompendo definitivamente com qualquer traço que ainda pudesse ter restado do juiz *boca da lei* do período pós-Revolução Francesa tratado por Montesquieu em suas obras, o Código de Processo Civil de 2015 positivou uma série de princípios, conceitos vagos e cláusulas gerais amplas, que transferiram ao juiz e às partes²⁷ o

²⁶ O CPC/2015 rompeu definitivamente com a ideia de procedimento rígido vigente no CPC/1973, conforme leciona Luiz Rodrigues Wambier: “De fato, a possibilidade de flexibilização procedimental decorre da interpretação do conceito amplo da garantia do acesso à justiça, que adiante será exposto. Porém, é certo que isso somente ficou claro com o Código de Processo Civil de 2015, que trouxe interessantíssimas e inovadoras disposições nesse sentido. O novo Código não apenas explicitou uma possibilidade que já decorria do texto constitucional, como também a aprofundou e a intensificou, o que certamente traz, como proposto na exposição de motivos do Projeto preparado pela Comissão de Juristas disso encarregada pelo Senado Federal, imensa simplificação do sistema, com resultados positivos que contribuirão para a almejada efetividade do processo. Na verdade, o procedimento padrão, estabelecido em lei, nem sempre se apresenta como o mais apropriado ao caso concreto. Afinal, não se pode exigir que o legislador consiga estabelecer regras únicas perfeitamente satisfatórias a todas as espécies de conflitos de interesses levados a julgamento pelo Poder Judiciário, e que ao mesmo tempo atende às peculiaridades de cada situação de direito material. Há situações em que o procedimento deve ser adaptado às singularidades do caso, visando a que a tutela jurisdicional seja prestada com maior qualidade e eficiência” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **REDP**, ano 11, v. 18, n. 3, set.-dez. 2017).

²⁷ Antônio do Passo Cabral entende que a reaproximação entre direito e processo no momento processual contemporâneo gera sobretudo um protagonismo das partes em detrimento da jurisdição estatal, como se vê: “A reflexão precedente parece afastar o direito processual contemporâneo de algumas das características do instrumentalismo de Dinamarco. O processo brasileiro do séc. XXI surge mais flexível, com maior protagonismo das partes e redução dos poderes do juiz, cenário em que temas como os negócios jurídicos processuais e a autotutela puderam florescer e se revigorar. Ao invés de acreditar na solução jurisdicional dos conflitos, relacionando o processo ao Estado, o sistema jurídico empresta ênfase a processos privados de resolução de disputas (autocompositivos ou heterocompositivos). Por isso, as relações entre processo e direito material mudaram drasticamente. Não vejo mais como possível associar processo e jurisdição, tampouco elencar-lhes escopos que sejam totalmente independentes dos direitos materiais. E os paradigmas alternativos que a doutrina apresentou ao criticar o instrumentalismo tampouco atentaram para essa tendência” (CABRAL, Antônio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações

poder de criar e interpretar o direito dentro dos limites impostos pela própria lei, mas acima de tudo pela Constituição Federal²⁸.

Trata-se, inegavelmente, de um grande avanço do Estado Democrático de Direito, pois indica que há maturidade institucional suficiente e confiança da sociedade no Poder Judiciário para transferir-lhe mais poder na condução do processo.

O processo ganha em dinamismo, cooperativismo e efetividade, na medida em que o juiz, afastando-se da letra fria da lei, pode se valer de instrumentos mais amplos e customizados para, de forma criativa, concretizar o direito material. Afinal, uma vez reconhecido o direito, a falta de expedientes necessários para concretizá-lo mostra-se incompatível com o modelo constitucional do direito processual civil e gera prejuízo à paz social.

Nesse contexto, a tutela provisória ganha ainda mais protagonismo, sobretudo a tutela da evidência, que, se bem aplicada, mostra-se um importante instrumento para a concretização do direito material de forma eficiente, o que se coaduna plenamente com o modelo constitucional do direito processual civil, que nada mais é do que extrair do texto constitucional o *dever ser* do direito processual civil, isto é, aplicar a lei processual de acordo com o espírito da Constituição Federal.

Para o tema da tutela provisória, é preciso encontrar no modelo constitucional do processo o equilíbrio na aplicação dos princípios da efetividade e da razoável

contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, n. 2, maio-ago. 2021. p. 95).

²⁸ Essa foi uma forma de expandir os horizontes do direito processual, conforme aponta Cassio Scarpinella Bueno: "Longe, bem longe, das grandes codificações do final do século XIX e do início do século XX e da própria concepção ideológica que, de alguma forma, prevaleceu sobre o CPC de 1973 nos seus primeiros quinze ou vinte anos de vigência a respeito da viabilidade de um código compreender 'todo o' direito legislado, o CPC de 2015 é um código do século XXI, repleto de 'princípios', de 'cláusulas gerais', de 'conceitos vagos' a serem considerados pelo magistrado (e, antes da sua decisão, também pelos demais sujeitos do processo que cooperam igualmente para aquele fim, como quer seu art. 6º) para decidir. É impossível querer constranger o direito processual civil aos seus artigos" (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. [Livro eletrônico]).

duração do processo em contraposição aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A esse respeito, ainda que não estivesse se referindo à tutela da evidência propriamente dita, mas, sim, à antecipação de tutela ainda sob a vigência do CPC/1973, destacamos trecho da doutrina de Cassio Scarpinella Bueno²⁹ que segue:

Não me parece errada a afirmação, posto ser genérica, de que o instituto da tutela antecipada ou da antecipação de tutela tende muito mais à realização concreta do princípio da efetividade da jurisdição e da razoável duração do processo do que ao princípio do contraditório ou do devido processo legal, quando analisados, parcialmente, como garantia para o réu, única e exclusivamente. Dito de forma bem simples: a tutela antecipada é instituto que, por definição, prestigia muito mais o autor do que é o réu; é instituto que, depois de séculos de tradição de um processo que, em nome do contraditório e da segurança jurídica que ele representa, prestigiou muito mais a posição ocupada pelo réu, prestigia o autor.

Concordamos com o trecho supracitado, pois, de fato, parece-nos que alçar o princípio da efetividade do processo *momentaneamente*³⁰ em um degrau acima do princípio do contraditório é plenamente justificável para as hipóteses de tutela de urgência, muito embora tenhamos as nossas reservas na utilização do mesmo raciocínio aplicado à tutela da evidência, o que será mais bem abordado no item 4.5 deste estudo.

De toda forma, a ideia que se deseja transmitir neste momento é a de que o direito processual civil, sobretudo na atualidade, clama por uma aplicação consentânea com os princípios constitucionais da efetividade e da razoável duração do processo, ainda que isso possa colidir circunstancialmente com o princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como com a ideia, em nossa visão ultrapassada, de que a cognição exauriente signifique segurança jurídica, o que entendemos que deverá ser superado, conforme se demonstrará no próximo item.

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

³⁰ Utilizou-se a expressão *momentaneamente*, pois o contraditório poderá ser diferido, mas jamais suprimido.

2.3. A imperiosa superação da *ordinarização* do processo

O problema da morosidade da tramitação processual e da necessidade de sumarização do procedimento não é propriamente uma novidade. João Batista Lopes³¹ aponta que a questão é motivo de preocupação há pelo menos duzentos anos, ao mencionar os escritos de Lobão³².

Deveras, pois o procedimento comum (antes ordinário) não é sinônimo de segurança jurídica e prestação jurisdicional bem feita. Conforme exposto anteriormente, o processo deve servir ao direito material, e não o contrário. Daí a importância dos procedimentos especiais, da tutela diferenciada e da tutela provisória.

A excessiva *ordinarização* do processo tem sido alvo de críticas há tempos. Ovídio A. Baptista da Silva³³ já se manifestava contra isso no início dos anos 1990,

³¹ “É que a tutela antecipada emergiu da necessidade de garantir-se a efetividade da jurisdição, princípio processual elevado a *status* constitucional a partir de 1988. Há que considerar, também, que o instituto ganhou especial importância ante o quadro de morosidade da Justiça brasileira. Em verdade, a promessa constitucional da razoável duração do processo não foi até agora cumprida. Ocioso seria, porém, indicar nesta oportunidade, as causas desse quadro de lentidão porque sobejamente conhecidas pela comunidade jurídica. O que importa, agora, é pôr em relevo que a tutela antecipada foi introduzida em nosso sistema como reflexo da tendência doutrinária de sumarização do processo. A existência de processos sumários é, porém, uma ‘antiga novidade’, para usarmos expressão do saudoso professor ATHOS GUSMÃO CARNEIRO. Já no Direito Romano se aludia à *summária cognitio* para assegurar a inquirição de testemunhas que poderiam faltar no futuro ou para suspender a execução para decidir sobre eventual direito de propriedade de terceiro. Entre nós, LOBÃO já denunciava as delongas a que o processo era submetido e propugnava ações sumárias” (LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: de acordo com o novo CPC. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Castro Lopes, 2016. p. 18-19).

³² “Muito se tem escrito pelos sábios, que refere o Ill. Mell, L.4.T.T, na nota: sobre os inconvenientes públicos e do Estado, que resultam dos processos ordinários e suas delongas (...). Os Senhores Reis deste reino têm conhecido a mesma necessidade da causa pública, e por muitos decretos têm mandado consultar o desembargo do paço sobre as providências mais oportunas, a fim de se abreviarem as demandas sem prejuízo da administração da justiça, e se principiou a trabalhar neste importante negócio” (LOBÃO, Manuel de Almeida e Souza de. **Tratado prático compendiário de todas as ações sumárias**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1859).

³³ “Há uma curiosa e mal encoberta ideologia neste enaltecimento das virtudes do procedimento ordinário, que faz com que o poder formal e informal que o canta em prosa e verso, dele não se valha. O procedimento ordinário é bom para a plebe, porque o Estado quando necessita valer-se da tutela jurisdicional, cria para si próprio instrumentos especiais, em geral drástica e severamente sumários. As esferas de poder que gravitam em torno do poder formal, igualmente não se utilizam do procedimento ordinário, a começar pelo comércio e indústria que têm seus títulos de crédito, que têm suas duplicatas, e essa infinidade de títulos especiais de crédito que fazem com que seus titulares transponham o procedimento ordinário, indo diretamente ao processo de execução. O Estado, quando quer desapropriar, cria uma lei absurdamente sumária, onde a defesa é praticamente impossível. O BNH tem (ou tinha) igualmente uma lei, provavelmente inconstitucional, tal a

ao desmistificar o procedimento ordinário (hoje procedimento comum) como sinônimo de busca da *verdade* (segundo Ovídio³⁴, “a busca de verdade é um ideal inatingível mesmo nas denominadas ciências exatas”), bem como que o cumprimento abnegado desse procedimento garantiria a prestação da tutela jurisdicional com mais qualidade e certeza.

A maior prova disso, aliás, é a de que sentenças proferidas em sede de cognição exauriente podem ser reformadas pelos Tribunais em grau superior, assim como os acórdãos dos Tribunais de 2º grau de jurisdição também podem ser reformados pelos Tribunais superiores³⁵. Isso sem considerar as ações rescisórias, que, não raras vezes, também são acolhidas nos Tribunais Brasil afora.

Quando isso acontece, em última análise, reconhece-se a incorreção da decisão do juízo *a quo* pelo juízo *ad quem*, ainda que estejamos diante de decisões prolatadas com cognição exauriente.

Enquanto isso ocorre, todavia, mesmo que se saiba que a cognição exauriente não importa necessariamente em segurança jurídica, na maioria das vezes, a tutela jurisdicional não será entregue ao jurisdicionado até a certificação do trânsito em julgado da decisão final de mérito do processo, seja em razão do efeito suspensivo dos recursos (*ope judice* e *ope legis*) ou mesmo da inércia da parte em iniciar o cumprimento provisório da decisão.

Talvez por influência desse legado de *ordinarização* do processo e da impressão de que cognição exauriente seja sinônimo de segurança jurídica, muitas

severidade da limitação da defesa. Os Bancos e as instituições financeiras também têm suas leis. E todo mundo continua dizendo que a grande descoberta do século é o procedimento ordinário” (SILVA, Ovídio Baptista da. Teoria da ação cautelar. **Revista de Processo**, v. 59, p. 187-200, jul.-set. 1990).

³⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. Teoria da ação cautelar. **Revista de Processo**, v. 59, p. 187-200, jul.-set. 1990.

³⁵ “É como se ele, para bem cumprir o modelo constitucional do processo civil, dissesse: em algumas situações é preferível que o juiz decida rápido, quiçá de forma errada, mas que decida. Às vezes, dirá o legislador, é melhor que a justiça seja feita de forma rápida, para que ela não falte àquele que parece ter mais razão que o outro. Até porque, sou eu que assumo o discurso agora, o sistema recursal brasileiro está aí para demonstrar que, toda vez em que é dado provimento a uma apelação ou a um recurso extraordinário ou especial, é porque o Tribunal *ad quem*, em última análise, reconheceu que o juízo *a quo* *errou*, mesmo quando exerceu a cognição *exauriente*” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20).

vezes o jurisdicionado se abstém de promover a execução provisória em momentos em que já estaria autorizado a fazê-lo.

Alguém poderia dizer que essa postura deriva do receio de sua responsabilização objetiva pelos danos que poderá causar à parte contrária na hipótese de ocorrer a reforma posterior da decisão, porém, muito embora esse risco também esteja presente na execução de decisões proferidas em sede de tutela provisória, não se observa essa mesma cautela dos jurisdicionados ao pleitearem/executarem a tutela provisória, concedida, muitas vezes, *inaudita altera parte*.

Há que se entender, portanto, que a execução provisória de um título executivo judicial não difere, essencialmente, da execução de uma decisão proferida em sede de tutela provisória, tal como bem pontuou Araken de Assis³⁶ ao comentar a doutrina de Lucon:

Feriu o ponto, com invulgar propriedade, Paulo Henrique dos Santos Lucon acentuando: A execução da tutela antecipada em nada difere da execução da sentença apelada: ambas são fundadas em título provisório. Por isso não há como negar que a execução provisória é um fenômeno essencialmente único embora tendo nos dois casos fundamentos jurídicos diversos, já que diferente o objeto sobre o qual se apoia. De fato, no plano prático há rigorosa simetria de situações.

Corroborando esse entendimento sob perspectiva procedimental, na falta de um regramento específico para a execução/concretização da tutela provisória, Cassio Scarpinella Bueno³⁷ ensina que o procedimento a ser adotado nessas hipóteses é o do cumprimento de sentença.

³⁶ ASSIS, Araken de. Execução da tutela antecipada. **ABDPC**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo5.htm>. Acesso em: 17 abr. 2021.

³⁷ “Nesse sentido, o art. 519, a par de generalizar o que já consta do parágrafo único do art. 297, apenas enaltece essa realidade normativa. Atos concessivos de tutela provisória, independentemente de seu fundamento, urgência ou evidência, deverão ser concretizados como quaisquer outros atos judiciais. O referencial para tanto é – e só pode ser – o do cumprimento da sentença, sempre entendida esta expressão da forma ampla como propõe este Curso” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 3, p. 277. [Livro eletrônico]).

Pois bem. Ovídio Baptista³⁸ dizia sabiamente que, “quando se diz que o direito está em crise, na verdade o que se quer dizer é que o processo está em crise” e que “não há mais quem possa esperar 10 anos pela solução de um conflito judiciário”. No mesmo sentido, cita-se a célebre frase de Couture³⁹: “no processo o tempo é algo mais do que ouro: é justiça”.

Ovídio Baptista aponta ainda, de forma perspicaz, que os agentes de maior poder na sociedade, quando lhes interessa, influenciam a legislação processual para excepcionar do procedimento ordinário (hoje procedimento comum) determinadas situações de direito material, como o Estado que desapropria o cidadão imediatamente e, posteriormente, discute o valor de indenização que lhe deve pagar.

Por outro lado, quando não lhe convém, o Estado usa e abusa do procedimento comum ao interpor recursos completamente infundados, mesmo quando já há jurisprudência firmada no sistema de precedentes, com o escopo de postergar o momento da satisfação do direito, pois é mais vantajoso permanecer com o bem da vida durante o trâmite processual do que entregá-lo, conforme aponta Rodrigo Ramos⁴⁰ em sua dissertação de mestrado. No mesmo sentido, pondera Nelson Nery Junior⁴¹ que a morosidade da prestação de serviços judiciários

³⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. Teoria da ação cautelar. **Revista de Processo**, v. 59, p. 187-200, jul.-set. 1990.

³⁹ COUTURE, Eduardo J. **Proyecto de código de procedimiento civil (con exposición de motivos)**. Montevideo: Impressora Uruguaya, 1945. p. 37.

⁴⁰ “(...) é comum que grandes litigantes, entre eles o Estado, resistam a cumprir os deveres reconhecidos de forma definitiva em sede de precedentes jurisprudenciais, já que se revela financeiramente vantajoso permanecer com o bem da vida (em regra, dinheiro) durante o processo, gozando de sua posse e extraindo dele os frutos, enquanto esperam serem compelidos a efetuar a sua entrega. Com isso, multiplicam-se os processos individuais voltados a reconhecer, caso a caso, o direito de cada um dos titulares desses direitos, trazendo sobrecarga, prejuízo e descrédito ao sistema de justiça civil como um todo” (RAMOS, Rodrigo. **A tutela provisória de evidência no novo Código de Processo Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 113).

⁴¹ “(...) ao mesmo tempo que o móvel político da reforma constitucional que culminou com a promulgação da EC 45/04, conhecida popularmente como Reforma do Judiciário, foi a lentidão e ineficiência do Poder Judiciário pela demora excessiva da prestação jurisdicional, do outro lado vê-se o poder público postergando a solução dos processos judiciais em razão dessa mesma demora. Tem interessado, portanto, ao poder público valer-se da morosidade do Poder Judiciário para adiar o cumprimento de seus deveres constitucionais perante os administrados e cidadãos. (...) Melhorar a prestação do serviço público para melhor servir a população no que tange aos processos judiciais e administrativos tem custo econômico e político e deveria estar nas prioridades dos governantes, que, de outra parte, têm interesse em manter o *status quo* da demora do processo, pelas razões aqui apontadas” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 366).

beneficia o Estado, pois é ele o maior litigante do país nos Tribunais, razão pela qual não lhe interessa melhorar a prestação desse serviço. Aliás, a própria legislação processual incentiva essa postura ao ainda manter em vigor o anacrônico sistema de reexame necessário previsto no art. 496 do CPC.

Ressalte-se, por fim, ainda em relação ao Estado, que, quando finalmente se forma o título executivo, na maioria das vezes o credor é submetido ao nefasto sistema de pagamentos de precatórios para, quiçá, em um futuro distante, vir a receber o que lhe é de direito.

Fazendo coro a Ovídio, Ada Pellegrini Grinover⁴² também se manifestou sobre a matéria no sentido de reforçar a importância dos procedimentos especiais e das tutelas diferenciadas na substituição do procedimento comum para empregar maior eficiência à concretização do direito material.

Vale citar também o doutrinador italiano Remo Caponi⁴³ apontando que não há consenso sobre a melhor qualidade da cognição em procedimentos ordinários em relação aos procedimentos sumários:

Do ponto de vista semântico, a contraposição entre cognição plena e cognição sumária parece expressar a ideia de que a primeira deve resultar em um enunciado final verdadeiro, ou seja, correspondente ao direito material, mais do que pode ser o provimento conclusivo de um procedimento sumário. Na realidade não se formou um consenso sobre a identificação destes elementos que logicamente fariam melhor a cognição plena em relação à sumária. Não há nem mesmo acordo se a cognição plena significa conhecimento logicamente melhor do que a sumária. Finalmente se debate se a cognição difere qualitativamente entre os vários procedimentos sumários, se todos os procedimentos sumários carregam em si um momento de cognição e instrução probatória ou melhor, se em algumas delas, a atividade processual não esteja relacionada a outra coisa que não a preparação do título executivo.

⁴² “Mais recentemente, todavia, observou-se que o modelo tradicional de procedimento ordinário é inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva a todas as situações de vantagem. O procedimento ordinário de cognição não pode mais ser considerado técnica universal de solução de controvérsia, sendo necessário substituí-lo, na medida do possível e observados determinados pressupostos, por outras estruturas procedimentais, mais adequadas à espécie de direito material a ser tutelado e capazes de fazer face a situações de urgência” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, v. 121, p. 11-37, mar. 2005).

⁴³ CAPONI, Remo. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição. **REDP**, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul.-dez. 2016.

O que talvez explique esse apego ao procedimento comum seja a compreensão do devido processo legal (ou constitucional) ainda sob forte influência da presunção da inocência existente no direito processual penal, o que não mais deveria ocorrer, por força do princípio da paridade previsto no art. 7º do CPC, assim como por força do princípio constitucional da isonomia presente na Constituição Federal, conforme vem sendo apontado por William Santos Ferreira⁴⁴ antes mesmo da edição do CPC/2015, como também mais recentemente em conjunto com Verônica Holzmeister⁴⁵.

Afinal, “não é admissível que se entenda atualmente que devido processo legal é a manutenção da situação pré-jurisdicional até o final do processo, porque neste caso, o réu estaria tutelado até o último momento do processo e o autor não”⁴⁶.

De todo modo, cada vez mais, diante da flexibilização procedimental autorizada no CPC/2015, dos negócios jurídicos processuais, dos procedimentos especiais, tudo isso permeado pelo modelo constitucional do direito processual civil

⁴⁴ “No processo, especialmente penal, o Estado tinha (e ainda tem) um severo freio em suas iniciativas, daí e porque, ninguém perderia seus bens ou a sua liberdade sem o devido processo legal era compreendido como a orientação de um processo assecuratório do contraditório e da ampla defesa, ninguém poderia ser considerado culpado, salvo decisão condenatória transitada em julgado. Esta concepção alastrou-se para a relação entre as pessoas e a forma pela qual desempenhada a função jurisdicional no processo civil, o que levou a uma hipertrofia desta, por uma concepção reativa negativa ao que inova em relação ao *status quo*” (FERREIRA, William Santos. O equivocado tratamento discriminatório da antecipação da tutela recursal em relação ao efeito suspensivo – perspectiva dinâmica do devido processo legal e a razoável duração do processo. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coords.). **Recursos e a razoável duração do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013).

⁴⁵ “A noção de devido processo legal no processo civil foi, e ainda é (!) equivocadamente aplicada em identidade com a noção no processo penal, contudo, neste há a ‘presunção de inocência’, o que não se dá no processo civil. Neste ambas as partes têm no plano probatório e, consequentemente na questão de direito, em regra, as mesmas chances, a mesma probabilidade antes da análise judicial” (FERREIRA, William Santos; HOLZMEISTER, Verônica Estrella. Tempo, ideologia e graus de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade. **Revista de Processo**, v. 296, p. 151-180, out. 2019).

⁴⁶ A ideia de que a improcedência da ação é também uma forma de entregar a tutela jurisdicional em favor do réu é defendida pelo doutrinador desde 2013 (FERREIRA, William Santos. O equivocado tratamento discriminatório da antecipação da tutela recursal em relação ao efeito suspensivo – perspectiva dinâmica do devido processo legal e a razoável duração do processo. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coords.). **Recursos e a razoável duração do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, p. 541, 2013).

e pela fase neoconcretista da contemporaneidade, a *ordinarização* do processo tende a perder força.

A tutela da evidência também será um importante marco nesse caminho. Conforme se abordará mais adiante, se interpretada de forma lata, como verdadeiro poder geral de antecipação dos direitos evidentes, utilizada inclusive pelo procedimento da tutela antecipada em caráter antecedente e com possibilidade de estabilização, a tutela da evidência poderá cumprir um relevante papel na sumarização dos procedimentos, na redistribuição do ônus do tempo do processo e, o mais importante, na concretização da tutela jurisdicional de forma mais eficiente, o que, infelizmente, ainda é uma perspectiva distante na atualidade, em função da pouquíssima utilização do instituto na prática, algo que devemos combater.

2.4. A (re)distribuição do ônus do tempo do processo

Ao perseguir a tutela jurisdicional em busca da declaração de seu direito, o autor deverá aguardar o rito procedimental e o tempo adequado para que o processo se desenvolva. Enquanto o direito não for reconhecido, todavia, o jurisdicionado permanecerá sofrendo com o ônus do tempo do processo.

A respeito do tema, conforme mencionado anteriormente, William Santos Ferreira e Verônica Holzmeister⁴⁷ observam que “o réu está sendo tutelado até o último momento do processo, por meio da manutenção (indevida ou devida) de fruição de uma titulação jurídica”. Em seguida, os autores prosseguem com o seguinte questionamento: “ao não tutelar imediatamente o autor, não se está a tutelar imediatamente o réu?”.

Parece-nos que a resposta a esse questionamento é positiva.

⁴⁷ FERREIRA, William Santos; HOLZMEISTER, Verônica Estrella. Tempo, ideologia e graus de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade. **Revista de Processo**, vol. 296, p. 151-180, out. 2019).

Na hipótese de a pretensão do autor não ser acolhida, o binômio declaração-execução terá sido bem aplicado, pois o rito procedimental e o tempo de tramitação do processo servirão para demonstrar que ele realmente não possuía o direito postulado, entretanto, se os pedidos forem julgados procedentes, o autor terá sofrido com o ônus do tempo até que isso finalmente ocorra.

Dessa forma, enquanto não for declarado o direito, a regra é a manutenção do *status quo* anterior ao rompimento da jurisdição, o que, por vezes, é aproveitado pelo réu como método de diferimento da efetividade da tutela jurisdicional em prejuízo do autor.

Tal circunstância não se adequa ao modelo constitucional do direito processual civil, pois, pelo princípio da paridade de tratamento previsto no art. 7º⁴⁸ do CPC e também pelo da isonomia previsto na Constituição Federal, não é adequado atribuir apenas ao autor o ônus do tempo do processo, permitindo ao réu que se apoie nos princípios do contraditório e da ampla defesa sem base concreta, visando apenas se desincumbir do seu ônus no tempo de tramitação do processo⁴⁹.

Novamente ressalte-se que não se pode transportar os postulados do direito penal de presunção da inocência para o processo civil. No processo civil, diferentemente do processo penal, há paridade, razão pela qual não há como atribuir apenas a uma das partes o ônus do tempo do processo.

Ao longo da evolução do direito processual civil, pela necessidade de concretização de determinados direitos materiais, a legislação processual foi se

⁴⁸ “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

⁴⁹ Daniel Mitidiero chama a atenção para a injustiça de impor a apenas uma das partes o ônus do tempo do processo, mesmo quando ela demonstrar possuir um direito mais evidente do que o seu adversário: “E isso porque, a uma, é profundamente injusto fazer com que a parte aguarde para fruição de um direito evidente à luz do direito fundamental à tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, CF), e, a duas, quem deve pagar pelo tempo da instrução do processo não é a parte que muito provavelmente tem razão na sua postulação, mas a parte que dela precisa para mostrar que tem razão nas suas alegações, sob pena de invariavelmente o tempo do processo ser jogado nas costas do autor, independentemente de quão provável seja sua posição processual, com evidente afronta à igualdade no processo (arts. 5º, I, CF, e 125, I, CPC)” (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. [Livro eletrônico]).

aperfeiçoando para mitigar esse problema, por meio dos cortes cognitivos e procedimentos especiais⁵⁰. É o caso da concessão de liminar em ação de despejo em denúncia vazia, de liminar em desapropriação, de liminar em ação possessória etc.

Em outros casos, como nas dívidas de condomínio, houve alteração legislativa no CPC/2015 para considerar esse tipo de débito como título executivo de modo a encurtar o reconhecimento de um direito evidente. Antes dessa alteração do rol dos títulos executivos, o condomínio era obrigado a percorrer todo o caminho do procedimento ordinário de cognição ampla até conseguir obter a declaração de seu direito, que se mostrava evidente desde o início da demanda. Isso era um verdadeiro incentivo ao não pagamento das contribuições condominiais, o que prejudicava todos os condôminos de sobremaneira.

Aliada a essas hipóteses, a tutela da evidência poderá ser um importante instrumento para permitir a redistribuição do ônus do tempo do processo em benefício da parte que demonstrar possuir o direito mais evidente, somada à falta de seriedade da defesa do réu⁵¹.

⁵⁰ Os procedimentos especiais podem ser bons aliados da redistribuição do tempo do processo entre as partes, conforme aponta Marinoni: “É possível distribuir o tempo do processo através dos procedimentos especiais, elaborados a partir das técnicas da cognição. Os procedimentos que impedem a discussão de determinadas questões (cognição parcial), que restringem o uso das provas (por exemplo, mandado de segurança; cognição exauriente *secundum eventum probationis*) ou mesmo que são de cognição plena e exauriente mas, dotados de tutela antecipatória, permitem uma melhor distribuição do tempo da justiça” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: soluções processuais diante do tempo da Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [Livro eletrônico]).

⁵¹ No mesmo sentido da crítica de Mitidiero, também Marinoni aponta a necessidade de redistribuição do ônus do tempo do processo por meio da tutela da evidência: “Afigura-se completamente irracional obrigar o autor a sofrer com a demora quando, por exemplo, os fatos constitutivos são provados por meio de documento e o réu apresenta defesa de mérito indireta infundada que exige instrução dilatória. Para que impere a igualdade no processo é preciso que o tempo seja isonomicamente distribuído entre os litigantes. O tempo deve ser repartido no procedimento de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado. Esta probabilidade está associada à evidência do direito do autor e à fragilidade da defesa do réu. Quando o direito do autor é evidente e a defesa do réu carece de seriedade, surge a tutela da evidência como técnica de distribuição do ônus do tempo do processo, pois de outra forma uma defesa abusiva estará protelando a tutela jurisdicional do direito” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: soluções processuais diante do tempo da Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [Livro eletrônico]).

No direito processual civil contemporâneo, aquele que demonstrar ser o titular do direito mais provável, independentemente de urgência, deverá ter a prerrogativa de receber a tutela jurisdicional antes de cumpridos todos os passos procedimentais, tornando-se, porém, objetivamente responsável pela tutela que usufruir em caso de posterior reversão do entendimento em sede de decisão final de mérito com cognição exauriente. Essa é uma forma de atribuir maior protagonismo às partes, que ganham em *poder*, mas também em *responsabilidade* em relação aos seus direitos processuais.

É claro que isso também abre espaço para um certo subjetivismo na aplicação do direito, o que pode ser especialmente problemático em um país tão grande e diverso como o Brasil, todavia, acreditamos que, ao longo do tempo, doutrina e jurisprudência se encarregarão de definir balizas para empregar a tutela da evidência. Parece-nos que esse é um caminho sem volta. Em vez de lutar contra ele, teremos que nos preparar para trilhá-lo.

2.5. O dano marginal

Na linha do que foi tratado anteriormente, a falta de prestação da tutela jurisdicional de forma tempestiva, além da frustração do jurisdicionado, pode ser causa concreta de danos a quem espera. É o chamado dano marginal.

Não estamos a tratar do dano que se visa prevenir com as tutelas de urgência, por meio das quais se antecipam ou se acautelam os efeitos da tutela final em hipóteses de lesão ou ameaça a direito, mas, sim, de um dano derivado da espera da tramitação processual até a obtenção do provimento jurisdicional definitivo⁵².

⁵² Não há dúvidas de que o simples transcorrer do tempo do processo pode gerar danos, conforme aponta Athos Gusmão Carneiro: “De outra parte, mercê da liberalidade com que o nosso sistema processual oferece dilações e recursos aos demandantes (na Constituição está, art. 5º, LV, que às partes assiste direito ao contraditório e ampla defesa, com todos os ‘meios e recursos a ela inerentes’), mesmo os processos que ‘corram’ normalmente abrem ensejo a prejuízos às partes, prejuízos por vezes notáveis, por vezes mesmo irreversíveis” (CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. atual. em conformidade com as Leis nº 10.352, de 26.12.2001, nº 10.358, de 27.12.2001 e nº 10.444, de 07.05.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 2). No mesmo sentido, destacamos a obra de Bruno Vasconcellos Carrilho Lopes: “Quanto ao dano marginal do processo, diversos institutos estão voltados a eliminá-lo, ou ao menos minimizá-lo, do que são

O conceito de dano marginal foi tratado por Enrico Finzi⁵³ no início do século XX em ensaio sobre execução provisória e a sua importância para evitar a corrosão dos direitos em razão do transcurso do tempo necessário até a obtenção da tutela definitiva. Posteriormente, Andolina⁵⁴ também tratou da matéria, reforçando a importância da adequação do tempo ao processo, sob pena de denegação de justiça e ocorrência do dano marginal, afinal, segundo o autor, a mera propositura da demanda não interrompe o fluir da vida, ou seja, durante o tempo necessário para a declaração do direito, a vida do jurisdicionado continuará se sucedendo e não será a mesma do momento em que houve a propositura da demanda.

Eventuais fatos danosos ocorridos nesse interregno em decorrência da espera do provimento jurisdicional são os danos marginais do processo. Ao referir-se à doutrina italiana de Finzi e Andolina, Rogéria Dotti⁵⁵ bem pontua que não basta o mero transcurso do tempo para a ocorrência do dano marginal, pois é preciso

exemplos a condenação para o futuro (sentença que decide sobre relação jurídica condicional – CPC, art. 460, parágrafo único), a execução provisória, os títulos executivos e o processo monitorio. (...) A essas hipóteses pode-se acrescentar o dano provocado em todo e qualquer processo à parte que tem razão, mesmo que a espera pela tutela jurisdicional não seja sobremaneira lesiva, advindo do fato de o titular do direito ser obrigado a esperar todo o curso do processo para vê-lo satisfeito” (LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. **Tutela antecipada sancionadora**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 60-61).

⁵³ FINZI, Enrico. *Questione controversa in tema di esecuzione provisoria*. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, n. II, 1926.

⁵⁴ “(...) se la situazione attuale di crisi della giustizia non avesse messo drammaticamente in evidenza l'importanza del rapporto tempo-processo, dimostrando eloquentemente, ove ve ne fosse stato bisogno, che una eccessiva durata delle fasi processuali si risolve in un sostanziale diniego di giustizia. (...) È questa una constatazione della quale bisogna avere il coraggio di misurare interamente la gravità: la proposizione della domanda giudiziale non riesce ad arrestare il fluire della vita, che continua indisturbato come se nulla fosse stato, proprio come se non si fosse verificato il fatto (nuovo e importante!) del ricorso del cittadino alla giustizia dello Stato. (...) Questo peculiare tipo di danno può essere indicato come ‘danno marginale’ in senso stretto, oppure come ‘danno marginale da induzione processuale’, appunto in quanto esso specificamente causato, e non soltanto genericamente occasionato, dalla distensione temporale del processo” (ANDOLINA, Italo. **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale**. Milano: Giuffrè, 1983. p. 13-20).

⁵⁵ “Mas, fiel ao ensinamento de Enrico Finzi, Andolina deixa claro que, para a ocorrência do dano marginal, não basta o mero decurso do tempo. É necessário que a ele se acrescente um fato novo, que aumente o prejuízo do autor durante o tempo de insatisfação de seu direito, comprometendo a *fruttuosità pratica della esecuzione forzata*. Tal demora não é a causa em si, mas a situação específica, na qual se verifica um novo prejuízo. Exemplifica dizendo que durante esse tempo de espera pode ocorrer o empobrecimento do devedor, um ato fraudulento de disposição do direito controvertido, a perda da garantia patrimonial do crédito ou a desvalorização monetária. É então o surgimento desse evento ulterior que caracteriza o *danno marginale*” (DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livro eletrônico])

também a ocorrência de um dano efetivo, tal como o empobrecimento do devedor durante o curso do processo, por exemplo.

De fato, pois, ao estudar a doutrina de Proto Pisani, Marcelo Lima Guerra⁵⁶ aponta a diferenciação entre o *tempo fisiológico* e o *tempo patológico* do processo, ao pontuar que qualquer tipo de procedimento, por mais simples que seja, deverá consumir determinada quantidade de tempo, e isso, por si só, é um obstáculo para a efetividade da tutela jurisdicional (*tempo fisiológico*). Circunstância ainda mais grave ocorre quando, além do tempo fisiológico que naturalmente seria consumido, a tramitação do processo é atrasada por outros fatores (falta de estrutura da justiça etc.), no que se considera o *tempo patológico* do processo.

Analizando a experiência italiana, Paulo Henrique dos Santos Lucon⁵⁷ relata a introdução da *Legge Pinto* no ordenamento jurídico italiano em 2001, que forneceu balizas mais bem definidas da razoável duração do processo, assim como os instrumentos para que os cidadãos italianos possam pleitear indenizações perante as Cortes italianas pelas demoras injustificadas no processo.

No Brasil, muito embora o dano marginal também possa ser, em tese, reparável por meio de ação a ser promovida contra o Estado⁵⁸, o enfrentamento de

⁵⁶ “Desse modo, por mais simples que seja a estrutura atribuída ao processo, sempre marcada pelo contraditório, tende ele, inexoravelmente, a durar, e esta duração em si mesma, já significa uma fonte perene de obstáculos à própria efetividade da tutela jurisdicional a ser através dele prestada. Seja sublinhado que essa duração não se trata, necessariamente, de uma duração ‘patológica’, mas antes aquela que bem pode ser chamada de ‘fisiológica’. Duração, portanto, ineliminável, pois decorrente das garantias fundamentais com as quais se pretende assegurar a justiça do resultado final a ser alcançado através do processo” (GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 14).

⁵⁷ “A *Legge Pinto* traz em seu art. 3º a descrição do procedimento a ser adotado nas demandas em que a parte pleitear a indenização e prevê que a decisão, que deve ser prolatada em até quatro meses após a distribuição da demanda, ainda que sujeita a recurso, pode ser executada imediatamente. Na lei italiana, desde 1990, a sentença é passível de execução provisória imediata e sem caução. O prazo prescricional para a propositura da demanda indenizatória é de seis meses após o trânsito em julgado na sentença proferida no processo em que tiver havido violação à duração razoável do processo. No entanto, a demanda pode ser proposta ainda na pendência daquele processo. E mesmo aqueles que já haviam proposto demanda perante a Corte Europeia dos Direitos do Homem, antes da *Legge Pinto*, desde que a demanda ainda não tenha sido decidida, podem promovê-la perante os tribunais italianos, representando esse ato desistência tácita do processo perante a Corte” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. VI).

⁵⁸ Nelson Nery Jr. bem aponta que a má prestação dos serviços jurisdicionais, no que tange à tempestividade de tramitação do processo, pode ser objeto de pedido de indenização contra o

uma nova demanda buscando a reparação pelos danos causados em razão da demora de tramitação do processo anterior é algo que evidentemente desincentiva o ajuizamento de uma nova ação, ainda mais considerando-se o nefasto sistema de precatórios instituído para o pagamento de condenações pela Fazenda Pública.

De toda forma, de acordo com o direito processual civil contemporâneo, faz muito mais sentido evitar a ocorrência do dano (tutela inibitória) do que aguardar que ele ocorra para somente depois buscar a reparação.

É justamente por isso, aliás, que se mostra necessária a adequação do direito ao processo de modo que a tutela jurisdicional seja prestada tempestivamente e com eficiência.

Conforme já tratado anteriormente, por meio dos procedimentos especiais, do direito jurisprudencial, dos negócios jurídicos processuais e das tutelas provisórias, notadamente a tutela da evidência, é possível afastar a *ordinarização* do processo e mitigar os danos marginais para que a parte que tenha que se socorrer da tutela jurisdicional não sofra mais danos além daqueles que pretende que sejam reparados ou inibidos.

É preciso também que as partes se comportem adequadamente, fazendo valer o princípio da cooperação, de modo a viabilizar, em tempo razoável, a obtenção de decisão de mérito justa e efetiva. Aliás, nesse ponto, a redistribuição do ônus do tempo do processo em benefício da parte que comprovar possuir o direito mais provável poderá inibir condutas protelatórias e antiooperativas, pois, em uma análise de *custo-benefício*, se a conduta protelatória não mais compensar, a conduta cooperativa certamente lhe tomará o assento⁵⁹.

Estado: “A parte, no processo judicial ou administrativo, tem direito de ser indenizada pelos danos morais e patrimoniais que sofreu, decorrentes da duração exagerada do processo, antítese da garantia constitucional da duração razoável do processo. A garantia dessa indenização encontra-se na CF 37 § 6º, que impõe ao Estado o dever de indenizar, objetivamente, os prejuízos materiais e danos morais que seus agentes políticos, funcionários ou servidores, nessa qualidade, causarem a terceiros” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 367).

⁵⁹ A respeito da conduta das partes estimuladas pela tutela da evidência, vejamos o que dizem Fux e Bodart: “O CPC/2015 estabelece normas destinadas a reduzir os incentivos para que o réu se beneficie com a demora do processo, com impactos na dinâmica de negociações por acordos. O

3. AS ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DA PROBABILIDADE E ALGUNS MODELOS ESTRANGEIROS

3.1. Breve evolução histórica da tutela provisória no direito brasileiro

Conforme brevemente exposto anteriormente, desde o direito romano, o binômio declaração-execução⁶⁰ tem sido aplicado nas nações de tradição de *civil law*, isto é, primeiro se declara o direito na fase de conhecimento para depois efetivá-lo na fase de execução.

De todo modo, a subversão dessa ordem para fins de evitar lesão ou ameaça a direito, bem como para redistribuir o ônus do tempo do processo, é uma realidade há muito tempo e não significa violação ao devido processo constitucional.

Ao contrário. Quando presentes os requisitos legais da probabilidade/evidência do direito, perigo de dano e risco ao resultado útil do processo, a tutela jurisdicional deverá ser entregue antes do esgotamento da fase de conhecimento, o que tem guarida constitucional, pois a lei não excluirá da

mais importante instituto com esse propósito é o da tutela de evidência (art. 311 do CPC). Em suma, o Código autoriza que uma decisão satisfativa seja prolatada logo ao início do processo, em hipóteses nas quais há alta probabilidade de sucesso da demanda: quando há jurisprudência firmada em casos repetitivos; quando a análise das provas pré-constituídas autorizar essa conclusão; quando for constatado abuso do direito de defesa; ou quando houver prova escrita de depósito, nas ações reipersecutórias. Antecipando que suas chances de êxito serão reduzidas, e sem estar no conforto da posse do bem da vida litigioso, o réu tenderá a se comportar de forma socialmente ótima: evitará expedientes e recursos desnecessários (cujos custos não produzirão os mesmos benefícios), possuirá mais incentivos para firmar um acordo (pois não poderá depreciar a dívida protelando o adimplemento) e, mesmo antes do processo, evitará praticar lesões de direitos (devido ao aumento do valor que o réu precisará desembolsar para fazer um acordo), pois a resposta da Justiça será célere” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 82).

⁶⁰ O tema é bem abordado por Olavo de Oliveira Neto em retrospectiva histórica sobre a evolução da classificação dos tipos de tutela jurisdicional: “Do direito romano o novo sistema encampou a necessidade da declaração do direito, realizada numa sentença, como elemento prévio à atividade executiva, eliminando a possibilidade de execução sem declaração do direito germânico. Todavia, também eliminou a possibilidade de uma interminável discussão que se renovava a cada vez que no direito romano se lançava mão da *actio iudicati*, pois uma vez proferida a sentença não havia mais a necessidade da abertura de um novo contraditório, bastando o prosseguimento do feito com a prática da atividade executiva, como acontecia no sistema germânico” (OLIVEIRA NETO, Olavo de. **O poder geral de coerção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 51).

apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito (art. 5º, XXXV, da CF), conforme ressalta William Santos Ferreira em relação à *ameaça*⁶¹, e tampouco admite que o processo seja utilizado como instrumento de procrastinação para obstar a concretização dos direitos evidentes.

A respeito da evolução histórica da tutela provisória no direito processual brasileiro até que se pudesse chegar a essa conclusão, novamente William Santos Ferreira, desta vez na obra *Tutela antecipada no âmbito recursal*, traçou uma linha do tempo da tutela provisória no Brasil, desde a proclamação da República até a contemporaneidade⁶².

Segundo o autor, após a proclamação da República, a Constituição de 1891 não previu nenhuma forma de tutela de urgência, o que fez com que a prática forense improvisasse a utilização do *habeas corpus* e da ação possessória para o atendimento das situações de urgência que se apresentassem na prática. Foi apenas com a promulgação da Constituição de 1934 que se instituiu a previsão do mandado de segurança, que mais bem se adequava como instrumento processual

⁶¹ “Portanto, há um direito constitucional à tutela de urgência que se encontra ínsito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (princípio do direito de ação), o que também é admitido por Arruda Alvim, que, além de reconhecê-lo, ressalta a preocupação do legislador com as situações urgentes, como na introdução da fungibilidade dos pedidos de tutela antecipada e cautelar (art. 273, § 7º – cf. Lei 10.444/2002)” (FERREIRA, William Santos. As garantias constitucionais do jurisdicionado e a competência nas tutelas de urgência – um enfrentamento positivo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006).

⁶² “No Brasil, a introdução das tutelas de urgência apresenta histórico comum para suas diversas modalidades. No que se refere à defesa pronta de um direito contra ato ilegal da administração pública, que hoje é a conhecida medida liminar em mandado de segurança, como não havia previsão na Constituição de 1891, a doutrina da época criou a batizada ‘teoria brasileira do *habeas corpus*’. Com base nesta teoria, que acabou sendo admitida pelo Supremo Tribunal Federal, a tutela de uma série de ‘direitos pessoais, de índole administrativa, ou, mais precisamente, extrapenal, tendo em vista ilegalidades perpetradas pela Administração Pública’, sustentados em uma interpretação bastante elástica do constrangimento ilegal à liberdade individual, foram tutelados através do *habeas corpus*. Arruda Alvim enumera alguns exemplos em que ocorreu a admissão da referida teoria, como na hipótese de alguém ser proibido de ingressar no Parlamento ou lhe ter sido vedado o exercício de determinada função política. Com a reforma constitucional de 1926, cingiu-se o cabimento do *habeas corpus* à sua conceituação clássica, afastando-se a adoção da ‘teoria brasileira do *habeas corpus*’. Porém, a criatividade de doutrinadores como Vicente Ráo e Lino de Moraes Leme deu origem à utilização do instrumental da posse para a proteção dos direitos pessoais, tese que já era defendida muito antes por Rui Barbosa que, em célebre causa, defendeu a ação possessória pleiteando o reingresso de professores da Escola Politécnica que haviam sido demitidos de seus cargos ilegalmente. Só com a Constituição de 1934 surgiu o mandado de segurança” (FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 113-114).

para atender às hipóteses de tutela de urgência em comparação ao *habeas corpus* e à ação possessória.

Na sequência, com a edição do Código de Processo Civil de 1939, foram inseridas hipóteses específicas de medidas cautelares e preventivas, notadamente nos arts. 675⁶³ e 676⁶⁴ daquele diploma processual, muito embora ainda não se admitisse o poder geral de cautela para tutelar outras situações além daquelas expressamente listadas no texto da lei, afinal, desde aquela época, a questão da morosidade e da efetividade da justiça era um problema latente, conforme aponta Gustavo Siqueira⁶⁵, ao relatar que no dia 12/12/1937 um dos principais jornais do país à época estampou a manchete “Justiça rápida e barata para todo o Brasil” ao noticiar a instituição de comissão de juristas para a elaboração do Código de Processo Civil de 1939.

Ainda que isso tenha sido um avanço, a *tutela provisória da época* ainda carecia de uma sistematização adequada, conforme bem aponta Lopes da Costa⁶⁶

⁶³ “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 fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II – quando, antes da decisão, fôr provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes; III – quando, no processo, a uma das partes fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.”

⁶⁴ “Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir: I – no arresto de bens do devedor; II – no sequestro de coisa móvel ou imóvel; III – na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito; IV – na prestação de cauções; V – na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222); VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam*; VII – em obras de conservação em coisa litigiosa; VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento; IX – no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento; X – na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.”

⁶⁵ “Justiça rápida e barata para todo o Brasil” era a notícia principal do Jornal *A Noite*, em 12 de dezembro de 1937, domingo. A reportagem anunciava o acompanhamento dado à Comissão designada pelo Ministro da Justiça – Francisco Campos – para a elaboração do novo Código de Processo Civil e Comercial. Na capa, o jornal anunciava detalhes das ‘inovações’ das Codificações que se estavam discutindo – também um novo Código de Processo Penal – e apresentava uma entrevista com Pedro Baptista Martins, membro da Comissão e principal redator do Código de Processo Civil de 1939” (SIQUEIRA, Gustavo. “Justiça rápida e barata para todo o Brasil”, um “código para acabar com as chicanas do direito”: o Código de Processo Civil de 1939 e alguns discursos sobre o judiciário. **REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 2, maio-ago. 2017).

⁶⁶ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Prefácio. **Medidas preventivas – Medidas preparatórias – Medidas de conservação**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953.

no prefácio de sua obra sobre medidas preventivas, preparatórias e conservativas, editada em 1953, senão vejamos:

A matéria não é de fácil sistematização. A terminologia anda baralhada. O significado comum dos termos serve a essa confusão. Medida preventiva, medida preparatória, medida de conservação. A medida preventiva também é, em sentido comum, preparatória e de conservação. O arresto, por exemplo, previne contra o risco da penhora não encontrar bens em que recaia. Prepara, pois, a penhora. Conserva a possibilidade da satisfação do direito material. No entanto, a natureza dessas três providências diverge. Não me limitei às medidas preventivas objeto de ações preventivas. Pareceu-me conveniente estudar, ao lado delas, as outras medidas preventivas, embora obtidas sem processo de ação. E, pela afinidade que aproxima da medida preventiva as preparatórias e as de conservação, entendi incluir estas últimas, neste breve ensaio, simples excursão por interessante campo do direito processual civil, e cuja recompensa bastante será despertar a curiosidade de outros que possam com visão mais larga rever, observando melhor, os lugares em que passei.

Na mesma obra, com base na doutrina de Calamandrei, Lopes da Costa já utilizava a terminologia *provisório* ao diferenciá-la do termo *temporário* no famigerado exemplo dos andaimes da construção e da barraca do sertanejo⁶⁷ (após mais de cinquenta anos, cunhou-se o termo *tutela provisória* como gênero no CPC/2015, daí derivando as espécies tutela antecipada, cautelar e evidência).

Posteriormente, em 1973, houve a edição do Código de Processo Civil que precedeu o que temos atualmente, no qual, por influência da doutrina italiana de Carnelutti⁶⁸ e Liebman⁶⁹, o processo foi dividido em três tipos: conhecimento,

⁶⁷ “A temporariedade das medidas preventivas, em processo, mais propriamente chamar-se-ia provisoriedade (Calamandrei). ‘Temporário’, em verdade, é o que dura determinado tempo. ‘Provisório’, porém, é o que, por algum tempo, serve até que venha o ‘definitivo’. O temporário se define em absoluto, apenas em face do tempo; ‘provisório’, além do tempo, exige a previsão de outra coisa em que se sub-rogue. Os andaimes da construção são ‘temporários’. Ficam apenas até que se acabe o trabalho no exterior do prédio. São, porém, definitivos, no sentido de que nada virá substituí-los. Já, entretanto, a barraca onde o desbravador dos sertões acampa, até melhor habitação, não é apenas temporária, é provisória também. O provisório é sempre trocado por um definitivo. Isso não acontece com as garantias materiais, como já vimos. A substituição que se observa nas medidas cautelares, em processo, não se faz, porém, do mesmo modo que se observa na sucessão dos atos processuais, sem incidentes. A medida preventiva surge como processo antecedente ou incidente” (COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas preventivas – Medidas preparatórias – Medidas de conservação**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953. p. 10).

⁶⁸ Eduardo Scarparo assim discorreu sobre a posição de Carnelutti: “A função mediata atribuída às cautelares por Carnelutti implica a existência de dois processos a respeito da mesma lide ou do mesmo assunto. O processo cautelar não é dotado de autonomia, visto que pressupõe o processo definitivo, podendo ser instrumental quando garante os meios do processo definitivo (como as medidas de instrução preventiva) ou final quando servem para garantir a praticidade do processo definitivo (como as medidas de conservação de bens para ulterior expropriação). O ponto decisivo para o desenvolvimento de seu pensamento está na distinção entre as atividades de cognição e execução daquelas que se realizam para os fins cautelares. Essas divergências são justificadas não

cautelar e execução, isto é, o *processo cautelar* foi isolado das demais espécies de processo naquela nova sistematização, formando um novo gênero (*tertium genus*), formalmente apartado dos clássicos conceitos de conhecimento e execução.

Mais do que isso, pois, consagrando as ideias de Piero Calamandrei⁷⁰, além da positivação de hipóteses específicas de medidas cautelares admitidas no CPC/1973, o processo cautelar também veio a admitir o *poder geral de cautela* para a proteção de situações que não estavam expressamente contempladas no texto de lei, mas que poderiam comprometer o resultado útil do processo.

Do ponto de vista da teoria dos provimentos cautelares, a obra de Calamandrei foi decisiva para a evolução legislativa da matéria, tanto na Itália⁷¹, quanto no Brasil⁷², pois desenvolveu a ideia de provisoriedade da tutela jurisdicional

apenas pelo procedimento, mas sim em razão do próprio processo, que constituiria um gênero próprio. O reconhecimento de ser o processo cautelar um *tertium genus* destacou sua autonomia do processo principal e também o distinguiu dos procedimentos especiais, próprios do processo de cognição” (SCARPARO, Eduardo. **A supressão do processo cautelar como *tertium genus* no Código de Processo Civil de 2015**: estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 114-115).

⁶⁹ “Na tutela cautelar não se pode (...) distinguir uma fase de cognição e uma outra de execução; ela se realiza em todos os casos através de um procedimento unitário, em que se encontram juntas e eventualmente misturadas as atividades de índoles diferentes que, caso a caso, concorrerão para a plena atuação da cautela” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 279).

⁷⁰ “Esse artigo veio consagrar antigo entendimento doutrinário, exemplificado reiteradamente, desde Calamandrei, com a cautelar concedida por um magistrado francês que mandou cobrir um afresco em um clube noturno de Paris, bastante frequentado, enquanto pendente a causa principal, ajuizada por atriz que se sentia nele retratada, e em trajes sumários, ofensivos à sua pessoa. Reside nesse dispositivo legal o chamado poder cautelar geral do juiz, para assegurar o resguardo de interesses das partes em situações que à evidência, não poderiam ser previstas em lei, dada a multifária atividade humana” (COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Manual elementar de direito processual civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 398-399).

⁷¹ “Certo e’ pero’ che il libro del giurista fiorentino si solleva con un colpo d’ala prodigioso dalle costrizioni di un’analisi incentrata sulle singole misure cautelari, per attingere ad una visione di teoria generale che, come tutte le concezioni autentiche e meditate di questa natura, e’ insieme sistemazione del presente, individuazione degli sviluppi futuri, nonche’ inizio di concretizzazione di queste linee di tendenza. Basta leggere le ultime due pagine del libro, che costituiscono una specie di programma legislativo, poi effettivamente realizzato nei suoi aspetti essenziali, come l’introduzione di un ‘potere cautelare generale’, nonche’ di un ‘tipo uniforme di procedimento sommario cautelare’” (CAPONI, Remo. **Piero Calamandrei e la tutela cautelare**. Disponível em: http://www.academia.edu/2225254/Caponi_2012_Piero_Calamandrei_e_la_tutela_cautelare.

Acesso em: 2 maio 2021).

⁷² “É inquestionável que o grande teórico da tutela cautelar no período do desenvolvimento das bases da ciência processual civil foi Piero Calamandrei. Com a publicação de seu clássico *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, em 1936, estabeleceram-se os principais traços que posteriormente serviriam para a doutrina e para a legislação trabalharem o tema. Piero Calamandrei inequivocamente desenvolve de forma original o pensamento de Chiovenda a respeito da tutela cautelar – não por acaso, seu clássico trabalho é a ele dedicado” (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação**

em contraposição à definitividade da tutela obtida ao final da fase de conhecimento e no processo de execução⁷³.

Era o que se chamava de *instrumento do instrumento*, no sentido de que a tutela cautelar não se esgotava em si mesma, mas estava a serviço do provimento definitivo, resguardando provisoriamente a utilidade do processo até que pudesse ser substituída pela decisão final, muito embora esse conceito sempre tenha sido objeto de muita discussão teórica na doutrina italiana, sobretudo quanto à autonomia ou não da tutela cautelar em relação à tutela final de mérito, conforme aponta Giovanni Arieta⁷⁴.

A discussão sobre a autonomia da tutela cautelar era candente, pois Calamandrei também foi inovador ao vislumbrar que, além da função assecuratória, a tutela cautelar tinha contornos de adiantamento da tutela final de mérito, conforme bem aponta William Santos Ferreira⁷⁵, tendo sido esse o entendimento que prevaleceu na Itália, conforme lição de Bedaque⁷⁶.

da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. [Livro eletrônico]].

⁷³ “O critério que fundamenta a separação do provimento cautelar, numa ponta, dos provimentos de conhecimento e de execução, em outra, é o critério da estrutura dos provimentos de cognição, execução e cautelar. Enquanto os provimentos de conhecimento e de execução são definitivos, os provimentos cautelares são provisórios. Essa a nota conceitual que singulariza o provimento cautelar na ótica de Calamandrei – a estrutura provisória do provimento. Daí a razão pela qual é lícito sublinhar o aspecto estruturalista ainda mais acentuado do provimento cautelar em Calamandrei do que na *azione assicurativa chiovendiana*” (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. [Livro eletrônico]).

⁷⁴ “*Il tema dell'autonomia della tutela cautelare è stato sicuramente tra i problemi che hanno maggiormente tormentato la scienza processuacivilistica italiana fin da' primi decenni del secolo, allorchè quest'ultima há cercato di dare ai provvedimenti cautelari una precisa collocazione all'interno del sistema del processo civile. Alla base di tanta incertezza vi è sicuramente l'influenza della dottrina tedesca del secolo scorso, la quale, muovendo dalla grande partizione che distingue nella funzione giurisdizionale la cognizione dall'esecuzione, ha considerato per lungo tempo le misure cautelari come mera appendice dell'esecuzione forzata*” (ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza**. 2. ed. Padova: Cedam, 1985. p. 29-30).

⁷⁵ “Vale ainda lembrar que Piero Calamandrei, em 1936, em sua festejada obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, já entendia admissível o adiantamento da tutela de mérito, diferenciando a antecipação da tutela cautelar” (FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 135).

⁷⁶ “A doutrina italiana é praticamente unânime ao classificar os provimentos de urgência, regulados pelo art. 700 do C.P.C., como modalidade de tutela cautelar. E dúvida não há de que esse dispositivo também autoriza a concessão de medidas antecipatórias, ou seja, que impliquem a satisfação provisória do suposto direito do autor” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 52).

Enfim, o art. 798 do CPC/1973 foi um marco no processo civil brasileiro por se tratar de uma regra geral e aberta, passível de interpretação e definição pela doutrina e jurisprudência, algo que se afastou da noção de taxatividade das medidas cautelares.

Por outro lado, a despeito de contar com um *processo* próprio, bem como com o *poder geral de cautela*, ainda havia muita dificuldade para delimitar e sistematizar⁷⁷ a tutela cautelar no CPC/1973.

Em virtude do princípio *nulla executio sine titulo* levado ao pé da letra⁷⁸, ao menos na concepção original no CPC/1973, diferentemente da concepção de Calamandrei, a tutela cautelar tinha apenas o escopo de assegurar o resultado útil do processo, porém, no caso dos alimentos provisionais, por exemplo, o que se entregava por meio do processo cautelar era a tutela final pretendida no processo principal. Essa discussão também se operava nas ações cautelares inominadas propostas com base no poder geral de cautela e que levavam à apreciação do judiciário as mais diversas situações de direito material, muitas delas com caráter satisfativo e não assecuratório, conforme bem explica Ovídio Baptista⁷⁹.

⁷⁷ Mais uma vez seguimos com o magistério de Ovídio Baptista: “Em última análise, o estudo simultâneo da tutela cautelar e das demais formas de tutela satisfativa urgentes servirá para melhor compreender a primeira. A outra utilidade do método é realizar uma tentativa de sistematização das formas de tutela satisfativas, atualmente desenvolvidas na prática forense brasileira, tarefa esta que não tem sido objeto de interesse dos estudiosos” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**: processo cautelar (tutela de urgência). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. v. III, p. 9-10).

⁷⁸ “(...) a força do mesmo paradigma teórico a que nos temos referido, como fundamento para a *ordinariedade*, é que impediu Calamandrei de aceitar a ideia de uma *execução* que precedesse a *cognição*, pois, para a doutrina em geral, executar antes de conhecer seria uma forma de permitir que o juiz julgasse com base em simples *verossimilhança*, outorgando tutela a quem na realidade não fosse titular do direito. Em última análise, abandonando sua neutralidade de órgão encarregado de pronunciar as palavras da lei (Montesquieu), estaria o juiz a conceder alguma espécie de tutela processual a quem a lei não atribuíra direito algum” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 91).

⁷⁹ “Cabe-nos agora estudar, a denominada tutela cautelar e, para isso, a primeira providência a adotar há de ser o estabelecimento da distinção entre Processo Cautelar e tutela cautelar. Esta exigência impõe-se por dois motivos, o primeiro de ordem conceitual, dado que o estudo do processo, em si mesmo, como técnica, ou como forma de atuação do direito material, nada tem a ver com as possíveis matérias ou substâncias que compõem seu respectivo conteúdo, de modo que, ao dizermos processo cautelar, aludimos ao instrumento e não à substância nele contida. O segundo motivo é a necessidade de evitar confusão que a linguagem jurídica comum tem estimulado entre Processo Cautelar e tutela cautelar, como se o procedimento previsto pelo legislador como veículo destinado a realizar esta forma de proteção jurisdicional, conhecida como tutela cautelar, fosse sempre e necessariamente utilizada para cumprimento de sua finalidade institucional, quer dizer, como se todo processo cautelar contivesse uma demanda cautelar, tendente a obter do juiz uma

Por tais razões, esse rigor conceitual das tutelas cautelares foi sendo relativizado com o tempo, afinal, fosse pela dificuldade em diferenciar a tutela assecuratória da satisfativa, fosse pela efetiva necessidade prática de antecipação dos efeitos da tutela para evitar o perecimento de direitos, passou-se a admitir a utilização da tutela cautelar como instrumento destinado à satisfação antecipada da pretensão, conforme Marinoni à época⁸⁰. Era uma solução improvisada para resolver um problema prático que não contava com amparo no direito positivo, tal como ocorreu no passado com o *habeas corpus*, até que se pudesse aprimorar a legislação processual, instituindo-se o *mandado de segurança*.

Assim, até 1994⁸¹, quando se apresentava alguma circunstância de urgência que demandava a proteção jurisdicional de forma imediata, sob pena de perecimento de direito, usavam-se as chamadas *ações cautelares satisfativas*, que, embora se chamassem *cautelares*, tinham a verdadeira função de antecipar os efeitos da tutela final.

medida cautelar. Isto absolutamente não é verdadeiro. Dentre nós, como de resto ocorre nos sistemas jurídicos europeus, especialmente no direito italiano, a que mais diretamente nos ligamos, no alemão e no direito francês, a tendência tem sido no sentido da criação de formas de tutela urgente, que servem do mesmo procedimento, originariamente criado como instrumento destinado à tutela cautelar somente, embora sejam essas outras espécies de tutelas satisfativas e não cautelares” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**: processo cautelar (tutela de urgência). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. v. III, p. 9).

⁸⁰ “A necessidade de sumarização cognitiva, advinda da busca de uma tutela jurisdicional efetiva em face de situação de perigo, levou à utilização da tutela cautelar como instrumento destinado à satisfação antecipada da pretensão que só poderia ser veiculada através da ‘ação principal’. Se tal fenômeno – denominado por Carpi, para o direito italiano, de força expansiva da tutela cautelar – foi realmente necessário, não cabe discutir nesse momento, importando, em verdade, saber se a tutela que satisfaz a pretensão no plano fático pode ser classificada como cautelar” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 75-76).

⁸¹ “Por muito tempo a efetividade do processo civil não seria a adequada, senão aquela declarada por uma sentença. A concretização do direito material somente restaria formalizada em sua plenitude pelo ato final de um procedimento, mesmo que para ultrapassar suas fases seria necessário aguardar anos, culminando com a entrega da prestação jurisdicional tardiamente. Com a edição da Lei nº 8.952/94, que alterou a relação ao art. 273 do CPC, foi introduzido no sistema processual brasileiro o instituto da tutela antecipatória, visando a erradicar a ineficiência do processo diante da declarada e assumida morosidade do Poder Judiciário, na solução dos conflitos. Afastando os efeitos da sentença, afastou-se o problema da inefetividade jurisdicional. Seu escopo é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva, sem, contudo, compatibilizá-la com o sentido de acautelamento. A necessidade dessa efetividade é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 346).

Com o advento do art. 273 do CPC/1973, finalmente foi positivada a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela final, seja pelo receio de dano irreparável ou de difícil reparação (tutela antecipada de urgência), seja pela ocorrência de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu ao se defender (o que se chama, atualmente, de tutela da evidência).

Depois desse momento, a chamada *cautelar satisfativa* deixou de ter razão de ser, na medida em que a tutela cautelar retornou à sua função original de assegurar o resultado útil do processo.

Passou a vigorar, portanto, uma distinção mais bem definida entre os requisitos exigidos para a concessão da tutela antecipada (*prova inequívoca*⁸² que convencesse o magistrado sobre a *verossimilhança da alegação*⁸³) e para a concessão da tutela cautelar (*periculum in mora* e *fumus bonis iuris*), muito embora essa diferenciação cause dúvidas na prática até hoje, a ponto de a legislação processual ter admitido expressamente a fungibilidade entre eles, vide art. 273, § 7º⁸⁴, do CPC/1973 e art. 305, parágrafo único⁸⁵, do CPC/2015.

⁸² Vejamos o que diz Barbosa Moreira a respeito: “Prova inequívoca da verossimilhança significa que o juiz deve ter elementos concretos – uma prova clara, não necessariamente uma prova escrita – para considerar que é bem mais provável que ao final o autor tenha ganho de causa, e não o réu” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na Reforma do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, n. 81, 1996). No mesmo sentido, segue a doutrina de Cassio Scarpinella Bueno: “O melhor entendimento para ‘prova inequívoca’ é aquele que afirma tratar-se de prova robusta, contundente, que dê, por si só, a maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 37).

⁸³ “Melhor do que entender o que é verossimilhança da alegação voltada sobre si mesma é entender que essa expressão é a destinatária daquela que, na letra da lei, é-lhe imediatamente anterior. É a prova inequívoca que conduz o magistrado a um estado de verossimilhança da alegação. Verossimilhança no sentido de que aquilo que foi narrado e *provado* parece ser verdadeiro” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 38).

⁸⁴ “§ 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.”

⁸⁵ “Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.”

A despeito da utilização do termo *prova inequívoca* para a concessão da tutela antecipada de urgência, a doutrina⁸⁶ tecia críticas a tal expressão, pois, uma vez presente a prova inequívoca, o juiz estaria autorizado a enfrentar até mesmo o mérito dos pedidos em decisão com cognição exauriente.

O mais correto, portanto, era entender o termo como *prova suficiente* para o surgimento do verossímil, tal como leciona Marinoni⁸⁷. Em outras palavras, exigia-se do postulante à tutela antecipada que demonstrasse a *probabilidade* da existência do direito.

No mais, ressalte-se que o termo *prova inequívoca* previsto no art. 273 não fora incluído nos dispositivos que disciplinavam a tutela cautelar no CPC/1973, o que permitia concluir que os requisitos para a concessão da tutela antecipada eram mais rigorosos se comparados aos requisitos da tutela cautelar, afinal, na tutela antecipada, ainda que de forma provisória, o próprio bem da vida estaria sendo entregue antecipadamente ao jurisdicionado, enquanto que na tutela cautelar se buscava assegurar o resultado útil do processo por meio de medidas acautelatórias e reversíveis.

A despeito disso, parte da doutrina⁸⁸ sempre considerou a tutela cautelar com natureza conservativa e antecipatória, enquanto outra parte cuidava de tentar

⁸⁶ Nesse sentido, João Batista Lopes apontava que: “Em verdade, a expressão prova inequívoca não era a mais adequada, uma vez que ao juiz competia examinar as provas segundo o princípio da persuasão racional consagrado pelo art. 131 do estatuto revogado. Por esse princípio, conquanto não possa o juiz decidir exclusivamente com base em suas impressões pessoais, não está vinculado a critérios rígidos e inflexíveis como o adotado para as provas legais ou tarifadas. Sob outro aspecto, aceitando-se, *gratia argumentandi*, tal denominação, se o autor possuir prova inequívoca dos fatos, a hipótese será de acolhimento do pedido, e não de simples adiantamento dos efeitos práticos dele. (...) A expressão prova inequívoca era mesmo equivocada... Não se cuidava de exigir do autor prova incontestável dos fatos, mas, sim, elementos que levassem o juiz a convencer-se da probabilidade da existência do direito” (LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 227).

⁸⁷ “A denominada ‘prova inequívoca’, capaz de convencer o juiz da ‘verossimilhança da alegação’, somente pode ser entendida como a ‘prova suficiente’ para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito” (MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 211-212).

⁸⁸ Vejamos o que diz Bedaque a respeito: “A tutela cautelar, a meu ver, cumpre a função de assegurar a utilidade do processo mediante duas técnicas: conservativa e antecipatória. Ambas são informadas por cognição sumária, pela plausibilidade e pela urgência, o que implica, normalmente, a provisoriedade. Tudo isso é técnica adotada pelo legislador processual para regular a tutela cautelar.

diferenciar as características da tutela cautelar e da tutela antecipada de forma mais clara, considerando a primeira de cunho assecuratório/conservativo e a segunda como antecipação dos efeitos da tutela final de mérito.

Não obstante a possibilidade de haver fungibilidade entre os requisitos para concedê-las, essa discussão ainda tem relevância, notadamente em razão das diferenças procedimentais existentes entre a tutela cautelar requerida em caráter antecedente e a tutela antecipada requerida em caráter antecedente no CPC/2015.

No CPC/2015 houve, em tese, a unificação dos requisitos para a concessão da tutela de urgência (antecipada ou cautelar). O art. 300 do novo diploma processual passou a exigir a demonstração da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo para ambas as hipóteses.

Assim, ao menos em uma interpretação literal da norma, houve o agrupamento das exigências para o deferimento da tutela antecipada e cautelar, o que será objeto de análise mais aprofundada adiante, mediante o estudo de posições doutrinárias que sustentam que a distinção de requisitos ainda remanesce.

Por fim, após as alterações legislativas de 1994, destaque-se também o § 6º do art. 273 do CPC/1973, instituído pela Lei 10.444/2002, dispondo sobre a possibilidade de concessão da tutela antecipada em relação ao pedido não controvertido.

Trata-se de técnicas empregadas para solucionar o problema da urgência, destinadas a evitar que a demora do processo comprometa a utilidade da tutela jurisdicional final. (...) Opto por denominá-la 'cautelar'. Para não ser acusado de filiação a ideias ultrapassadas, como as de Calamandrei (???), invoco um dos maiores processualistas italianos da atualidade, para quem não só a técnica conservativa, mas também a antecipatória servem aos fins da tutela cautelar, qual seja assegurar *a priori* a definitiva *fruttuosità* da tutela final, em consonância com o significado da palavra 'cautela' (prudência, proteção, garantia) (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 1995, p. 158)" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, v. 126, p. 137-142, maio 2015). Em sentido próximo é a lição de Humberto Theodoro Júnior: "Em suma: a antecipação de tutela se inspira nas mesmas razões e cumpre a mesma finalidade institucional da tutela cautelar geral. Apenas as exigências ou requisitos legais de deferimento, *in concreto*, são diferentes, o que, obviamente, não anula a visão ampla e unitária da moderna tutela de urgência, quando sua justificação maior se encontra na efetividade da tutela jurisdicional assegurada por meio do direito fundamental de acesso à justiça" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 157, p. 129-146, mar. 2008).

Analisando esse dispositivo de forma retrospectiva, pode-se dizer que ele foi um ensaio sobre o julgamento parcial do mérito, hoje positivado no art. 356 do CPC/2015. Embora estivesse prevista como mais um tipo de tutela antecipada, *ao lado* (ao menos literalmente) dos incisos I e II do art. 273 do CPC/1973, a concessão da tutela antecipada prevista no § 6º funcionava como uma espécie de julgamento *parcial* do mérito da ação, afinal, quando se trata de questões não controvertidas no direito processual civil, é o caso de conhecimento da matéria em sede de cognição exauriente e não sumária.

À época, Cassio Scarpinella Bueno⁸⁹ já apontava o § 6º do art. 273 do CPC/1973 como um marco na superação do dogma da unicidade da resolução definitiva do mérito por sentença, o que veio a ser confirmado no CPC/2015, na medida em que se passou a admitir a formação de mais de uma coisa julgada em um mesmo processo, viabilizando-se, inclusive, a rescindibilidade de decisões parciais ou de capítulos da decisão, conforme lição de Teresa Arruda Alvim⁹⁰.

O curioso é que o julgamento parcial do mérito, positivado no art. 273, § 6º, do CPC/1973 como *tutela antecipada*, era mais efetivo se comparado ao julgamento parcial do mérito previsto no art. 356 do CPC/2015 como *tutela definitiva*.

Por mais contraditório que isso pareça, o fato é que a tutela antecipada do art. 273, § 6º, do CPC/1973 produzia efeitos imediatos, pois o recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão concessiva da tutela antecipada não possuía

⁸⁹ “O que já é passível de julgamento deve ser julgado; o que não é não se julga ainda, abrindo-se, por isso mesmo, a fase instrutória do procedimento. Dessa premissa é que deve derivar toda a interpretação do dispositivo. Trata-se, pois, de julgamento antecipado parcial da lide com reconhecimento de efeitos imediatos ao que já foi julgado. É disso que se trata o § 6º do art. 273. Por isto, como o regime jurídico do instituto não é, propriamente, de ‘antecipação de tutela’, não tratei do tema nos itens 4.1 e 4.4, *supra*, quando listei os pressupostos para a antecipação da tutela à luz do *caput* do art. 273 e dos seus dois incisos. A propósito desta última afirmação, vale a pena destacar que grande parte da doutrina que se debruçou sobre no dispositivo lamentou que a modificação trazida ao processo civil pela Lei n. 10.444/2002 foi tímida no que diz respeito a não ter interrompido com velho princípio (quiçá *dogma*) processual civil, o da ‘unidade ou unicidade’ do julgamento. (...) Com todas as vênias de estilo, o § 6º do art. 273 parece ir na contramão dessas afirmações. Parece que ele rompeu mesmo e em definitivo com o velho princípio (*dogma*) da unicidade do julgamento, admitindo, quando a hipótese é de sua incidência, o desmembramento ou fragmentação do julgamento” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 53).

⁹⁰ “Em boa hora o legislador deixou claro que não são só as sentenças, mas também as decisões, que o CPC chama de interlocutórias de mérito, são rescindíveis” (ARRUDA ALVIM, Teresa. Ação rescisória. **Temas essenciais do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 821).

efeito suspensivo *ope legis*. Por outro lado, em relação ao julgamento parcial do mérito atualmente admitido no art. 356 do CPC/2015, embora o recurso cabível também seja o agravo de instrumento, que não goza de efeito suspensivo automático para que não haja discrepância entre o tratamento dispensado ao recurso de apelação interposto contra sentença de mérito com efeito suspensivo *ope legis*, ainda que a lei processual não tenha previsão expressa a respeito, é razoável admitir que o agravo de instrumento interposto contra decisão parcial de mérito também seja recebido com efeito suspensivo automático para garantir a coerência do sistema⁹¹.

Essa é mais uma distorção no sistema processual ocasionada pelo anacrônico efeito suspensivo automático atribuído ao recurso de apelação. Em razão da necessidade pragmática de concretização da tutela jurisdicional em tempo razoável, a tutela provisória, muitas vezes deferida sem contraditório prévio, ganha mais importância do que a própria tutela definitiva, em função dos obstáculos na efetivação desta última.

Enfim, após esse histórico sucinto da tutela antecipada, vejamos, de forma abreviada, como restou sistematizada a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015, para que possamos nos deter sobre o estudo da tutela da evidência mais adiante.

3.2. Tutela antecipada (urgência e cautelar) e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo Código de Processo Civil

Ao contrário do CPC/1973, que dedicou às tutelas provisórias um processo autônomo, no CPC/2015, a tutela provisória encontra-se na Parte Geral, podendo ser utilizada de forma antecedente ou incidental, no procedimento comum ou em qualquer procedimento especial.

⁹¹ Vejamos o que diz o Enunciado 13 do Ceapro: “O efeito suspensivo automático do recurso de apelação, aplica-se ao agravo de instrumento interposto contra a decisão parcial do mérito prevista no art. 356 (artigo 1.015)”.

O *processo cautelar* foi suprimido, deixando de ser um *tertium genus*, e as medidas de urgência, antecipatórias e cautelares, bem como a tutela de evidência foram aglutinadas no gênero *tutela provisória*, em uma nova iniciativa de sistematização da matéria.

É sintomático que não mais se utilize o termo *processo cautelar* no CPC/2015, afinal, em uma necessária revisitação dos institutos fundamentais do direito processual civil, tal como bem exposto por Cassio Scarpinella Bueno em suas obras, o processo, como método de atuação do Estado, é uno e sincrético, o que se dividem são as suas fases (conhecimento e execução). Sob essa perspectiva, foi correta a substituição do termo *processo cautelar* por *tutela cautelar*, afinal, é a tutela jurisdicional (e não processo, ação ou sentença) que pode assumir a feição cautelar⁹².

Assim, extraem-se do gênero tutela provisória⁹³ as seguintes espécies: (i) tutela de urgência; e (ii) tutela da evidência. Dentro da tutela de urgência extraem-se as seguintes subespécies: (i.a) tutela de urgência cautelar; e (i.b) tutela de urgência antecipada.

⁹² “O CPC de 2015 andou bem ao substituir o que então era dedicado a um processo cautelar e a uma tutela antecipada ‘avulsa’ e mal alocada no antigo art. 273 do CPC de 1973 por um Livro próprio, o V, inserido na sua Parte Geral e com novo nome. Não obstante as (diversas e graves) turbulências derivadas do processo legislativo depois que o Projeto da Câmara dos Deputados voltou ao Senado Federal, por força do art. 65 da Constituição Federal, objeto do número seguinte, são inegáveis os avanços que o Código de Processo Civil incorpora a respeito do tema. Embora ele ainda insista na distinção entre uma tutela cautelar em contraposição a uma tutela antecipada, é correta a percepção de que ela se restringe aos casos em que aquelas tutelas são requeridas ‘antecedentemente’, deixando de ter maior relevância quando pleiteadas ‘incidentalmente’. De qualquer sorte, mesmo neste ponto, seu pior momento na opinião deste Curso, o Código de Processo Civil convida, não sem atraso em relação ao que já propunha este Curso, ao abandono do entendimento de que há (ou haveria) um processo e uma ação cautelar que se oporiam de alguma forma a outros processos e outras ações. O sincretismo, tão defendido por este Curso desde sua concepção inicial, alcançou em cheio também a disciplina dada ao que acabou sendo chamado de tutela provisória” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. [Livro eletrônico]).

⁹³ A respeito do conceito *lato sensu* de tutela provisória, vejamos a lição de Fredie Didier Jr. e outros: “A principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo, conforme célebre imagem de Luiz Guilherme Marinoni. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele. Esta é a tutela antecipada, denominada no CPC-2015 como ‘tutela provisória’. A tutela provisória confere a pronta satisfação ou a pronta assecuração” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 562).

As tutelas de urgência podem ser requeridas de forma antecedente ou em caráter incidental. A tutela da evidência também pode ser requerida incidentalmente, porém a doutrina diverge sobre a possibilidade de concessão da tutela da evidência de forma antecipada. Isso será objeto de estudo no item 5.2, mais adiante.

No mais, a despeito da reorganização procedimental da tutela provisória, parece-nos que não houve alteração na essência dos institutos que a compõem⁹⁴, isto é, as tutelas antecipadas de urgência e evidência permanecem com características satisfativas e a tutela cautelar, com características conservativas⁹⁵.

O que houve, ao menos literalmente, foi a unificação dos requisitos para a concessão da tutela antecipada e da tutela cautelar, bem como a criação de um rol exemplificativo para a aplicação da tutela da evidência, tudo isso sistematizado na Parte Geral do CPC/2015.

⁹⁴ “O critério empregado diz respeito ao modo em que a tutela jurisdicional se relaciona com o direito material. Quando ela envolver técnicas predestinadas à satisfação do direito, a tutela será, na linguagem do Código de Processo Civil, antecipada. Quando se tratar de técnicas destinadas a salvaguardar ou assegurar o direito (sem satisfazê-lo), a tutela será, também na nomenclatura empregada pelo Código de Processo Civil, cautelar. Para evitar dificuldades nominais, tais como as indicadas no n. 4.3, *supra*, este Curso prefere rotular a primeira classe (antecipada) de tutela satisfativa e a segunda (cautelar) de tutela conservativa, o que traz à tona a opção feita por ordenamentos jurídicos estrangeiros e o rico desenvolvimento acerca do tema que neles existe, o que, a seu tempo, em especial no Capítulo 5 da Parte II, é desenvolvido por este Curso” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. [Livro eletrônico]).

⁹⁵ “A perspectiva da diferenciação vai residir exatamente na distinção que se tem no direito processual brasileiro a partir de 1994: como destaca a doutrina italiana, o critério distintivo deve estar na linha da satisfação do direito material, independentemente de maiores especulações teóricas, razão pela qual se o provimento provisório produz os mesmos efeitos ou efeitos praticamente análogos ao do pronunciamento final, ou seja, se a decisão satisfaz a necessidade de tutela do autor, poderá ser alocado como pronunciamento antecipatório. Por outro lado, o arresto, para garantir pagamento futuro de dívida é sempre a linha divisória do lado das medidas meramente conservativas ou cautelares, de modo que a conjugação das duas ideias permite traçar uma fronteira entre os dois tipos de tutela de urgência. Assim, vertendo as ideias para o direito brasileiro, a tutela cautelar é modalidade de tutela de urgência que protege o resultado útil do processo sem adiantar o gozo do direito material, enquanto que na antecipada ou antecipatória (satisfativa) se adianta propriamente o gozo do próprio direito material” (ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (orgs.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 78-79. [Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada, v. 4]).

Muito mais se poderia dizer sobre a matéria, porém, para o prosseguimento deste estudo, iremos aprofundar na análise dessas questões sob a perspectiva da *probabilidade*, afinal, esse é o único requisito que é comum a todas as espécies e subespécies de tutela provisória, seja de urgência ou evidência.

Assim, dada a importância do estudo da probabilidade nas tutelas provisórias, gênero no qual se insere a tutela da evidência, nos debruçaremos, na sequência, sobre a probabilidade para a concessão da tutela provisória de urgência (antecipada, cautelar e inibitória) e de evidência, assim como abordaremos os elementos de prova para a concessão da tutela provisória prevista nos procedimentos especiais.

3.3. A probabilidade na tutela provisória

3.3.1. Probabilidade na tutela de urgência: antecipada e cautelar

A tutela antecipada e a tutela cautelar são espécies do gênero tutela de urgência. Por consectário lógico, portanto, o elemento comum a elas é a *urgência*.

A tutela provisória de urgência é uma ferramenta capaz de evitar lesão ou ameaça a direito em favor daquele que puder demonstrar um direito mais provável em relação ao seu adversário, assim como que comprove o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Foi dito *direito mais provável* porque, quando se trata de tutela provisória, há limites⁹⁶ cognitivos, probatórios e/ou procedimentais que impedem o conhecimento

⁹⁶ “O momento processual em que se exige do juiz a prolação de uma decisão sobre a causa guarda estrita relação com a dimensão da lacuna de conhecimento a ser preenchida. Não parece haver dúvidas de que, em uma consideração abstrata, quanto maior a lacuna, menor a legitimidade de um provimento jurisdicional; noutros termos, quanto menos o juiz sabe sobre os fatos, imagina-se que menos estarão as partes dispostas a aceitar o quanto decidido por ele. Essa afirmação demonstra a íntima conexão existente, no Direito ocidental moderno, entre processo e verdade. É preciso, no entanto, investigar a capacidade humana de alcançar a verdade, de modo a estabelecer as bases de uma teoria da cognição objetivamente definida” (BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Livro eletrônico]).

da *verdade*⁹⁷ (ou *verossimilhança*⁹⁸, como alguns preferem, em razão da extrema dificuldade de se alcançar a *verdade*) exigida para a prolação de decisão final de mérito capaz de produzir coisa julgada material, conforme lição de Mitidiero⁹⁹.

Portando, partindo dessa premissa, é necessário estudar mais a fundo a *probabilidade do direito* como requisito fundamental para a concessão da tutela provisória.

Sim, pois, a despeito dos outros requisitos previstos em lei (perigo de dano e risco ao resultado útil do processo), se não houver probabilidade do direito, a tutela provisória não poderá ser deferida.

Com efeito, se houver apenas perigo de dano sem probabilidade do direito, não há que se conceder a tutela. Da mesma forma, se houver apenas risco ao resultado útil do processo, mas sem a probabilidade do direito, tampouco há que se conceder a tutela. Por outro lado, se houver apenas probabilidade do direito, sem perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, a tutela poderá ser concedida nas hipóteses de tutela da evidência.

⁹⁷ “A qualidade da prestação da tutela jurisdicional, em atenção ao modelo constitucional do direito processual civil, não pode tolerar qualquer outro comprometimento do magistrado que não a busca da ‘verdade real’, isto é, a ‘verdade’, que no seu íntimo corresponda àquilo que realmente aconteceu no plano exterior ao processo e, por ter acontecido, acabou por motivar a necessidade da atuação do Estado-juiz para prestar tutela jurisdicional” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2. [Livre eletrônico]).

⁹⁸ “Ao ensejo de conclusão, podemos dizer, o processo não trabalha com a verdade; inúmeras são as disposições legais que produzem déficit, distorções, na reprodução, nos confins do processo, da realidade ocorrida na vida. Embora o processo não possa dar as costas para a verdade, é igualmente verdadeiro que o mesmo, em diferentes medidas e por diversas razões, contenta-se com menos. O desejo de obtenção da verdade no processo não a transforma como finalidade, já que o mesmo também é estruturado com objetivos diversos, que deformam a recepção da realidade no processo. Assim, como no processo a aferição das proposições de fato é realizada com observância de normas jurídicas que condicionam o resultado da busca, para além das regras lógicas e metodológicas, não se tem como alcançar a verdade no processo. O aporte da verdade dos fatos no processo é contingencial, desejada, mas não necessária. De outra parte, inviável trabalhar com um conceito relativo de verdade, que só turva o raciocínio, pelo que o processo se contenha com a obtenção da verossimilhança sobre as proposições de fato” (DUARTE, Zulmar. Verdade sobre a prova. **Direito probatório**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 245).

⁹⁹ “A antecipação da tutela não trabalha nos domínios da verdade. Seja por força da postergação do contraditório, seja por força da ausência de todas as provas necessárias para esclarecimento do caso no processo, o juiz tem de antecipar ou não a tutela jurisdicional tão somente com base na probabilidade da existência do direito afirmado em juízo. A cognição sumária e a cognição exauriente não definitiva geram apenas juízos de probabilidade” (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. [Livre eletrônico]).

Ademais, para que haja probabilidade, é preciso que haja prova. Pelo princípio da universalidade das provas previsto no art. 369 do CPC, todos os meios probatórios, típicos e atípicos, desde que lícitos, podem ser utilizados para o convencimento do juiz a respeito da probabilidade do direito em discussão com o objetivo de obter-se a tutela provisória. Ao juiz, cabe receber esses elementos probatórios e apreciá-los de acordo com o princípio da persuasão racional¹⁰⁰, bem como levando em conta aquilo que normalmente acontece¹⁰¹ (*id quod plerumque accidit*).

Pois bem. Retomando o estudo da probabilidade, ela pode ser classificada como *quantitativa* ou *qualitativa*.

A probabilidade *quantitativa*¹⁰² se baseia em dados estatísticos para a verificação do quão provável percentualmente seria o direito, porém ela não serve

¹⁰⁰ O princípio da persuasão racional é o que predomina em nosso sistema processual e sobre ele assim se manifestou João Batista Lopes: “Na avaliação da prova apresentada pelo autor, terá o juiz de levar em consideração o princípio da persuasão racional. Por esse princípio, o juiz é livre na apreciação da prova, mas essa liberdade não é absoluta, uma vez que não pode valer-se exclusivamente de suas impressões pessoais, cumprindo-lhe atentar para as normas jurídicas, os princípios científicos, as máximas de experiência, as leis econômicas etc. Não dispondo, o juiz, de liberdade absoluta na apreciação da prova, segue-se que não pode deixar de observar as regras jurídicas e os princípios da teoria geral da prova (por exemplo, a vedação de prova testemunhal acerca de fatos que só possam ser provados por perícia, as provas legais etc.)” (LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: de acordo com o novo CPC. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Castro Lopes, 2016. p. 140-141).

¹⁰¹ Tal provérbio latino é muito importante para a compreensão deste estudo, pois ajuda a compor a ideia de probabilidade do direito, que é fundamental para a concessão da tutela da evidência. Senão vejamos a lição de Taruffo sobre o tema: “Se normalmente ocorre que eu receba os estudantes nas manhãs de quarta-feira às 10 horas, é verossímil que eu tenha assim procedido também na quarta-feira passada e que assim proceda também na próxima quarta-feira, no mesmo horário. (...) No âmbito do processo, em que as informações disponíveis são oferecidas pelas provas, pode ocorrer que essas forneçam um determinado grau de confirmação ao enunciado que concerne a um fato relevante para a decisão. Poder-se-á, então, dizer que esse enunciado é ‘provavelmente verdadeiro’, com a condição de que se queira dizer com essa expressão que as provas produzidas no processo fornecem razões suficientes para que se considere confirmada a hipótese de que aquele enunciado seja verdadeiro” (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 111-113).

¹⁰² Essa classificação é tratada por Daniel Mitidiero da seguinte forma: “Daí que a probabilidade quantitativa subjetiva e o teorema de Bayes que a alimenta não viabilizam mais do que um método para verificação da coerência interna do raciocínio judiciário e da valoração probatória empreendida. A probabilidade que serve ao processo, no entanto, tem de ser capaz de evidenciar a correspondência de determinada alegação à realidade, o que é exatamente deixado sem resposta a partir da abordagem quantitativa subjetiva da probabilidade” (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. [Livro eletrônico]).

de subsídio ao art. 300 do CPC, tendo em vista que, embora possa ser útil como elemento de convencimento do juiz, esse método se distancia do caso concreto e não pode fundamentar o deferimento ou indeferimento de determinado pedido de tutela provisória por si só. A respeito do tema, vejamos a lição de Taruffo¹⁰³:

A ideia principal que permeia essas teorias baseia-se na possibilidade de determinar, por meio do cálculo das probabilidades matemáticas, o índice de probabilidade que se deve atribuir a um determinado enunciado fático. Quando um enunciado diz respeito a um fato em litígio, os elementos de prova oferecem os pontos de partida para o cálculo, que é desenvolvido segundo a fórmula de Bayes. O resultado é um número entre 0 e 1: considera-se que esse número expresse o grau de confiabilidade do enunciado fático com base nos elementos de prova considerados. (...) A principal razão para a sua popularidade é que essa teoria dá a impressão de ser objetiva e fidedigna em um terreno onde o subjetivismo e a incerteza estão sempre presentes. Em geral, acredita-se que se algo é expresso por um número, pode ser tomado por certo, e que avaliações subjetivas tornam-se «menos subjetivas» e estão sob controle, expressando-se mediante uma quantidade numérica. (...) Infelizmente, todos esses esforços não produziram – ao menos até agora – resultados satisfatórios. De fato, essa forma de aproximar os problemas dos meios de prova e do valor da prova segue sendo duvidosa e controversa. Em verdade, diversas críticas têm sido lançadas contra a teoria da prova calcada na probabilidade quantitativa ou estatística. Diz-se, por exemplo, que em muitos casos essa não pode ser aplicada; que essa produz imagens pouco confiáveis de diversas situações probatórias; que seu instrumental matemático é por vezes incorreto, inútil e fictício, entre outras críticas.

Vale também mencionar a teoria de Malatesta sobre o tema, em que a probabilidade é vista como a preponderância de um conjunto de motivos sobre um conjunto de motivos opostos em relação a um fato a ser demonstrado. Olavo de Oliveira Neto¹⁰⁴ aborda a doutrina do autor italiano mencionando o exemplo ilustrativo das bolas:

100 (cem) bolas são colocadas no interior de uma urna, sendo 98 (noventa e oito) delas pretas e 02 (duas) delas brancas. Se alguém tem que adivinhar qual a cor da bola retirada da urna, será bastante alto o grau de probabilidade de que ela seja da cor preta, mas isso não exclui de modo absoluto que seja da cor branca.

Isso quer dizer que, se a decisão for proferida em sede de cognição sumária, ainda que esteja evidenciado um conjunto de motivos que indique fortemente a probabilidade de determinado direito, isso não significa que a decisão será a mesma em sede de cognição exauriente.

¹⁰³ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 30-31.

¹⁰⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de. **O poder geral de coerção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (Livro eletrônico)

A probabilidade *qualitativa*¹⁰⁵ (ou *lógica*), esta sim é a probabilidade prevista no art. 300 do CPC. Por esse método, afere-se a probabilidade por meio das máximas de experiência combinadas com o conjunto probatório disponível nos autos, bem como pelo número de passos procedimentais necessários para confirmá-la ao final do processo. Novamente vejamos o que diz Taruffo¹⁰⁶:

(...) a questão principal é determinar quais inferências sejam possíveis a partir dos elementos de prova relevantes, e como esses sustentam as inferências que conduzem a conclusões acerca de um fato controvertido. Inferências conectando provas e fatos não são desenvolvidas conforme os cálculos quantitativos de probabilidade, mas sobre as bases de padrões lógicos de argumentação. Os elementos de prova consideram-se como premissas a partir das quais é possível extrair inferências: as inferências seguem modelos lógicos; as distintas situações podem ser analisadas de acordo com padrões lógicos que representam características típicas de cada caso; a conclusão acerca de um fato é logicamente provável, como uma função dos argumentos jurídicos baseados nas provas disponíveis. (...) a teoria da probabilidade lógica (ou da «*evidence and inference*», como por vezes é rotulada) parece ser muito mais eficiente como uma interpretação analítica da prova judicial. Em verdade, oferece molduras para a análise de complexas situações probatórias, além de tipologias que correspondem aos diversos tipos de casos que ocorrem na prática judicial; ainda, atenta aos principais problemas de valoração da prova, i.e., às inferências que conectam os elementos de prova relevantes aos fatos controversos. Assim, o conceito de probabilidade lógica, e seus desenvolvimentos na teoria da *evidence and inference*, merece ser considerado como base teórica para se abordar de maneira apropriada o problema da prova judicial.

Essa é a linha doutrinária difundida por Daniel Mitidiero¹⁰⁷, segundo o qual a aferição da probabilidade do direito se mede por quatro principais balizas:

Daí retira igualmente a doutrina quatro balizas para aferição do grau de probabilidade indutiva de determinada proposição: i) o grau de probabilidade de uma hipótese é diretamente proporcional ao fundamento e ao grau de probabilidade incrustado nas máximas de experiência utilizadas para confirmação; ii) a probabilidade de uma hipótese é tendencialmente maior quando vem confirmada por constatações (provas documentais e provas testemunhais) ou conclusões (provas periciais) do que quando vem confirmada por hipóteses (provas indiciárias); iii) o grau de probabilidade de uma hipótese é menor quanto maior seja o número de passos inferenciais

¹⁰⁵ “A probabilidade lógica é apontada pela doutrina como sendo a probabilidade apropriada para compreensão e busca pela verdade no processo judicial. Com a sua utilização, a aproximação à verdade no processo ocorre mediante o emprego de máximas de experiência e das provas disponíveis para confirmação e não refutação das alegações de fato no processo. O que com ela se valora é a fiabilidade da inferência realizada a partir das máximas de experiência à luz da prova dos autos. A sua feição é indutiva e não dedutiva” (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. [Livro eletrônico]).

¹⁰⁶ TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 32.

¹⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (Livro eletrônico)

que compõe o procedimento que conduz à sua confirmação; e iv) a probabilidade de uma hipótese aumenta com a quantidade e a variedade de provas que a confirmam.

Na confrontação do caso concreto com as balizas da probabilidade qualitativa, chega-se ao grau de probabilidade do direito. A questão é saber: há graus de probabilidade do direito? Se houver, faz sentido diferenciá-los para fins de concessão da tutela provisória?

Segundo Marinoni¹⁰⁸, é preciso que a probabilidade seja preponderante para que a tutela de urgência seja deferida. Em suas palavras, “probabilidade preponderante significa sacrificar o improvável em benefício do provável”.

William Santos Ferreira¹⁰⁹, analisando a doutrina de Ferruccio Tommaseo, aponta o correto entendimento do processualista italiano de que “é preferível evitar um prejuízo irreparável daquele que demonstre *um direito muito provável* do que privilegiar, de forma absolutamente contraditória e inadmissível, aquele que nada demonstra”.

¹⁰⁸ “No caso de tutela de urgência, há expressa autorização para o juiz decidir com base em convicção de probabilidade. Nesse caso, a convicção de probabilidade não decorre das necessidades do direito material e do caso concreto, mas de uma regra processual (art. 300, CPC) que parte da premissa de que ao juiz é suficiente a convicção de probabilidade. No caso de tutela de urgência basta que a probabilidade seja preponderante. Decidir com base na probabilidade preponderante significa sacrificar o improvável em benefício do provável. E nem poderia ser diferente, mesmo que não houvesse tal expressa autorização, pois não há racionalidade em negar tutela a um direito que corre o risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção de verdade” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência: soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [Livro eletrônico]).

¹⁰⁹ “O princípio do devido processo legal e os que lhe são consequentes – do contraditório e da ampla defesa (com os *meios e recursos* a eles inerentes), da *igualdade* e da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito – devem ser aplicados à posição jurídica de *ambos os litigantes*, resultando neste *caso-limite* (repetimos) a necessária prevalência daquele que superou todos os obstáculos legais, isto é, a igualdade entre os litigantes estará apenas na irreversibilidade, mas haverá por parte do demandante *superioridade argumentativa e probante*, e aqui se apresenta plenamente aplicável a lapidar lição de Ferruccio Tommaseo de que o que se vislumbra é a *valoração da oportunidade* diante de todos estes elementos. Ainda abeberando nas sábias lições do mestre italiano, a opção legislativa pela introdução da tutela antecipada no sistema normativo revela, sem sombra de dúvida, uma ampliação dos poderes do juiz. Conclui com maestria: ‘*Il legislatore preferisce sia evitato un pregiudizio irreparabile a un diritto la cui esistenza appaia probabile anche ai prezzo di provocare un danno irreversibile a un diritto che, in sede di concessione dela misura cautelare, appaia invece improbabile: in altri termini, il diritto probabile prevale sul diritto improbabile*’. Em síntese, é preferível evitar um prejuízo irreparável daquele que demonstre ‘um direito muito provável’ do que privilegiar, de forma absolutamente contraditória e inadmissível, aquele que nada demonstra” (FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 163-164).

Mitidiero¹¹⁰, por sua vez, admite que a intensidade da probabilidade do direito poderá variar de acordo com o direito material em discussão, ou seja, a depender da relevância do direito, pode-se exigir a probabilidade em maior ou menor grau.

Destaca-se também a *teoria da gangorra* defendida por Leonardo Ferres da Silva Ribeiro¹¹¹, por meio da qual se projetam a probabilidade do direito e o perigo de dano em lados opostos de uma *gangorra*. Segundo o autor da teoria, quanto maior for a probabilidade do direito, menor será a necessidade de comprovação do perigo de dano e vice-versa.

No mesmo sentido, também é o magistério de Humberto Theodoro Júnior¹¹² e Arruda Alvim¹¹³, ao justificarem essas variações com fundamento no princípio da proporcionalidade.

¹¹⁰ “A variação no nível de probabilidade exigido do julgador para concessão de antecipação da tutela concerne tanto à eventualidade da dificuldade ou impossibilidade da prova sobre determinada alegação como à maior ou menor gravidade social associada ao litígio. A maior ou menor certeza sobre a veracidade das alegações flutua de acordo as peculiaridades do direito material debatido em juízo” (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. [Livro eletrônico]).

¹¹¹ “Para que fique bem entendido nosso raciocínio, faz-se analogia com uma ‘gangorra’. Numa das pontas, o *fumus bonis iuris*; noutra, o *periculum in mora*. Quanto maior for o *periculum*, menos importância se dará ao *fumus* para a decisão sobre a concessão da tutela de urgência. É claro que precisa haver algum *fumus*, ou seja, algum grau de convencimento do juiz da possibilidade de, ao final, reconhecer o direito invocado. Ambos os requisitos devem estar presentes, mas são os dois variáveis ao sabor das particularidades do caso concreto. A conjugação desses fatores, caso a caso, é que convencerá o juiz a deferir, ou não, a tutela de urgência” (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 210).

¹¹² “Segundo o princípio da proporcionalidade, o que se passa é que quanto mais verossímil o direito, menos rigorosa se apresenta a exigência do risco de dano; e quanto mais grave o perigo de uma lesão extrema e irreparável, mais se atenua o rigor na exigência do *fumus boni iuris*. Assim é que se vai da admissibilidade de medidas liminares para ‘tutela pura do *fumus extremado*’ (tutela da evidência, sem reportar-se ao perigo de dano) até a adoção de ‘tutela do *periculum extremado*’ (como nas medidas autorizadas pela legislação ambiental, que se fundam no ‘princípio da precaução’, sem maior preocupação com demonstração efetiva do direito – *fumus* – dada a ‘emergência crítica’ evidenciada no caso analisado). Entre os dois extremos, cabem inúmeros tipos, em que ora se valoriza mais intensamente o *fumus*, ora o *periculum*, embora ambos sejam exigidos, ainda que assimetricamente” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. I, p. 611).

¹¹³ “A parte interessada em uma medida de urgência deve demonstrar, através de alegações e provas, que seu direito é plausível (provável), e que é mais vantajoso ao processo conceder a medida, do que não concedê-la. Se restar abalada a convicção do juiz, ou esta não estiver formada satisfatoriamente, isto revela ser possível que a parte contrária tenha razão, e, se é assim, a pretensão do requerente poderá vir a ser havida como infundada. Se a dúvida existir *a priori*, não é caso de concessão de tutela de urgência, salvo se o bem jurídico ameaçado representar, se não protegido, um dano de grandes proporções, ou melhor, se puder levar ao perecimento de direito fundamental (direito à vida ou à saúde, por exemplo). Esta última afirmação faz recordar do princípio da precaução em direito ambiental, ou seja, ainda que com dúvida deve ser outorgada proteção ao

Portanto, embora a doutrina admita que há variações nos graus de probabilidade do direito, a divergência maior reside em saber se a probabilidade exigida para a concessão da tutela cautelar é a mesma exigida para a concessão da tutela antecipada.

Autores como Barbosa Moreira¹¹⁴, Humberto Theodoro Jr., Eduardo Arruda Alvim¹¹⁵, José Roberto dos Santos Bedaque¹¹⁶ e Arlete Aurelli¹¹⁷ entendem que a

meio ambiente, diante da grandeza do bem em discussão” (ARRUDA ALVIM, José Manuel de. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 172-173).

¹¹⁴ “Um ponto merece ressaltar: a preocupação, intensa em setores doutrinários, de estabelecer critérios rigorosos de distinção entre as medidas cautelares e as antecipatórias. Não será um tanto exagerada tal preocupação? A ela – já se observou – permanece praticamente indiferente a doutrina italiana, pouco propensa a reputar absurda a coexistência, na mesma medida, de traços de acautelamento e de traços de antecipação. O fato é que nem sempre se consegue riscar com facilidade e exatidão a linha divisória entre os dois terrenos. E, bem pesadas as coisas, talvez nem sequer valha a pena fazer grandes esforços nesse sentido, sobretudo depois que a Lei nº 10.444/2002, no § 7º que aditou ao art. 273, consagrou autêntica fungibilidade entre providências cautelares e antecipatórias, autorizando o juiz a conceder àquele título providência requerida a este outro” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela de urgência e efetividade do direito. Temas de direito processual*: oitava série. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 101).

¹¹⁵ “Já entendíamos, ao tempo do CPC/73, que a ‘prova inequívoca da verossimilhança das alegações’ e o ‘fumus boni iuris’ não apresentavam graus diferentes de probabilidade do direito. Tal entendimento, assim, mantém-se com o CPC/2015, sobretudo porque a nova lei processual expressamente adota a mesma terminologia para designar os pressupostos para concessão de tutela antecipada e cautelar. A distinção entre cada uma delas ainda existe, como será mais bem detalhado em momento próprio, mas o grau de probabilidade que autoriza uma ou outra medida não é diverso. Não é mais necessário, desse modo, estabelecer distinções entre a profundidade da aparência de verdade do direito alegado no pedido antecipatório e no pedido cautelar. Essas eventuais diferenças, aliás, seriam muito mais aferíveis no plano teórico do que no empírico, não é fácil, muitas vezes, diferenciar graus de probabilidade no mundo dos fatos, diante da variedade de situações que podem ocorrer. É, portanto, salutar a diretriz adotada pelo CPC/2015, contentando-se com a ‘probabilidade do direito’, a demonstração de que o direito alegado é provável para ambas as medidas, igualando-as nesse aspecto” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 152).

¹¹⁶ “(...) ora, se possuem tantos aspectos que as aproximam, melhor será tratá-las em conjunto e submetê-las ao mesmo regime jurídico. Esse parece ser o real interesse no estudo comparativo das espécies de tutelas provisórias, as de caráter meramente conservativo e as que possuem conteúdo antecipatório. Dada a similitude existente entre elas, aconselhável recebam o mesmo tratamento jurídico. Irrelevante considerá-las como modalidades de cautelar ou reservar essa denominação apenas para as conservativas ou não antecipatórias. Importante, sim, é determinar sua substância e demonstrar que ambas existem com a mesma finalidade e possuem características praticamente iguais. (...) Nessa linha, as tutelas provisórias devem ser reunidas e receber o mesmo tratamento. Inexiste razão para a distinção entre a tutela cautelar conservativa e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Ambas são provisórias e instrumentais, pois voltadas para assegurar o resultado final. São técnicas processuais com idêntica finalidade e estrutura. Não há por que distingui-las” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 301).

¹¹⁷ “No novo CPC essas diferenças deixam de ter importância, uma vez que tutela cautelar e antecipada estão previstas como tutelas de urgência em contraposição à tutela da evidência, sendo que ambas (antecipada e cautelar) exigem o requisito do *periculum in mora* e também o *fumus boni iuris*, este na mesma densidade independentemente do tipo de tutela de urgência. Não há mais que

probabilidade do direito é a mesma para tutelas cautelares e antecipadas. Ademais, também foi editado o Enunciado 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civil com o seguinte teor: “A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

Em sentido diverso, João Batista Lopes¹¹⁸ afirma que, a despeito das mudanças do art. 300 do CPC, não é possível ignorar a diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, pois a primeira visa assegurar o direito, enquanto que a segunda antecipa os efeitos da tutela final. Portanto, dada a diferença entre as consequências da concessão da tutela (a segunda muito mais gravosa do que a primeira), não faria sentido admitir-se requisitos comuns em ambos os tipos de tutela, sendo mais adequado exigir-se uma maior probabilidade do direito para a concessão da tutela antecipada em relação à cautelar¹¹⁹.

se averiguar se há mera possibilidade de existência do direito afirmado em juízo, quando se tratar de cautelar, ou a grande probabilidade de o direito ser procedente, no caso da tutela antecipada. A aparência do bom direito será analisada em cognição sumária e não exauriente, sendo totalmente despicienda a preocupação com os graus de intensidade com que ele se apresenta, para fins de distinção entre as formas de tutela” (AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 64).

¹¹⁸ “Com o CPC, unificou-se o requisito exigido para a tutela de urgência (que abrange a cautelar e a antecipada). Agora, para ambas, é indispensável a probabilidade do direito (art. 300). Põe-se, então, a questão: a prova necessária para a tutela antecipada é diferente da exigida para a tutela cautelar? Interpretação atrelada à literalidade do texto imporia resposta negativa, *sic simpliciter*. Contudo, conquanto não possa mais prevalecer a tese de que para a tutela cautelar seria suficiente a plausibilidade da alegação, enquanto para a tutela antecipada se exigiria prova inequívoca – como foi exposto, a lei, agora, alude unicamente à probabilidade do direito –, é inquestionável que as duas figuras não se identificam integralmente: a primeira é tutela assecuratória e a segunda, satisfativa. Considerando-se, pois, os efeitos práticos decorrentes da tutela antecipada com evidente repercussão no patrimônio do réu, cumpre ao juiz agir com maior rigor (e, até mesmo, parcimônia) na apreciação do pedido do autor. Assim, ainda que a lei se refira genericamente a probabilidade do direito, não poderá o juiz contentar-se com a probabilidade mínima, do que resulta a conclusão que a prova apresentada pelo autor terá de ser segura e idônea à formação de seu convencimento” (LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 228).

¹¹⁹ “Assim como a tutela antecipada, a tutela cautelar tem como requisitos a probabilidade do direito e o *periculum in mora*. Essas duas espécies de tutela não se confundem, porém, cumprindo ao magistrado verificar se o autor pretende apenas a garantia do direito ou antecipar efeitos práticos do pedido. Se o pedido revestir de caráter satisfativo (tutela antecipada) observará o disposto no artigo 303 e, a despeito da omissão legal, exigirá maior grau de probabilidade do que seria suficiente para a

Destacamos também a posição de William Santos Ferreira e Verônica Holzmeister¹²⁰, que, em nossa visão, de forma acertada, afirmam que o termo “probabilidade empregado no CPC tanto para a tutela cautelar, quanto para a tutela antecipada, significa apenas o mesmo instrumento de apuração, mas não o mesmo grau”. Além disso, uma tutela antecipada indeferida por falta de probabilidade automaticamente impediria o deferimento de uma tutela cautelar, o que também foi abordado pelos autores.

Em nossa opinião, respeitadas as posições em sentido contrário, parece-nos que a diferença de probabilidade para a concessão da tutela provisória de urgência ainda remanesce.

Embora realmente seja difícil a mensuração da probabilidade do direito na prática¹²¹, ainda faz sentido a distinção teórica, pois, de fato, equiparar os requisitos

tutela cautelar, uma vez que implica incursão na esfera do direito material. É que a probabilidade tem graus (máximo, médio e mínimo) de modo que só o exame de cada caso permitirá definir o tipo de tutela adequada” (LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: de acordo com o novo CPC. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Castro Lopes, 2016. p. 264-265).

¹²⁰ “O que se propõe, portanto, não é uma definição singela matemática, com imputações percentuais, mas sim de reconhecer que o ‘termo’ ‘probabilidade’ empregado no CPC (LGL\2015\1656) tanto para a tutela cautelar, quanto para a tutela antecipada, significam apenas o ‘mesmo instrumento’ de apuração, mas não o ‘mesmo grau’. Se por um lado, não há que se quantificar numericamente a probabilidade, não se pode dizer que a probabilidade representa o mesmo nível de exigência para a concessão. Pois o grau de confirmação pode ser mais ou menos elevado. (...) Os artigos 300, 303 e 305 do CPC (LGL\2015\1656) indicam apenas que o juízo a ser realizado é o de probabilidade, inclusive como uma clara descrição de que tutela provisória não vinculam o órgão julgador para o momento da decisão definitiva que ainda virá. E referidos dispositivos não estão a indicar mesmo grau de probabilidade, razão pela qual ainda se mostram oportunas as lições da doutrina a respeito das tutelas cautelares e antecipadas em relação a esse requisito” (FERREIRA, William Santos; HOLZMEISTER, Verônica Estrella. Tempo, ideologia e graus de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade. **Revista de Processo**, v. 296, p. 151-180, out. 2019).

¹²¹ Cassio Scarpinella Bueno já apontava essa dificuldade na vigência do CPC/1973: “O *fumus bonis iuris* representa um grau menos intenso de convencimento do que a ‘prova inequívoca da verossimilhança da alegação’, que, por sua vez, é menos intensa do que o ‘fundamento relevante’ da liminar do mandado de segurança. Isso está certo. Mas está certo no papel, porque não funciona na prática. Na prática, não é possível ligar à mente do magistrado que analisa uma petição inicial de ação cautelar, de ação com pedido de tutela antecipada ou de mandado de segurança com pedido de liminar uns tantos conectores para que seja medido o grau ou intensidade de convencimento que ele forma a partir do que é narrado e/ou documentado pelo autor” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41). No mesmo sentido, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro aponta a dificuldade prática de concretizar-se a visão teórica sobre os graus de probabilidade na prática, senão vejamos: “Prender-se a uma ‘escala de grau de convencimento’ prévia do juiz, a partir da ideia de que para a proteção cautelar é suficiente mera plausibilidade do direito, enquanto

para a concessão de tutela satisfativa e assecuratória não se mostra a solução mais adequada, dada a consequência mais gravosa àquele que sofre os efeitos da tutela provisória, cautelar ou antecipada, deferida contra si.

Dessa forma, a despeito de a probabilidade ser conceitualmente única, isto é, uma aproximação da *verdade*, faz sentido diferenciá-la em graus (mais ou menos próximos da *verdade*) para fins de concessão da tutela provisória antecipada e cautelar.

3.3.1.1. Probabilidade na tutela inibitória

Muito embora a tutela inibitória não tenha sido disciplinada ao lado dos demais tipos de tutela de urgência no CPC/2015, essa espécie de tutela foi prevista no art. 497 e a sua aplicação deve ser pensada de forma sistêmica, dada a importância da matéria para debelar as crises de direito material que se apresentam a todo momento. Afinal, não é possível admitir-se apenas a tutela repressiva, que tem vez apenas quando o dano já se consumou. A tutela preventiva é plenamente cabível no sentido de prevenir a ocorrência de dano, o que mais bem dialoga com o processo civil contemporâneo.

Dessa forma, em uma interpretação sistêmica do direito processual, pode-se dizer que os requisitos para a concessão da tutela inibitória também se concentram na probabilidade do direito e no perigo de dano.

No tocante à probabilidade do direito, no entanto, seria um contrassenso exigir-se a apresentação de provas constitutivas de fatos que ainda não ocorreram, mas, se ocorressem, gerariam dano ao jurisdicionado.

para a antecipação de tutela exige-se algo mais profundo, uma maior probabilidade, traz o sério risco de comprometer a efetividade que se espera da tutela jurisdicional. As teorias existentes acerca dos graus de convencimento do juiz em sede cognição sumária, em que pesem terem um interessante apelo técnico e teórico, não se coadunam com a realidade de uma tutela de urgência. Parece-nos equivocado (pre)determinar a intensidade da cognição sumária, vinculando-a ao tipo de provimento pretendido (se cautelar ou antecipatório)" (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência** do CPC/1973 ao CPC/2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 208).

É por isso que o parágrafo único do art. 497 do CPC dispõe que “é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo” para a concessão da tutela inibitória, conforme também aponta Mitidiero¹²². De fato, não se pode aguardar a colocação de produtos contrafeitos no mercado para somente então deferir-se a tutela antecipada para recolhê-los. Tampouco se pode aguardar a exibição de programa de televisão que exponha menor impúbere ao ridículo para somente então pleitear-se a reparação do dano em juízo por conta do episódio.

Nessas hipóteses, considerando que o dano ainda não terá ocorrido, a produção da prova deverá ser voltada para a demonstração de que o dano possa vir a ocorrer, o que nem sempre é uma prova fácil, razão pela qual, a depender do caso concreto, a probabilidade pode ser relativizada nessa hipótese.

Por outro lado, tendo em vista que na maioria das vezes não há tempo hábil para a oitiva do réu antes da ocorrência do dano, a concessão da tutela inibitória deverá ser feita com especial prudência¹²³ do magistrado, de modo a também respeitar os direitos da parte contrária.

Em suma, por consectário lógico, não há como exigir-se a prova de um fato que ainda não ocorreu para fins de concessão da tutela inibitória antecipada, mas

¹²² “E é justamente aí que ganha ainda maior especificidade o problema do juízo de probabilidade no terreno da antecipação da tutela. Para obtenção da tutela inibitória – que é uma tutela preventiva, voltada para o futuro, que visa inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ato ilícito (art. 497, parágrafo único, CPC) – mediante provimento sumário é preciso alegar e provar o fato temido. Vale dizer: para concessão da antecipação da tutela inibitória, o juiz deve realizar um juízo prognóstico, isto é, tem de fazer previsões envolvendo eventos futuros. Nesse caso, a prova da alegação obviamente não pode recair sobre o fato futuro – pela singela razão de que esse ainda não ocorreu. O que se tem de provar é a ameaça de ilícito, isto é, o que realmente interessa é a prova da ameaça” (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. [Livro eletrônico]).

¹²³ “Cuidando-se de tutela inibitória antecipada, terá o juiz de agir com extrema cautela ao avaliar os interesses em jogo e somente deferir o pedido inaudita altera parte se houver urgência especial e risco de dano irreparável. Presentes urgência especial, probabilidade do direito e risco de seu perecimento ou comprometimento, a medida terá de ser concedida in limine. Com efeito, a audiência do réu, em muitas hipóteses, poderá frustrar a eficácia da medida, comprometendo, assim, a efetividade da tutela jurisdicional. (...) É cediço, porém, que o pedido de inibitória sem audiência do réu deve lastrear-se em elementos de convicção bastantes para justificar a decisão liminar. Considerando-se a natural dificuldade de demonstração dos fatos por meio de documentos, outros meios de prova têm de ser admitidos, desde que idôneos e seguros para a formação do convencimento do juiz” (LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 235).

sim da prova de que o dano possa vir a ocorrer. Por outro lado, quando há dificuldade na produção dessa prova, o grau de probabilidade poderá ser mitigado, o que demandará do magistrado maior cautela e reflexão no deferimento da tutela.

3.3.1.2. Probabilidade nos procedimentos especiais

Os procedimentos especiais diferem do procedimento comum. De acordo com as especificidades do direito material, criam-se regras procedimentais customizadas para concretizar tais direitos de modo mais eficiente em comparação às regras gerais do procedimento comum. Trata-se de uma das facetas da tutela diferenciada, tão bem conceituada por Donaldo Armelin¹²⁴.

Pela mesma razão, os procedimentos especiais também disciplinam a tutela provisória, a exemplo das ações possessórias, ação de despejo, mandado de segurança, desapropriação, ação de alimentos etc.

Em cada um desses exemplos citados, os requisitos para a concessão da tutela de urgência são distintos, pois se relacionam intimamente com o direito material cujo procedimento disciplinam.

De toda forma, em qualquer um deles, não há como conceber a antecipação da tutela sem que esteja presente a probabilidade do direito. Novamente, no entanto, há que se trabalhar com graus de probabilidade.

Para a concessão da liminar em mandado de segurança, por exemplo, o art. 7º, III, da Lei 12.016/2009 determina que haja *fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida*. Some-se a isso a exigência de que o direito seja líquido e certo, bem como que se apresentem provas pré-constituídas

¹²⁴ “Dois posicionamentos, pelo menos, podem ser adotados a respeito da conceituação de ‘tutela diferenciada’: Um, adotando como referencial da tutela jurisdicional diferenciada a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo da necessidade de tutela ali veiculado. Outro, qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia no iter procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular” (ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, 1992).

do direito do impetrante, dada a impossibilidade de dilação probatória posterior. Nesse caso, conclui-se que o grau de probabilidade do direito exigida para a concessão da liminar em mandado de segurança é superior àquele exigido para a concessão da tutela antecipada ou cautelar de urgência, conforme leciona Eduardo Arruda Alvim¹²⁵.

Nas hipóteses de liminar de despejo em denúncia vazia em locações não residenciais, por outro lado, por se tratar de um direito potestativo do locador, uma vez preenchidos os requisitos legais da Lei 8.245/1991, o despejo deverá ser deferido liminarmente, mediante a prestação de caução. Nesse caso, por se tratar de um tipo de tutela da evidência, a análise da probabilidade do direito passa a ter relevância para o réu acerca dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

O mesmo ocorre com a liminar em ação possessória, ou seja, uma vez presentes os requisitos elencados no art. 561 do CPC, a liminar deverá ser concedida liminarmente para a reintegração ou manutenção da posse, o que também é um tipo de tutela da evidência. Uma vez deferida a liminar, caberá ao réu demonstrar, eventualmente, a probabilidade dos fatos constitutivos de seu direito, considerando que as ações possessórias têm caráter dúplice, ou dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, pela mesma razão exposta anteriormente.

¹²⁵ “Apenas para ilustrar a intensidade do grau de probabilidade exigido pelo *caput* do art. 300 do CPC/2015, parece oportuno compará-lo à liminar em mandado de segurança, que exige a ‘relevância do fundamento do pedido’ (Lei n. 12.016/2009, art. 7º, III). A diferença que pode ser sublinhada entre o requisito para a concessão da tutela provisória de urgência, conforme se extrai do art. 300 do CPC/2015, e para a liminar no mandado de segurança, é a de que no mandado de segurança o material probatório, que é documental, deve encontrar-se completo já quando o juiz aprecia o pedido de medida liminar. A concessão de liminar em mandado de segurança pressupõe que o juiz tenha dado os fatos, ainda que em juízo provisório, por suficientemente provados. (...) Já a ideia de probabilidade do direito para concessão das tutelas provisórias de urgência é, por assim dizer, menos intensa do que a relevância dos fundamentos do pedido. Ao contrário do que sucede no caso do mandado de segurança, a avaliação sobre fatos nos quais se baseia a tutela de urgência do CPC/2015 não precisa ser exauriente, bastando a conclusão do julgador pela plausibilidade do direito alegado nos moldes acima tratados. O requisito para a liminar do mandado de segurança é, nesse sentido, mais rigoroso” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 154).

3.3.2. Probabilidade na tutela da evidência

Conforme já foi tratado anteriormente, a tutela da evidência já existia em nosso ordenamento jurídico antes da edição do CPC/2015, embora não fosse assim denominada. Alguns exemplos disso são: a decisão liminar nas ações possessórias para manter ou reintegrar à posse (art. 928¹²⁶ do CPC/1973, repetido *ipsis litteris* no art. 562 do CPC/2015); a decisão liminar na ação de despejo que determina a desocupação (art. 59, § 1º¹²⁷, da Lei 8.245/1991); e a tutela antecipada prevista no art. 273, II¹²⁸, do CPC/1973 em razão do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

No CPC/2015, a tutela da evidência foi positivada de forma ampla como uma espécie de tutela provisória com o objetivo de garantir a prestação da tutela jurisdicional de modo mais rápido e efetivo quando o direito mostrar-se evidente, ainda que não haja o perigo de dano em discussão, conforme exposição de motivos¹²⁹ do novo CPC, ou de acordo com Eduardo Arruda Alvim¹³⁰, “em razão da injustiça consistente em subordinar aquele que demonstra a evidência do seu direito, ao decurso do tempo, natural à tramitação do processo”.

¹²⁶ “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.”

¹²⁷ “Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário. § 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo: (...)”

¹²⁸ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (...) II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

¹²⁹ “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” (Exposição de Motivos do novo CPC, p. 32).

¹³⁰ ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 315.

A inovação sobre esse instituto no CPC/2015 reside na sistematização da tutela da evidência no art. 311 do CPC, no qual foram elencadas as hipóteses de cabimento dotadas, em sua maioria, de conceitos vagos e indeterminados.

Nesse sentido, parece-nos que o rol do art. 311 não é taxativo, e, sempre que houver prova suficiente do direito do autor, fragilidade da defesa (defesa em sentido lato e não apenas contestação) e necessidade de continuidade da instrução, haverá a possibilidade de concessão da tutela da evidência, no que se chamou de *poder geral de antecipação da evidência*¹³¹. Essa regra geral decorre do inciso I do art. 311 do CPC, conforme será mais bem abordado nos próximos capítulos.

Muito embora o *caput* do art. 311 não tenha mencionado o requisito da probabilidade, é pré-requisito para a concessão da tutela da evidência que os fatos constitutivos do direito do autor possam ser comprovados de plano por prova documentada (e não apenas documental¹³²), razão pela qual a probabilidade do direito deve estar presente em grau máximo.

Não se trata aqui da apuração da *verdade* dos fatos, mas, sim, de se chegar a uma *certeza conjuntural jurídica de persuasão racional no processo*, conforme aponta Artur Cesar de Souza¹³³.

¹³¹ “O raciocínio é simples: se o tempo do processo deve ser mais bem equilibrado entre as partes, e a razão para tanto normalmente tem natureza processual (e não material) isso não deve se limitar a algumas situações específicas (taxativamente previstas pela lei). A técnica deve ser aplicada de modo amplo, em todas as situações iguais. Em outras palavras, sempre que houver prova suficiente do direito do autor, fragilidade da defesa e necessidade de continuidade da instrução, haverá a possibilidade de aplicação da tutela da evidência, independentemente da natureza do direito material discutido em juízo. Essa é precisamente a razão pela qual ela deve ser aplicada genericamente. Nesse sentido, seria possível, inclusive, falar em um poder geral de antecipação da evidência, sempre que estiverem presentes a probabilidade do direito e a fragilidade da defesa” (DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livre eletrônico]).

¹³² Para maior detalhamento sobre as diferenças entre *prova documental* e *prova documentada*, ver itens 4.2, 4.3 e 4.4 mais adiante.

¹³³ Por sua vez, a evidência não tem por objetivo apurar a verdade dos fatos, como se dá com a prova, mas, sim, produzir uma certeza conjuntural jurídica de persuasão racional no processo. Verdade e certeza são, na realidade, conceitos distintos, que nem sempre coincidem. Por vezes, tem-se certeza do que é objetivamente falso; por vezes, duvida-se do que é objetivamente verdadeiro (SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017. p. 74).

Portanto, para a concessão da tutela da evidência, não basta apenas o abuso do direito de defesa manifestado pelo réu, pois também é preciso haver a prova dos fatos constitutivos do direito do autor. A esse respeito, mostra-se pertinente a crítica de João Batista Lopes¹³⁴ ao referir-se à redação do inciso I do art. 311 do CPC, que elencou como requisitos para a concessão da tutela apenas o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório de sua conduta, mas silenciou sobre a probabilidade do direito.

Como se sabe, conforme a regra geral do ônus da prova, quando o autor faz a prova dos fatos constitutivos de seu direito, caberá ao réu alegar e provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Assim, mais do que a probabilidade do direito do autor, o que é um pressuposto para a concessão da tutela da evidência é analisar a probabilidade do direito do réu no tocante aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Com efeito, caso o réu se defenda de forma abusiva ou não seja capaz de opor dúvida razoável ao direito do autor, ou seja, se não demonstrar a probabilidade da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, mas ainda seja necessário o prosseguimento da instrução processual, a tutela da evidência poderá ser concedida, conforme aponta Marinoni¹³⁵.

¹³⁴ “Como se vê, o legislador não primou pela melhor técnica uma vez que o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu, por si sós, não autorizam a conclusão de que o direito do autor é evidente. Por outras palavras, se o autor não lograr convencer o juiz de que faz jus ao tratamento privilegiado da tutela da evidência, isto é, se não fornecer fundamentação fática ou jurídica exigida para essa espécie de tutela, não poderá, à evidência, valer-se dela. Por exemplo, se o autor, na inicial, limitar-se a vagas e genéricas alegações desacompanhadas de provas, o só fato de o réu abusar do direito de defesa não justificará a concessão da tutela da evidência. Assim, não se pode dispensar o autor de demonstrar a forte probabilidade da existência do direito para, aliada ao abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, obter a providência em questão” (LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: de acordo com o novo CPC. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Castro Lopes, 2016. p. 275).

¹³⁵ “A tutela provisória requer convicção de probabilidade. Porém, se o juiz não pode deixar de conceder a tutela de urgência com base no argumento de que o autor não se eximiu do ônus da prova, na hipótese típica de tutela da evidência os fatos constitutivos são incontroversos e a dúvida recai sobre as alegações de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos – cujo ônus da prova é do réu. Tratando-se de tutela da evidência, a probabilidade em regra diz respeito à defesa de mérito indireta. E nesse caso a probabilidade deve ser de que a defesa é infundada ou não será acatada” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: soluções processuais diante do tempo da Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [Livro eletrônico]).

Essa situação se altera nas hipóteses em que a lei autoriza a tutela da evidência sem o contraditório prévio, isto é, nas hipóteses dos incisos II (quando as alegações de prova puderem ser comprovadas por prova documentada e existir jurisprudência vinculante favorável ao direito do autor) e III (contrato de depósito) do art. 311 do CPC.

A despeito das críticas¹³⁶ sobre a constitucionalidade da antecipação da tutela sem urgência e sem contraditório prévio, com as quais nos alinhamos, nessas hipóteses, a análise da probabilidade do direito volta-se novamente ao autor, que deverá demonstrar o alto grau de probabilidade de seu direito, notadamente porque não está presente o perigo de dano iminente decorrente da não concessão da tutela antecipadamente.

Em regra, na tutela da evidência, há a necessidade de demonstração da probabilidade do direito do autor em alto grau, mas não é só. Também é preciso demonstrar-se a falta de probabilidade do direito do réu em relação aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Por fim, vale ressaltar que a probabilidade em grau máximo não se confunde com a certeza exigida no julgamento com cognição exauriente. A tutela da evidência pode ser concedida em sede de cognição sumária, uma vez que tal corte cognitivo vertical foi autorizado pela lei. Caberá ao julgador deliberar sobre o pedido de tutela

¹³⁶ “A previsão legal da concessão dessa forma de tutela antes de se oportunizar o contraditório (CPC, art. 311, parágrafo único) tem recebido críticas. Trata-se de uma peça que não foi feita para o jogo ou que não cabe no tabuleiro, como afirma Luiz Guilherme Marinoni. A ideia que está na base do conceito da evidência é a de um direito provável, considerados os argumentos de ambas as partes. Assim ocorre com o *référé-provision* do sistema francês, o qual parece ter servido de inspiração. Não se trata, portanto, de um procedimento documental, cuja iniciativa de concessão da ordem depende apenas de uma prova pré-constituída. O que se verifica na tutela da evidência é uma equiparação das alegações e provas produzidas por ambas as partes. E não na mera consideração unilateral da prova do autor. Grande parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade da liminar na tutela da evidência. Para essa linha de pensamento, sem uma urgência a debelar não se legitima a postergação do contraditório constitucionalmente assegurado” (DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livro eletrônico]).

da evidência sob essa perspectiva de cognição sumária com base no que “deve ser” ou “pode ser”, mas ainda não “é”, como bem aponta Olavo de Oliveira Neto¹³⁷.

3.3.3. A imprescindibilidade da probabilidade para a tutela provisória

Da análise de todos os tipos de tutela provisória objeto deste estudo, verificou-se que a lei prevê variações quanto aos requisitos para a concessão de cada uma delas, porém, ainda que nem todas as modalidades mencionem expressamente a probabilidade do direito como requisito, não há como conceber o deferimento da tutela provisória sem que ela esteja presente. Seria antissistêmico pensar em sentido contrário.

A probabilidade do direito, portanto, é mandatória na tutela provisória. O que se alteram são os graus de probabilidade exigidos para a concessão de cada tipo de tutela provisória, o que guarda relação direta não apenas com cada procedimento, mas também com o direito material sob análise. Isso se observa não somente nos procedimentos especiais, mas também no procedimento comum, tal como explica a *teoria da gangorra* mencionada anteriormente, por meio da qual se sustenta que o grau de probabilidade exigido se modifica de acordo com o grau de perigo de dano ao direito material.

Seguimos com a definição de Daniel Mitidiero¹³⁸ sobre probabilidade: “a probabilidade constitui descrição em maior ou menor grau aproximada da verdade.

¹³⁷ “A distinção da cognição no plano vertical em três patamares correspondentes a um grau maior (exauriente), a um grau intermediário (sumária) e a um grau menor (superficial) de probabilidade apresenta-se como bastante adequada para retratar o fenômeno, embora fosse possível estabelecer uma gradação de divisões levando em conta inúmeras faixas, o que se apresenta como um preciosismo desnecessário porque não se trata de um cálculo matemático preciso, mas um método destinado a permitir, num caso concreto, a apreciação do tema a decidir na profundidade que a lei reputa necessária para conferir segurança jurídica ao acerto temporário (não definitivo), estando a matéria sujeita a uma nova apreciação, então em grau de cognição exauriente ou de certeza. Atendida a imposição legal para que o julgador conheça do conteúdo do processo com uma profundidade não exauriente, o juiz decide com base em um juízo de probabilidade que a lei considera o adequado e não com base em um juízo de certeza que deveria ter se a lei nada dissesse. Daí o julgar com base no ‘deve ser’ ou no ‘pode ser’ e não com base no ‘é’. Como ensinou C. J. A. Mittermayer” (OLIVEIRA NETO, Olavo de. **O poder geral de coerção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. [Livro eletrônico]).

¹³⁸ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (Livro eletrônico)

Afirmar que determinada alegação é provável significa dizer que a proposição corresponde, em determinada medida, à verdade”.

Perfeita a definição. O processo tem o escopo de aproximar-se da verdade real a despeito de todas as dificuldades para se alcançar esse intento. Por outro lado, considerando que a obtenção da verdade real é uma utopia, em última análise, o processo trabalha com juízos de probabilidade, seja em sede de cognição sumária ou até mesmo exauriente.

Sendo assim, pode-se dizer que o sistema processual admite a antecipação dos efeitos da tutela final para aquele que consegue demonstrar que possui o direito mais provável, ou seja, mais próximo da verdade. Isso se coaduna com os princípios da isonomia e da paridade.

A tutela provisória é uma importante ferramenta não apenas para evitar situações de lesão ou ameaça a direito, mas também para redistribuir o ônus do tempo do processo. Os juízos de probabilidade, com todos os seus graus e nuances, são essenciais para que isso possa ser feito de forma adequada, isonômica e eficiente, o que justifica a importância desse capítulo como marco teórico para a definição dos requisitos para a concessão da tutela da evidência.

3.4. O *référé-provision* do direito francês

O dilema da (pouca) efetividade da tutela jurisdicional em contraposição ao respeito às garantias processuais é um problema comum entre os sistemas jurídicos dos estados democráticos de direito no mundo inteiro, que dificilmente conseguem atender aos anseios de justiça tempestiva de suas respectivas populações¹³⁹.

¹³⁹ Humberto Theodoro Jr. aponta que esse é um problema mundial: “O Mundo civilizado, em seus principais Países, assiste a um generalizado clamor contra a pouca eficiência da justiça oficial para solucionar a contento os litígios que lhe são submetidos. Consequência imediata desse quadro de insatisfação social é a onda de reforma das leis processuais da qual não escapa ninguém, nem mesmo aqueles povos que se gabam de ter produzido, em campo da ciência jurídica, monumentos gloriosos na edição de seus Códigos. Por mais que juristas e legisladores se esforcem por aperfeiçoar as leis de processo, a censura da sociedade ao aparelhamento judiciário parece sempre aumentar, dando a ideia de que o anseio de justiça das comunidades se esvai numa grande e generalizada frustração” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação

Uma vez superada a fase da declaração dos direitos fundamentais do pós-guerra, em nosso tempo, cabe a implementação de tais direitos, o que se faz, muitas vezes, pelo processo. Com a reaproximação do direito material e do direito processual (antes autônomo), o direito processo civil contemporâneo vive a sua fase neoconcretista (ver item 2.2), na qual não basta o mero reconhecimento dos direitos; é preciso que o processo forneça ferramentas para a efetiva concretização da tutela jurisdicional de forma efetiva, tempestiva e adequada.

Esse caminho de acesso à justiça¹⁴⁰, instrumentalidade e concretização dos direitos, que advém do direito constitucional, vem sendo traçado em concomitância pelas sociedades civilizadas, porém algumas delas vêm logrando um sucesso maior do que outras ao fazê-lo. É o caso da França por meio dos juízos de *référé*.

Muito embora a França também tenha sofrido com o aumento substancial do número de demandas que chegaram às suas Cortes nas últimas décadas em razão do aumento da massa litigiosa, da conscientização da população sobre os seus direitos e do incremento da complexidade das relações humanas, conforme leciona Roger Perrot¹⁴¹, o país foi capaz de criar instrumentos processuais adequados para lidar com o problema, sendo um deles os juízos de *référé-provision* em 1973.

jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**, v. 125, p. 61-78, jul. 2005).

¹⁴⁰ Em reconhecida obra, Mauro Cappelletti tratou sobre as ondas de acesso à justiça, tendo ponderado que não basta o mero acesso ao judiciário, sendo também necessária a efetiva equalização dos conflitos: “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. (...) Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8-13).

¹⁴¹ “O acontecimento processual marcante deste último meio século terá sido sem dúvida, e não só na França, o considerável aumento da massa litigiosa. Foi esse dado primeiro que pesou muito fundo nas transformações do processo civil francês. Quando se evoca tal problema, logo se pensa no crescimento quantitativo do volume das causas. As demandas apresentadas aos tribunais multiplicam-se em condições inquietantes. Na França, foi possível verificar que, no espaço de vinte anos, o número de causas triplicou, e por motivos fáceis de compreender. Numa sociedade que evolui rapidamente, as leis sucedem-se em ritmo acelerado e fatalmente geram um contencioso mais abundante, tanto mais quanto os nossos contemporâneos, mais bem informados de seus direitos que no século passado, já não hesitam em dirigir-se aos tribunais ante a menor dificuldade e, se necessário, percorrendo todos os degraus da hierarquia judiciária, desde o juiz de primeiro grau até a Corte de Cassação. Mas não existe milagre. Com um pessoal judiciário que praticamente não aumentou em número, o resultado mais claro de semelhante situação consiste em que nossos

Antes de abordar mais profundamente do *référé-provision* em específico, é importante tratar dos juízos de *référé* de maneira geral. Trata-se de um procedimento surgido na prática forense francesa no século XVI¹⁴², que posteriormente foi incorporado pela lei, sendo muito popular naquele país como método de resolução de conflitos. O procedimento é simplificado, pouco formal e, acima tudo, pragmático, pois, independentemente de uma base legal antecedente, os juízos de *référé* foram sendo desenvolvidos na prática em razão da necessidade de efetividade da jurisdição em casos de urgência e, posteriormente, de evidência também, conforme explica Alessandro Jommi¹⁴³.

Trata-se de juízos com competência para a apreciação de pedidos de tutela provisória de forma autônoma, isto é, sem a necessidade de posterior propositura do pedido principal de forma mandatória, tendo em vista que as partes podem se conformar apenas com o resultado do julgamento do pedido provisório, que se tornará estável e passível de execução se não for impugnado pela ação de fundo (*au fond*), esta sim com procedimento completo de modo a permitir o exercício do contraditório e da ampla defesa de forma plena.

tribunais, que já não conseguem deter essa maré montante, só podem proferir seus julgamentos ao fim de muitos meses, quando não de muitos anos" (PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, v. 91, p. 203-212, jul.-set. 1998).

¹⁴² O doutrinador italiano Giovanni Bonato faz interessante paralelo entre o direito francês, italiano e brasileiro sobre como a tutela provisória é tratada em cada país: "O surgimento oficial do instituto em análise remonta ao Édito Real de 22 de janeiro de 1685 do Châtelet de Paris. O instituto do *référé* foi, sucessivamente, disciplinado no CPC de 1806 e depois no vigente CPC de 1975, em cujo primeiro livro encontramos a definição e as regras gerais sobre a demanda, o procedimento, as decisões e sua recorribilidade, enquanto no segundo livro estão disciplinadas as diversas figuras dos *référés*, entre os quais vale mencionar: o *référé classique* do art. 808, baseado na urgência; o *référé de remise en état* do art. 809, § 1º; o *référé provision* do art. 809, § 2º, baseado na evidência; o *référé préventif* o *probatorie* do art. 145" (BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália. **Revista de Processo**, v. 273, p. 191-253, nov. 2017).

¹⁴³ "La 'procedura di référé' non è altro che un procedimento sommario (estremamente semplice e rapido) in contraddittorio a giudice unico (in principio il presidente dell'organo giudiziario competente o il giudice da questi delegato), che può essere instaurato ante causam o in corso di causa, e che sfocia in un provvedimento avente la forma dell'ordinanza le cui caratteristiche sono: 1) un'efficacia esecutiva particolarmente incisiva ('de plein droit'), che non può essere sospesa in nessun caso, ancorché in principio siano ammessi contro l'ordinanza i normali mezzi di impugnazione; 2) la provvisorieta (ossia la non attitudine al giudicato); 3) l'assenza di (rigida) strumentalità rispetto al processo a cognizione piena (ossia l'efficacia dell'ordinanza non è subordinata all'instaurazione entro un termine fissato dal giudice o dalla legge del processo a cognizione piena e alla sua non estinzione una volta instaurato)" (JOMMI, Alessandro. **Il référé provision**: ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia. Torino: G. Giappichelli, 2005. p. 71-72).

Ressalte-se que, se houver o ajuizamento da ação de fundo, não haverá o trânsito em julgado da decisão estabilizada, mas ela estará submetida ao regime de preclusões, isto é, não poderá haver a mera rediscussão da questão no juízo de *référé*¹⁴⁴, mas apenas na ação de fundo, até porque o juiz que recebeu e apreciou o pedido de tutela provisória não será o mesmo a conduzir o processo principal.

Nos juízos de *référé*, os julgamentos são realizados de forma monocrática e com base na probabilidade do direito alegado. Em razão disso, a decisão não é acobertada pela coisa julgada material, podendo ser discutida pela ação de fundo, na qual há cognição ampla e exauriente.

Por outro lado, com base em dados obtidos por Ada Pellegrini Grinover em artigo publicado no ano de 2005¹⁴⁵, aproximadamente 90% dos juízos de *référé* se encerram sem o prosseguimento da discussão por meio da ação de fundo.

Essa estatística realmente impressiona e demonstra como as normas de processo e procedimento podem influenciar no comportamento das partes. Em outras palavras, o comportamento humano é preponderantemente racional e tende a ser guiado pela melhor relação de *custo-benefício*. Trata-se da chamada análise

¹⁴⁴ “É oportuno lembrar que no processo civil francês há previsão de procedimentos especiais, notoriamente conhecidos como *référé*, *requête* e *injonction de payer*. O *référé* originalmente aplicava-se aos casos urgentes. No atual CPC, foi ampliada sua aplicação, para compensar a demora nos julgamentos. Por meio dele, o Presidente do Tribunal pode – inclusive nos casos de ausência de contestação seriamente fundamentada –, ordenar medidas de conservação ou restauração, necessárias para evitar iminente prejuízo, ou mesmo para cessar a prática de ato ilícito. Pode ainda determinar o pagamento de quantias em dinheiro, quando não houver argumento ponderável em sentido contrário (arts. 808 e 809). (...) As *ordonnance de référé*, que rendem ensejo a medidas provisórias normalmente em razão de urgência (art. 484), também não passam em julgado em relação ao objeto do litígio embora estejam sujeitas à preclusão, na medida em que não podem ser modificadas senão diante de circunstâncias novas relativas ao caso (art. 488)” (LEONEL, Ricardo de Barros. Direito Processual Civil Francês. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 131-138).

¹⁴⁵ Essa estatística trazida por Ada Pellegrini Grinover é de fato surpreendente e demonstra o imenso alcance dos *référés* no direito francês: “Assim também, no *référé* francês, as partes costumam conformar-se com o provimento, sendo que parece que mais de 90% (noventa por cento) dos casos acabam resolvidos sem necessidade do processo ordinário” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, v. 121, p. 11-37, mar. 2005).

econômica do direito, que foi desenvolvida nos estudos de *law and economics* do direito norte-americano, segundo explica Bruno Bodart¹⁴⁶.

Dessa forma, caso a estatística mencionada anteriormente ainda se mantenha nos dias de hoje, isso indica que a grande maioria dos litigantes franceses que participam de juízos de *référé* se contenta com a decisão proferida em sede de tutela provisória, certamente porque não vislumbram uma boa expectativa de alteração da decisão e, por isso, não prosseguem com a discussão na ação de fundo, afinal, isso não faria sentido do ponto de vista econômico.

Isso ocorre porque a tutela jurisdicional pode ser entregue antecipadamente àquele que demonstrar possuir o direito mais provável, ou seja, há a redistribuição do ônus do tempo do processo. Assim, se o autor evidenciar o seu bom direito no juízo de *référé*, caberá ao réu se socorrer da ação de fundo para tentar demonstrar o contrário, porém, o ônus do tempo de tramitação dessa ação será suportado pelo réu, uma vez que o autor já será o titular, ainda que provisoriamente, da tutela jurisdicional.

Sob essa perspectiva, a parte sucumbente no juízo de *référé* tende a ser muito mais cautelosa, cooperativa e criteriosa ao decidir propor a ação de fundo, pois, se não vislumbrar possuir um bom direito, o prosseguimento da demanda não lhe será proveitoso em uma análise de *custo-benefício*, razão pela qual, muitas das vezes, a tutela provisória tende a se estabilizar e torna-se definitiva¹⁴⁷.

¹⁴⁶ “Sob o prisma que importa à presente obra, e tendo em mente a necessidade de efetivar a razoável duração do processo, deve-se notar que a concessão de uma decisão liminar atua como incentivo individual para que o réu se comporte de forma mais eficiente com vistas ao rápido desfecho do processo judicial – Brooks e Schwartz comparam a hipótese à utilização de uma cenoura, acenada com uma vareta, para movimentar um devedor que, de outra forma, restaria inerte na esperança de ver-se livre de adimplir a obrigação por força de um erro judicial. A necessidade de fornecer esse incentivo é especialmente maior quando os elementos disponíveis na fase inicial do processo demonstram que o sucesso da versão apresentada pelo demandante é muito provável. A análise econômica do direito exige do julgador a adoção da medida mais otimizada possível, consideradas as potenciais vantagens e os riscos inerentes a cada opção decisória. A economia, enquanto ciência, não se restringe ao estudo dos elementos dotados de valor de mercado, abrangendo todas as hipóteses em que se busca obter o máximo de benefícios em um cenário de escassez de recursos” (BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Livro eletrônico]).

¹⁴⁷ É curioso que nem por isso há insegurança jurídica na França. Vejamos novamente a lição de Ada Pellegrini Grinover: “(...) apesar do caráter de provisoriedade, que não dispensa o processo de

Segundo Roger Perrot¹⁴⁸, todos ganham com isso: “o autor, que terá obtido rapidamente o que lhe era devido, e a Justiça, que terá economizado um longo processo, ao desencorajar uma resistência sem esperança”.

No trecho anteriormente transcrito, Roger Perrot se referia especificamente ao *référé-provision*, que é uma espécie de *référé* assemelhado à tutela da evidência do nosso direito (na verdade, foi uma das inspirações para ela no CPC/2015¹⁴⁹).

No *référé-provision* não se exige o requisito da urgência para a concessão da tutela provisória, bastando a existência de uma obrigação não seriamente contestada, ou seja, quando o réu abusa de seu direito de defesa para protelar o reconhecimento do direito do autor, nos termos do art. 835¹⁵⁰ do Código de Processo Civil Francês.

Conforme já exposto, originalmente, os juízos de *référés* surgiram para atender aos pedidos de tutela de urgência, porém, a partir de 1973, passaram a admitir também pedidos de tutela da evidência, isto é, apenas com base na

conhecimento, comum a muitos ordenamentos em tema de tutela antecipada, em alguns países pode-se chegar à estabilização da antecipação de tutela, quando a ela não se opuser qualquer das partes, de forma a dispensar o processo de conhecimento e a sentença de mérito: é o caso do *référé* francês e belga e de algumas hipóteses específicas na Itália. Nesses casos, reconhece-se ao provimento antecipatório, não impugnado, o caráter de título executivo ou até mesmo a natureza de sentença coberta pela coisa julgada” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, v. 121, p. 11-37, mar. 2005).

¹⁴⁸ “Acrescentaremos apenas que o *référé-provision*, introduzido na França em 1973, experimentou desde então considerável desenvolvimento, especialmente em matéria de responsabilidade civil e nos litígios relativos à construção imobiliária. Mas particularmente interessante é a verificação de que, em muitos casos, o processo se detém no patamar do provisório, pois o réu, consciente de que sua causa é indefensável, nem sequer tenta dar continuação ao feito no tribunal. Em tal hipótese, lucram todos: o autor, que terá obtido rapidamente o que lhe era devido, e a Justiça, que terá economizado um longo processo, ao desencorajar uma resistência sem esperança. Não é exagero dizer que o *référé-provision* constitui uma das inovações mais marcantes deste fim de século e tem sem dúvida o mais belo futuro diante de si” (PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, v. 91, p. 203-212, jul.-set. 1998).

¹⁴⁹ Nos termos da Exposição de Motivos do CPC/2015: “Também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária”.

¹⁵⁰ “Le président du tribunal judiciaire ou le juge du contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d’une contestation sérieuse, prescrire en *référé* les mesures conservatoires ou de remise en état qui s’imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, ils peuvent accorder une provision au créancier, ou ordonner l’exécution de l’obligation même s’il s’agit d’une obligation de faire.”

probabilidade do direito do autor e na postura protelatória do réu, mas sem o requisito da urgência.

Trata-se, sem dúvidas, da evolução salutar do direito processual civil na medida em que se reconhece que, mesmo se não houver urgência, não é justo que apenas uma das partes suporte o ônus do tempo do processo, tendo em vista que o mero transcurso do tempo de tramitação processual poderá ocasionar danos ao titular do direito não seriamente contestado (ver item 2.5 sobre o dano marginal).

Essa quebra de paradigma entre *jurisdictio* e *imperium* veio para se estabelecer definitivamente no direito processual civil contemporâneo, o qual se orienta pelo princípio da isonomia e da paridade, ou seja, autor e réu estão no mesmo patamar no processo, motivo pelo qual não há razão para privar o gozo da tutela jurisdicional à parte que demonstrar o direito mais provável desde o início do processo caso a contraparte não consiga demonstrar a seriedade de seu direito.

Todavia, diferentemente do direito processual civil, essa discussão ainda é válida no direito processual penal brasileiro, vide a calorosa polêmica que se estendeu no ano de 2019 sobre a possibilidade de execução da pena após o julgamento colegiado em 2º grau de jurisdição. Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido por maioria apertada pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, ou seja, vedando a execução provisória da pena, o tema ainda é candente, havendo propostas de emendas constitucionais¹⁵¹ em trâmite no Congresso Nacional que propugnam a alteração do texto da Constituição Federal de modo a viabilizar a execução da pena após o julgamento colegiado em 2º grau de jurisdição, portanto, antes do trânsito em julgado.

Pois bem, voltando aos juízos de *référé*, ressalte-se que a amplitude das ordens dos juízos de *référé-provision* é extensa, podendo haver, inclusive, a determinação de pagar e/ou fazer¹⁵², conforme o teor do art. 835 do Código de

¹⁵¹ PECs 410/2018 e 199/2019.

¹⁵² Vejamos um trecho do estudo de Gustavo Paim sobre o *référé* francês, notadamente sobre a impressionante efetividade do instituto: “Permite-se, assim, a antecipação total – chamada provisão a

Processo Civil Francês já citado anteriormente, ou seja, não se trata apenas de acautelar direitos, mas, sim, de concretizá-los antecipadamente em favor daquele que demonstrar o direito mais provável.

O que não se prescinde, contudo, é do contraditório, aliás, não apenas no *référé-provision*, mas também nos juízos de *référé* em geral¹⁵³.

Com efeito, a depender da urgência que se apresente, o tempo para o exercício do contraditório poderá ser abreviado até mesmo em horas¹⁵⁴ e somente em hipóteses muito excepcionais poderá ser postecipado. Tal sistemática é interessante na medida em que, por meio de adequações procedimentais nos casos concretos, se consegue preservar a efetividade da tutela jurisdicional ao mesmo tempo que o valoroso direito ao contraditório é prestigiado. É o processo servindo ao direito, e não o contrário.

Para ilustrar, citamos um exemplo ocorrido na Bélgica, país que também adota os juízos de *référé*. O Professor da Universidade Livre de Bruxelas, Jacque

100% –, conforme a praxis jurisprudencial, de uma obrigação que tenha por objeto uma soma em dinheiro e, a partir de 1985, que tenha por objeto um dar ou fazer, não sendo requisito para sua concessão a urgência, não havendo necessidade de análise de periculum in mora, com a consequência de que normalmente o litígio estancará na fase sumária. Se a obrigação não é seriamente contestada, nem na sua existência, nem em seu montante, nada se opõe a que o juiz do *référé* condene, a título de provisão, ao pagamento integral do crédito” (PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, v. 203, p. 99-118, jan. 2012).

¹⁵³ “Entendido como categoria geral, o *référé* caracteriza-se por dois traços essenciais, entre os quais recordamos: a sumariedade do procedimento, em que é, de todo modo, assegurado o contraditório entre as partes; a provisoriedade do provimento (conforme art. 484 do CPC (LGL\2015\1656), da qual deriva a inaptidão deste último de ser acobertado pela autoridade de coisa julgada ‘au principal’ (coisa julgada de mérito), como expressamente consta do art. 488, § 1º, do CPC (LGL\2015\1656). Apesar de não vincular o juiz chamado a decidir sobre o mérito da controvérsia, os provimentos de *référé* são dotados da chamada ‘autoridade de coisa julgada provisória’, que cria apenas um vínculo em relação ao juiz que proferiu o provimento” (BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália. **Revista de Processo**, v. 273, p. 191-253, nov. 2017).

¹⁵⁴ O contraditório é mandatório no *référé-provision*, conforme abalizado estudo de Rogéria Dotti sobre o modelo francês: “Basta dizer que, atualmente, o Código de Processo Civil francês permite a intimação para o comparecimento do réu em poucas horas, mesmo durante dias feriados ou férias, devendo o magistrado avaliar apenas se a exiguidade do prazo concedido é suficiente para a preparação da defesa. Trata-se do *référé d’heure à heure*, ou seja, uma medida concedida em razão de sua extrema celeridade, mas que, mesmo assim, preserva o contraditório. Nesses casos, a citação pode ocorrer nas horas imediatamente seguintes à realização do pedido, e o comparecimento pode ocorrer não apenas em audiência, mas também em domicílio” (DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livro eletrônico]).

Englebert¹⁵⁵, relata situação em que o multicampeão de Fórmula 1, Michael Schumacher, patrocinado por determinada marca de capacetes, opta por rescindir o contrato de patrocínio e firmar novo contrato com a empresa concorrente. O contrato foi rescindido em 09/02/2001, porém a próxima corrida estava marcada para o dia 02/03/2001 na Austrália. A despeito do tempo exíguo e da complexidade da matéria, Schumacher foi citado em 16/02/2001 em sua residência na Suíça para uma audiência prévia em 28/02/2001, e, na sequência, em 1º/03/2001, foi concedida a tutela jurisdicional à empresa demandante de modo a impedir que o capacete da concorrente fosse utilizado na corrida agendada para o dia seguinte. Esse exemplo evidencia a importância que se dá ao contraditório em países que utilizam os juízos de *référé*.

No nosso direito, contudo, considerando os morosos trâmites de citação em razão das *etapas mortas*¹⁵⁶ do processo, as quais, por vezes, demoram meses e até mesmo anos para serem cumpridas, poderia haver um esvaziamento da tutela provisória caso se aguardasse a mera citação do réu, que é um dos primeiros atos do processo. Provavelmente em função disso, na maioria das vezes, a tutela provisória costuma ser apreciada sem o contraditório prévio no direito brasileiro.

¹⁵⁵ “Le litige qui a opposé le pilote de ‘formule un’, M. Schumacher, au distributeur des casques ‘Bell’ en donne un excellent exemple. La société de droit belge S.P.O.R.T.S., distributeur des casques ‘Bell’ entendait faire respecter par le champion bien connu son engagement contractuel à courir avec un casque ‘Bell’. Alors que les parties sont en discussion, le 9 février 2001, le conseil du pilote confirme au distributeur que son client renonce définitivement à courir avec un casque ‘Bell’ et qu’il utilisera à l’avenir un casque d’une marque concurrente. Le prochain grand prix avait lieu en Australie du 2 au 4 mars. Après avoir localisé le domicile du pilote en Suisse, la demanderesse a obtenu le 16 février une ordonnance autorisant à citer le défendeur moyennant le respect d’un délai de quatre jours. La citation fut signifiée le 16 février pour l’audience des référés du 26 février. La cause fut remise à la demande du pilote au 28 février pour y être plaidée et l’ordonnance, longuement motivée, faisant droit à la demande, fut rendue le 1er mars. Il apparaît ainsi qu’en référé une affaire complexe peut être introduite, plaidée et jugée en moins de quinze jours” (ENGLEBERT, Jacques. **Le référé judiciaire**: principes et questions de procédure. Bruxelles: éd. CJB, 2003. p. 23).

¹⁵⁶ “Que adianta fixar a lei processual um prazo de três ou cinco dias para determinado ato da parte, se, na prática a secretaria do juízo gastará um mês ou dois (e até mais) para promover a respectiva publicação no diário oficial? Que adianta a lei prever o prazo de noventa dias para encerramento do feito de rito sumário se a audiência só vem a ser designada para seis meses após o aforamento da causa, e se interposto o recurso de apelação, só nos atos burocráticos que antecedem a distribuição ao relator serão consumidos vários meses ou até anos? O retardamento dos processos, impende reconhecer, quase nunca decorre das diligências e prazos determinados pela lei, mas, em regra, é o resultado justamente do desrespeito ao sistema legal pelos agentes da Justiça. (...) O que retarda intoleravelmente a solução dos processos são as etapas mortas, isto é, o tempo consumido pelos agentes do Judiciário para resolver a praticar os atos que lhes competem. O processo demora é pela inércia e não pela exigência legal de longas diligências” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**, v. 125, p. 61-78, jul. 2005).

Nem por isso devemos deixar de criticar essa prática, pois o diferimento do contraditório deveria ser a exceção e não a regra. A razão é simples: mesmo que determinado direito se mostre aparentemente provável, o réu poderá apresentar fatos extintos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

No mais, vale destacar outras características que explicam o sucesso dos juízos de *référé-provision*, entre elas o fato de que o juiz de *référé-provision* não é o mesmo que julgará a ação de fundo. O juiz de *référé* é competente apenas para decidir sobre os pedidos de tutela provisória, o que faz com que ele não fique sobrecarregado com as demais funções jurisdicionais próprias de outros tipos de procedimentos. Ademais, o fato de haver juízes diferentes é algo salutar, pois o magistrado competente para decidir a tutela provisória não poderá postergar a análise do pedido para o momento em que tiver condições de proferir decisão com cognição exauriente, o que, em tese, poderia ser mais confortável ao julgador, tendo em vista que o juiz da ação de fundo será outro.

O resultado disso é um procedimento célere e eficiente, cuja decisão é proferida em tempo médio de duas a quatro semanas¹⁵⁷, e que soluciona 90% das demandas (segundo dados de 2005) sem a necessidade de prolação de decisão com cognição exauriente, mas respeitando-se o contraditório prévio.

Mesmo com esse massivo percentual de decisões provisórias estabilizadas, proferidas em sede de cognição sumária e não passíveis de formação de coisa julgada material, não se pode dizer que a França seja um país em que haja insegurança jurídica. Ao contrário. A experiência francesa demonstra empiricamente que os tempos atuais exigem soluções mais rápidas dos conflitos, sobretudo para as demandas de menor complexidade em relação às quais seria um luxo, para não

¹⁵⁷ Essa informação foi obtida por Rogéria Dotti após se debruçar sobre a doutrina francesa de Cécile Chainais, Frédérique Ferrand e Serge Guinchard, como se vê: “Conciliar a celeridade processual com o contraditório prévio é não apenas possível, como desejável. Nesse sentido, importante destacar que os procedimentos de *référé-provision* do sistema francês asseguram a obtenção de uma decisão favorável e seu cumprimento dentro de um prazo que varia de 2 (duas) a 4 (quatro) semanas. Isso é simplesmente notável. Não é à toa que essa agilidade, aliada à sua simplicidade, tornou o instituto extremamente popular e prestigiado” (DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência:** probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livro eletrônico]).

dizer um desperdício, a utilização de procedimentos mais completos capazes de produzir coisa julgada material, quando isso não é uma necessidade do jurisdicionado.

Há, todavia, posição de parte da doutrina italiana¹⁵⁸ contrária ao procedimento do *référé* por entender que ele afrontaria as garantias processuais em razão de sua dissociação com a ação principal, bem como por força da excessiva sumarização do procedimental, o que seria capaz de comprometer a qualidade da prestação jurisdicional, posição da qual respeitosa discordamos. Assim como expusemos anteriormente, cognição exauriente não é necessariamente sinônimo de segurança jurídica, sendo admissíveis cortes cognitivos, tanto no plano horizontal como no vertical, para a concretização mais efetiva da tutela jurisdicional.

No Brasil, tal como na Itália, a despeito de ainda haver um culto ao procedimento comum e à coisa julgada material, o nosso sistema processual contém ferramentas para a superação desse paradigma. A exemplo do direito francês, é possível a utilização do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, de urgência e/ou evidência, com o escopo de encurtar o tempo do

¹⁵⁸ “Em primeiro lugar, somente a tutela antecipatória estruturalmente inserida no bojo do processo de conhecimento ordinário pode aspirar a fundamentar-se em todas as informações, com base nas quais deverá ser proferida a sentença. O procedimento reservado à tutela antecipatória, que se desenvolve antes e separadamente do processo civil ordinário, tende a assumir as características do procedimento sumário, no que concerne à colheita do material instrutório (e do material de cognição em geral). Nem todos os instrumentos disponíveis no processo ordinário podem, ao menos em regra, ser utilizados. É então fatal que a valoração do juiz, ao invés de extrair elementos de um aprofundado exame da controvérsia, tenda a coincidir com a apreciação do *fumus boni iuris*; e aumenta o risco de que a tutela antecipatória seja concedida a quem tenha infringido a lei, ou mesmo de que seja negada a quem tenha razão. Em segundo lugar, quando as informações vêm recolhidas no procedimento em separado e, por força da própria separação e de seu caráter sumário, com uma técnica diversa daquela típica do processo civil ordinário, necessariamente se caracterizarão pela falta das garantias ínsitas a essa espécie de processo. A tutela antecipatória é então sinônimo de tutela menos garantida sob a ótica de seu *iter* formativo; e certamente não será o processualista a menosprezar a importância das garantias processuais como instrumento idôneo a favorecer a justiça do provimento judicial. Por fim, a experiência demonstra que o procedimento sumário predeterminado para a tutela antecipatória tende a suplantar o processo de cognição ordinário como instrumento para a tutela dos direitos subjetivos, a tal ponto que, em França, a maioria das controvérsias cíveis não vai além do puro e simples procedimento de *référé*. Assiste-se assim a uma inafastável tendência à sumarização da justiça civil, a ensejar que as garantias ínsitas ao processo de conhecimento ordinário sejam reputadas inúteis; e no mesmo momento em que se continua a estudar o processo civil ordinário como principal instrumento para a tutela dos direitos, a prática limita-se a uma tutela totalmente diversa e menor. Pode-se falar aqui de uma verdadeira derrota da tutela jurisdicional dos direitos segundo os seus modelos mais adequados” (RICCI, Edoardo Flavio. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: Genesis, set.-dez. 1997).

processo, deixando ao arbítrio das partes a utilização dos procedimentos mais complexos, se necessário. Isso será mais bem tratado no Capítulo 5 deste estudo.

3.5. O artigo 186-*bis* do Código de Processo Civil italiano e condenação com reserva

Giovani Bonato¹⁵⁹ aponta que Brasil (tutela antecipada requerida em caráter antecedente), França (*référé*) e Itália (provimento cautelar de instrumentalidade atenuada) possuem procedimentos sumários assemelhados que autorizam a antecipação da tutela geralmente fundada em urgência. No caso da tutela da evidência, todavia, a legislação processual italiana ainda está um passo atrás, se comparada a Brasil e França.

Admite-se na Itália a antecipação da tutela final sem o requisito da urgência, o que se extrai do artigo 186-*bis* do Código de Processo Civil italiano, assim como nos casos de condenação com reserva (*condanna com riserva di eccezioni*). Tais previsões legislativas têm o escopo de mitigar o dano marginal decorrente do tempo patológico do processo e também evitar o custo do processo de cognição plena, se ele não for realmente necessário¹⁶⁰.

¹⁵⁹ “Podemos, portanto, vislumbrar uma clara convergência entre os três sistemas objeto da nossa investigação comparativa (Brasil, França e Itália): um provimento sumário provisório com conteúdo antecipatório, geralmente fundado na urgência (ressalvado o caso do *référé provision* francês que é baseado na evidência), é dotado de efeitos ultrativos e temporalmente ilimitados, restando, todavia, possível que qualquer parte possa rediscutir o conteúdo desse provimento sumário, propondo uma ação de cognição plena e exauriente. Nos três ordenamentos mencionados, emprega-se uma terminologia diferente para descrever tal fenômeno processual: na França, fala-se de modelo do ‘provisório independente’ de *référé*; na Itália, usa-se a expressão ‘eficácia indefinidamente protraída’ do provimento cautelar de instrumentalidade atenuada; no Brasil, utiliza-se a fórmula ‘estabilização da tutela de urgência antecipada’. Apesar dessa diversidade terminológica, estamos, substancialmente, diante do mesmo mecanismo processual” (BONATO, Giovani. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). **Revista de Processo**, v. 273, p. 191-253, nov. 2017).

¹⁶⁰ “Historicamente, a tutela sumária tem sido adotada no direito italiano com a finalidade de evitar o custo do processo de cognição plena, quando não presente impugnação séria do direito afirmado. Nessa categoria incluem-se as técnicas dos títulos executivos extrajudiciais, do mandado injuntivo, da condenação do revel. Com o objetivo de evitar abuso do direito de defesa, tem-se recorrido às cautelares conservativas e à condenação com ressalva (*condanna com riserva di eccezioni*). (...) Os arts. 186-*bis* e *ter*, introduzidos na legislação italiana pela reforma de 1990, preveem formas de tutela sumária no curso do processo. Têm em comum a finalidade antecipatória, ou seja, implicam satisfação antecipada, embora cada modalidade tenha requisitos e objetivos específicos. Seriam, também, providências de caráter provisório. O provimento que contém a condenação de soma não impugnada (art. 186-*bis*) é revogável no curso do processo e em face da sentença definitiva. Embora provisório, alguns negam-lhe natureza cautelar por inexistência de menção ao *periculum in mora*. A

O direito italiano certamente contribuiu com a construção do instituto da tutela da evidência no direito nacional, notadamente os incisos I e IV do art. 311 do CPC/2015; por outro lado, não há uma sistematização da matéria na legislação processual daquele país que autorize a antecipação da tutela sem o requisito da urgência como regra geral. Em outras palavras, a antecipação da tutela sem urgência manifesta-se tipicamente, não havendo espaço para a sua incidência fora das hipóteses legais que a estabelecem.

De acordo com o artigo 186-*bis*¹⁶¹, admite-se a antecipação da tutela sem urgência para que seja determinado o pagamento de quantia em dinheiro incontroversa, isto é, que não tenha sido objeto de contestação pelo réu, o que se assemelha ao que dispunha o art. 273, § 6º, do CPC/1973 a respeito dos pedidos incontroversos, mas que hoje está presente no julgamento parcial de mérito (e não mais em sede de tutela antecipada), previsto no art. 356, I, do CPC/2015.

provisoriamente, todavia, não é absoluta, visto que, extinto o processo de cognição plena, mantém-se a eficácia do provimento. (...) Análogo é o regime do provimento provisório de injunção regulado pelo art. 186-ter. Trata-se de tutela provisória, muito embora mantenha a eficácia com a extinção do processo. Aqui, todavia, dependendo das circunstâncias do processo, poderia haver também a coisa julgada” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 49-51).

¹⁶¹ “Na reforma dos anos 90, o legislador introduziu a possibilidade de provimentos antecipatórios, os quais não se confundem com as decisões decorrentes do poder geral de cautela do juiz, previsto no art. 700. A antecipação de tutela abarca três hipóteses: a) ordenação para pagamento de valor não contestado (art. 186-bis). Nas ações tendo por objeto pagamento de quantia, se não tiver havido controvérsia, o juiz pode determinar, mediante ordenação, a realização do pagamento (...); b) ordenação de injunção (186-ter). Também é possível a obtenção de provimento condenatório antecipado, até o momento suprarreferido, nas ações visando à condenação ao pagamento de quantia certa, de entrega de quantidade determinada de bens fungíveis e de entrega de coisa determinada. Para a concessão é necessária a existência de prova escrita, a exemplo do que ocorre com o procedimento de injunção (monitório), do art. 633, com o qual não se equipara porque não se exige prova escrita pré-constituída. (...) Em ambas as hipóteses (‘a’ e ‘b’), a ordenação é passível de modificação e de revogação a qualquer momento, sendo relevante notar, por outro lado, que constitui título executivo mesmo na hipótese de ulterior extinção do processo sem julgamento de mérito; e, ainda, c) ordenação sucessiva ao encerramento da instrução (art. 186-quarter). Após o encerramento da fase instrutória, é igualmente possível pleitear a condenação de ordenação antecipatória. Nesta derradeira hipótese, cabível para pagamento de quantia certa, entrega de bens móveis e liberação de imóveis, a decisão se funda em cognição exauriente e só pode ser revogada na sentença. Se a parte condenada não manifestar, em 30 dias da intimação da decisão, recurso pleiteando a prolação de sentença, a ordenação se converte em sentença; por isso que nela já deve estar contida a condenação em despesas processuais” (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Direito Processual Civil Italiano**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 268-269).

Sobre a condenação com reserva, ela ocorre quando há probabilidade do direito do autor fundada em prova documentada, mas o réu invoca fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, que, embora provavelmente infundados, demandam dilação probatória para serem esclarecidos. Nessas hipóteses, a tutela jurisdicional poderá ser antecipada ao autor a despeito do prosseguimento da instrução processual para a apuração das alegações do réu. Essa técnica se assemelha ao que dispõe o art. 311, IV, do CPC.

É de se notar, todavia, que essa não é uma regra geral, mas, sim, específica para as hipóteses em que a lei autoriza a utilização da técnica da condenação com reserva, tais como no art. 65 da Lei 1.669/1933 (*legge cambiale*), no art. 57 da Lei 1.736/1933 (*assegno bancario*), bem como nos arts. 35, 36, 648 e 665 do Código de Processo Civil italiano, e no art. 1.462 do Código Civil italiano¹⁶².

O fato de não haver uma regra geral sobre a matéria produz debates na doutrina italiana há tempos. Giuliano Scarselli¹⁶³, por exemplo, aponta que não se justifica tratar situações semelhantes de forma diversa, que é o que ocorre quando se restringe a aplicação da condenação com reserva apenas aos casos tipificados em lei. Proto Pisani¹⁶⁴ sugere que a Itália deveria inspirar-se no modo do *référé*

¹⁶² O tema foi objeto de estudo de Rogéria Dotti, como se vê: “A característica da *condanna con riserva* é que, em virtude de uma prova documental de especial qualidade ou por outros motivos igualmente relevantes, permite-se a condenação antes mesmo da análise das exceções, cujo exame é relegado para uma fase ulterior do processo. Um desses outros motivos pode ser a admissão ou a não contestação por parte do réu, ou seja, a caracterização do que a doutrina italiana denomina de *titolo* ou *fatto non controverso*. Nessa hipótese, ainda que não exista uma prova documental, o silêncio ou anuência do réu autoriza a condenação com reserva. É o que vem previsto, por exemplo, no art. 65 da Lei nº 1.669, de 14 de dezembro de 1933 (*cambiale*), e no art. 57 da Lei nº 1.736, de 21 de dezembro de 1933 (*assegno bancario*). De igual forma, o instituto está contemplado, mais recentemente, nos arts. 35, 36, 648 e 665 do Código de Processo Civil italiano, assim como no art. 1.462 do Código Civil italiano. (...) O principal problema, contudo, reside na sua aplicação de forma típica, sendo autorizada apenas para algumas situações específicas” (DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livro eletrônico]).

¹⁶³ “*Tra queste ci sia consentito constatare che il sistema attuale, con la sola predisposizione di ipotesi determinate e specifiché di condanna con riserva, rischia di trattare in modo diverso situazione del tutto analogue, e quindi rischia di vanificare in parte le giustificazioni logiche e sistematiche che stiano alla base dell’istituto qui studiato*” (SCARSELLI, Giuliano. **La condanna com riserva**. Milano: Giuffrè, 1989. p. 563).

¹⁶⁴ “*L’ampio dibattito svoltosi negli ultimi quindici anni in Italia ha convinto, credo, quasi tutti dell’opportunità della introduzione anche in Italia di un istituto analogo al référé provision francese secondo cui il giudice del référé può emanare ordinanza immediatamente esecutiva a favore del creditore ove l’obbligazione ‘non sia seriamente contestabile’. A mio avviso l’introduzione in Italia dell’istituto francese dovrebbe avvenire secondo lo schema dommatico della condanna con riserva di*

francês para tornar a condenação com reserva mais abrangente. Marinoni¹⁶⁵ relata que um grupo de estudos do Conselho Superior da Magistratura italiana chegou a propor a generalização da técnica da condenação com reserva, abandonando-se a taxatividade da matéria aos tipos legais, mas até o momento não houve o acatamento da sugestão na legislação processual italiana.

Verifica-se, portanto, que a redistribuição do ônus do tempo do processo em favor daquele que demonstrar o direito mais provável, somado à falta de seriedade na defesa da contraparte, também é um conceito aceito no direito processual civil italiano, mas parece-nos que aquele país ainda carece de uma sistematização da matéria de modo a conferir maior amplitude ao artigo 186-*bis* (que trata apenas de pedidos incontroversos de pagamento em dinheiro) e uniformidade na aplicação da condenação com reserva (que atualmente está restrita apenas às hipóteses tipificadas em lei).

eccezioni emanabile (a termine di un processo speciale autonomo o anche in prima udienza nel processo a cognizione piena) ogni qual volta i fatti costitutivi siano non contestati o pienamente provati e le eccezioni del convenuto, oltre ad essere di lunga indagine, appaiano prima facie infondate alla stregua di un giudizio di verosimiglianza (della allegazione) o anche di probabilità ove sussistano elementi probatori” (PROTO PISANI, Andrea. Verso la residualità del processo a cognizione piena? **Revista de Processo**, v. 131, p. 239-249, jan. 2006).

¹⁶⁵ É oportuno lembrar, aliás, que algo muito análogo à generalização da técnica da condenação com reserva já chegou a ser proposto por um grupo de estudos do Conselho Superior da Magistratura italiana. Trata-se de uma proposta que teve a rubrica “Ordinanza di condanna con riserva” e disse o seguinte: “Quando i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio siano non contestati dalle parti costituite o risultino già pienamente approvati, ma la causa non si presenti di pronta decisione per le necessità istruttorie collegate alle eccezioni del convenuto, ove le eccezioni stesse, tenuto conto della natura del rapporto, della qualità delle parti e di ogni altro elemento risultante in causa, appaiono verosimilmente infondate, il giudice istruttore, su istanza di una parte e nel contraddittorio dell'altra, pronuncia ordinanza di condanna all'adempimento totale o parziale della prestazione richiesta. L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. L'efficacia dell'ordinanza può essere subordinata alla prestazione di una cauzione. L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli artt. 177 e 178, primo comma. Essa è altresì reclamabile nelle forme e nei termini dell'art. 669 bis 13. Se il processo se estingue, si applica l'ultimo comma dell'art. 186 bis”. Note-se que tal proposta exige, para a condenação com reserva, i) a prova dos fatos constitutivos ou a não contestação desses fatos e ii) uma exceção de não pronta solução que se afigure provavelmente infundada (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: soluções processuais diante do tempo da Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [Livro eletrônico]).

3.6. A inversão do contencioso do direito português

Tal como exposto anteriormente, a problemática da morosidade da tramitação processual não é uma exclusividade nacional. Também em Portugal se enfrentam agruras dessa natureza.

Até a promulgação do novo Código de Processo Civil Português, em 2013, a propositura de uma providência cautelar deveria ser necessariamente sucedida por uma ação principal, sob pena de operar-se a caducidade da tutela jurisdicional obtida cautelarmente em caso de inércia do requerente, assim como ocorria no direito brasileiro sob a égide do CPC/1973.

Desde já esclareça-se que, diferentemente do nosso direito, em que a tutela cautelar tem apenas a função assecuratória do direito, no direito português, o termo *providências cautelares* não serve apenas para conservar o direito, mas também para antecipar os seus efeitos, conforme se extrai do artigo 362, nº 1, do Código de Processo Civil Português¹⁶⁶, bem como da doutrina de Humberto Theodoro Júnior¹⁶⁷ sobre o modelo processual lusitano.

A respeito da necessidade de ajuizamento da ação principal em complemento ao pedido cautelar, muito embora tal divisão pudesse fazer sentido teórico, na prática ela gerava distorções contraproducentes, tendo em vista que, por vezes, o pedido cautelar, notadamente o de natureza antecipatória, já congregava todos os elementos da ação principal, o que a tornava mera repetição das razões do pedido cautelar¹⁶⁸, atrasando e tornando mais custosa a tramitação processual.

¹⁶⁶ “Âmbito das providências cautelares não especificadas. 1 – Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.”

¹⁶⁷ “Nosso sistema jurídico tradicional tem sido infenso a unificar as tutelas cautelares e antecipatórias, preferindo, antes do Código de 2015, submetê-las a conceituações, requisitos e procedimentos distintos. Todavia, não é esse o critério predominante no direito comparado, especialmente no europeu, no qual toda a tutela de urgência é concentrada, sob a denominação única de tutela cautelar. (...) Toda a tutela de urgência, isto é, tanto a conservativa como a satisfativa, está na lei processual portuguesa sujeita ao regime de medidas cautelares” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. I, p. 614).

¹⁶⁸ É curioso como os portugueses enfrentaram problemas semelhantes aos brasileiros a respeito da intersecção entre o *processo principal* e o *processo cautelar*: “Os processualistas aperceberam-se de

Dessa forma, em 2013, o procedimento da “inversão do contencioso” foi positivado no Código de Processo Civil Português, em seu artigo 369¹⁶⁹, possibilitando que, ao requerente de medida cautelar julgada procedente, seja dispensada a propositura da ação principal, cujo ônus passa a ser do requerido, caso queira impugnar a convolação da medida cautelar em tutela definitiva¹⁷⁰.

Para tanto, é preciso que o pedido cautelar tenha natureza antecipatória (e não conservativa), isto é, que tenha o mesmo objeto do pedido da ação principal, de modo a viabilizar a resolução definitiva do litígio. Para os casos de tutela cautelar de

que, quando estava em causa uma providência antecipatória – leia-se, uma providência através da qual se pretende obter decisão que antecipe o efeito útil da ação principal – a característica clássica da instrumentalidade fazia recair sobre o requerente um ônus que se afigurava injustificado e desnecessário. Enquanto nas providências conservatórias a pretensão final (pelo menos) era distinta do pedido formulado em ação principal, precisamente por não serem aquelas adequadas a compor definitivamente o litígio, o requerente de uma providência antecipatória, após reunir os fundamentos que serviam de base à sua pretensão, e após construir e formular, nessa base, a causa de pedir e o pedido, em sede de procedimento cautelar, teria de intentar ação principal com os mesmos fundamentos, com as mesmas razões de facto e de direito, com a mesma causa de pedir e até com o mesmo pedido (com as devidas adaptações), sob pena de caducidade da providência decretada. A este inconveniente acrescia o facto de certas providências cautelares se assemelharem, na prática, a verdadeiras decisões definitivas, facto este que traduz e confirma a crescente mudança de paradigma da tutela cautelar. Pense-se, por exemplo, naquelas providências ‘cujo efeito útil para o requerente se esgota imediatamente com o proferir daquela medida ou que produzem efeitos de tal modo gravosos na esfera do requerido que tornam impossível que qualquer decisão posterior faça reverter a situação no plano de facto (...)’, como as providências que proibam a realização de determinado evento marcado para um dia fixo e para uma hora fixa, ou como aquelas que permitem que o requerente pratique certo ato em momento determinado, entre outras” (CARDIM, Gonçalo Nuno Azevedo e Castro de Almeida. **A inversão do contencioso. Em especial, a distribuição do ônus da prova na sequência da inversão do contencioso**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – FDUUP, Lisboa, 2018. p. 9-10).

¹⁶⁹ “1 – Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ônus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio. 2 – A dispensa prevista no número anterior pode ser requerida até ao encerramento da audiência final; tratando-se de procedimento sem contraditório prévio, pode o requerido opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada. 3 – Se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão que negue o pedido.”

¹⁷⁰ “Se até aqui, os procedimentos cautelares estavam sempre dependentes de uma ação principal de forma a consolidar a medida decretada, o legislador, sem abandonar por inteiro essa regra, veio permitir que em certas providências e verificados determinados requisitos, se dispense o requerente do ônus de propositura da ação principal e consequentemente se atribua esse ônus ao requerido, caso queira impugnar a convolação da medida cautelar em tutela definitiva. Com a estipulação desta medida, o legislador pretendeu uma diminuição de custos e demoras, evitando assim uma duplicação de procedimentos, tendo subjacente os princípios da economia e celeridade processual, numa atualidade em que se apela cada vez mais a uma justiça mais rápida” (BARBOSA, Ana Raquel Magalhães. **A inversão do contencioso no Código de Processo Civil Português**. Dissertação (Mestrado em Solicitoria) – Escola Superior de Tecnologia e Gestão Politécnico do Porto, 2019. p. 24).

índole assecuratória, no entanto, o direito português não autoriza a dispensa da ação principal, pois não há autonomia na medida por si só, já que ela visa apenas conservar o direito a ser declarado futuramente, mas não declará-lo ou constituí-lo¹⁷¹. Além disso, também é necessária a formação de convicção segura do magistrado acerca da existência do direito objeto de antecipação de seus efeitos, o que implica a apresentação de prova pré-constituída pelo requerente da constituição de seu direito.

Essa foi a forma encontrada pelos portugueses para a promoção da redistribuição do ônus do tempo do processo em favor daquele que demonstrar possuir o direito mais provável, atribuindo-se à parte contrária a incumbência de tomar a iniciativa de propor a ação principal contra a decisão cautelar julgada procedente, ressaltando que, se não houver a propositura da demanda nos trinta dias subsequentes ao trânsito em julgado da decisão cautelar, ela se tornará definitiva¹⁷².

Nota-se que a inversão do contencioso se assemelha à figura da tutela antecipada requerida em caráter antecedente do Código de Processo Civil brasileiro, porém, diferentemente do nosso direito, em que a decisão que resolve o incidente não faz coisa julgada, podendo ser impugnada pelo réu ou confirmada pelo autor em ação com cognição exauriente a ser proposta em até dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, no direito português, esse prazo é bem mais exíguo (trinta dias apenas) e a propositura da ação é de titularidade apenas do requerido (quando procedente o pedido), sob pena de entregar-se a tutela

¹⁷¹ Esse é o escólio do Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa: “Na verdade, a antecipação da tutela definitiva na tutela cautelar só se pode verificar quando ambas as tutelas tenham o mesmo objeto, ou seja, quando o que pode ser obtido na tutela cautelar é o mesmo que pode ser conseguido na tutela definitiva. Pode assim afirmar-se que, quando a tutela cautelar antecipa a tutela definitiva, aquela tutela cumpre uma função satisfativa” (SOUZA, Miguel Teixeira de. **As providências cautelares e a inversão do contencioso**. Disponível em: https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/pcn_ma_25215.pdf. Acesso em: 16 jan. 2021).

¹⁷² Novamente citando o Professor Miguel Teixeira de Souza: “A inversão do contencioso dispensa o requerente de propor a ação principal, mas faz recair sobre o requerido o ônus de propor uma ação destinada a evitar a consolidação da providência decretada. Por isso, logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, o requerido deve ser notificado, com a admonição de que, querendo, deverá intentar a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos trinta dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio (art. 371º, nº 1)” (SOUZA, Miguel Teixeira de. **As providências cautelares e a inversão do contencioso**. Disponível em: https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/pcn_ma_25215.pdf. Acesso em: 16 jan. 2021).

jurisdicional de forma definitiva ao requerente, independentemente da tramitação da ação principal.

O tema tem despertado o interesse da doutrina nacional, da qual destacamos Eduardo Arruda Alvim¹⁷³ e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro¹⁷⁴.

A solução portuguesa de fato é engenhosa, pois, ao passo que o direito do autor é considerado provável em processo antecedente, o ônus de desconstituir essa presunção será do réu em processo principal com cognição ampla, ou seja, o ônus do tempo do processo será transferido ao réu de forma a garantir a paridade entre as partes, mas sem prejuízo do contraditório e da ampla defesa, que estarão preservados.

Esse é mais um exemplo que demonstra que decisões judiciais proferidas em sede de cognição exauriente não são sinônimo de segurança jurídica.

Com efeito, assim como no *référé-provision* do direito francês, também no procedimento de inversão do contencioso do direito português, aquele que for sucumbente na demanda cautelar, certamente será muito mais criterioso ao optar por prosseguir com a ação principal, o que fará apenas se realmente vislumbrar

¹⁷³ “Para que haja a inversão do contencioso, é preciso que tenha o juiz formado convicção firme acerca dos fatos e fundamentos de que se valeu o requerente, isto é, que o juiz possa ter certeza acerca do direito alegado por aquele que pretende a concessão da tutela cautelar. Além disso, exige o art. 369, n. 1, do CPC português que a providência cautelar concedida seja adequada a compor o litígio definitivamente, isto é, que seus efeitos jurídicos coincidam com os efeitos que decorreriam da decisão de mérito propriamente dita. Estando presentes os dois requisitos, isto é, formando-se a firme convicção do julgador e, além disso, sendo a providência cautelar adequada à solução definitiva do litígio, poderá o autor requerer a inversão do contencioso, impondo ao réu o ônus de propor, em seguida, ação em que pretenda discutir o mérito propriamente dito. Com isso, subtrai-se do requerente da providência cautelar o ônus de propor a ação principal, sob pena de caducidade da cautelar concedida, direcionando-o ao réu. Nesse caso, sendo concedida a medida cautelar, será o réu notificado de que poderá caso queira, promover a ação que tenha por objeto a discussão do direito acautelado no prazo de 30 dias (cf. art. 371), ‘sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio’” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 482).

¹⁷⁴ “(...) com essa nova figura, permite a lei portuguesa, mediante requerimento da parte, transformar um procedimento cautelar – até então caracterizado por um processo urgente destinado a decretar medidas provisórias – numa decisão definitiva sobre a composição do litígio. Este novo regime veio quebrar o princípio segundo o qual os procedimentos cautelares estão sempre dependentes de uma ação principal, relativizando, por assim dizer, sua provisoriedade e, bem assim, a sumariedade da cognição, pois pode gerar um juízo de certeza” (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela da evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177).

boas chances de êxito no reconhecimento de seu direito. Isso estimula que o processo se desenvolva mediante condutas mais cooperativas das partes, bem como poderá encorajar a autocomposição entre elas, afinal, caso se opere a redistribuição do ônus do tempo do processo, não mais será vantajoso manter o processo *sub judice* por aquele que possuir o direito menos provável.

4. A TUTELA DA EVIDÊNCIA POSITIVADA

Conforme exposto anteriormente, muito embora a tutela da evidência já existisse em nosso ordenamento jurídico antes da edição do Código de Processo Civil de 2015, foi o novo diploma processual que adotou essa nomenclatura (utilizada por Luiz Fux em sua obra *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada* lançada em 1996 para o concurso de Professor Titular na cadeira de Processo Civil na UERJ), a organizou em um único artigo de lei e elencou as suas hipóteses de cabimento.

Segundo Luiz Fux, o direito evidente seria aquele “cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou, ao menos, impossíveis de contestação séria”, ou seja, o direito considerado evidente está intimamente ligado à prova que o sustenta, que deve ser robusta a ponto de torná-lo altamente provável (vide reflexões do Capítulo 3 deste estudo) ou em fatos incontroversos e notórios¹⁷⁵. Isso fica mais claro quando se constata que, dos quatro incisos do art. 311, três deles exigem a comprovação documental (ou documentada, como seria mais adequado) do direito como requisito para a concessão da tutela da evidência.

¹⁷⁵ “(...) é evidente o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios. O direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em manifesta ilegalidade, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório, provas produzidas antecipadamente, bem como o direito assentado como prejudicial da questão a ser resolvida e já decidido, com força de coisa julgada noutro processo, máxime quando da influência absoluta da decisão prejudicial, os fatos sobre os quais incide presunção *jure et jure* de existência e em direitos decorrentes da decadência ou prescrição” (FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 311-313).

Tais hipóteses, em boa parte, são dotadas de conceitos vagos e indeterminados, o que viabiliza a aplicação mais ampla do instituto, além das margens do art. 311 do CPC.

Isso também revela a firme intenção do legislador de redistribuir o ônus do tempo do processo de forma profusa e sistemática, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, sempre que se apresentar uma defesa não séria e incapaz de infirmar a alta probabilidade do direito da outra parte, o que se coaduna com os postulados do direito processual civil contemporâneo, notadamente em razão da necessidade de a tutela jurisdicional ser concretizada de forma tempestiva e eficiente, bem como da injustiça em submeter aquele que possui o direito mais provável à longa espera do reconhecimento de seu direito¹⁷⁶.

Todavia, sob a vigência do CPC/1973, a despeito das reformas para tornar o processo mais sincrético e instrumental, a lei processual precedente foi concebida sob outras premissas teóricas, calcadas na rigidez procedimental e tipicidade dos dispositivos legais, algo que parece ter sido superado no CPC/2015 e que permite a aplicação amplificada da tutela da evidência.

Talvez essa seja a razão pela qual o art. 273, II, do CPC/1973, introduzido em 1994 e que contém praticamente a mesma redação do art. 311, I, do CPC/2015, não tenha tido grande reverberação na prática forense durante a vigência do código passado. Com efeito, tanto as partes, como também os juízes preferiam a segurança da decisão exarada em cognição exauriente, ainda que ela pudesse demorar mais

¹⁷⁶ Vejamos a definição de Humberto Theodoro Júnior sobre a tutela da evidência: “A essas tutelas de urgência, agregou-se, mais modernamente, a *tutela da evidência*, que tem como objetivo não propriamente afastar o risco de um dano econômico ou jurídico, mas, sim, o de combater a *injustiça* suportada pela parte que, mesmo tendo a evidência de seu direito material, se vê sujeita a privar-se da respectiva usufruição, diante da resistência abusiva do adversário. Se o processo democrático deve ser *justo*, haverá de contar com remédios adequados a uma gestão mais equitativa dos efeitos da duração da marcha procedimental. É o que se alcança por meio da *tutela sumária da evidência*: favorece-se a parte que à evidência tem o direito material a favor de sua pretensão, deferindo-lhe tutela satisfativa imediata, e imputando o ônus de aguardar os efeitos definitivos da tutela jurisdicional àquele que se acha em situação incerta quanto à problemática juridicidade da resistência manifestada” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. I, p. 610).

tempo e estar sujeita ao efeito suspensivo *ope legis* em caso de recurso de apelação.

Assim, não obstante a redação do art. 311, I, do CPC/2015 ser muito semelhante ao teor do art. 273, II, do CPC/1973, diante da nova razão principiológica da lei processual atual, esperamos que a tutela da evidência encontre maior ressonância na prática forense, sobretudo porque as suas hipóteses foram ampliadas nos demais incisos do art. 311, cujo rol é exemplificativo e não taxativo, conforme se abordará mais adiante em tópico específico.

Com esse novo olhar, portanto, passa-se a estudar mais profundamente as hipóteses tipificadas no art. 311 do CPC para a incidência da tutela da evidência.

4.1. Abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório (art. 311, I, do CPC)

O inciso I do art. 311 do CPC prevê a concessão da tutela da evidência quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte¹⁷⁷.

Conforme exposto anteriormente, a redação desse inciso é praticamente idêntica à do inciso II do art. 273 do CPC/1973, com a diferença de que a lei revogada mencionava o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório praticado pelo *réu*, enquanto que a lei em vigor se refere ao abuso do direito de defesa ou ao manifesto propósito protelatório praticado pela *parte*.

¹⁷⁷ Artur César de Souza conceitua o abuso do direito de defesa e o propósito protelatório da parte da seguinte forma: “Evidencia-se o abuso do direito de defesa quando o réu tenta se utilizar de diversos mecanismos de defesa, os quais, ou por serem ineficazes ou por sua inadequação, jamais poderiam colocar em dúvida a evidência do direito do autor. Há manifesto propósito protelatório, quando o réu vale-se de expedientes que apenas procuram retardar a efetividade da tutela jurisdicional. A utilização, sem qualquer finalidade útil de embargos de declaração, recursos, contestação etc., poderá, dependendo do caso, caracterizar manifesto propósito protelatório do réu no uso e abuso de seu direito de defesa. A indicação de fatos sabidamente inexistentes, o requerimento de provas impertinentes podem também caracterizar o abuso de direito de defesa” (SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017. p. 97).

Parece-nos, dessa forma, que há maior abrangência na aplicação desse inciso em comparação ao art. 273, II, do CPC/1973, tendo em vista que também o autor, quando demandado em sede de reconvenção, por exemplo, poderá ter deferido contra si um pedido de tutela da evidência caso incorra nas condutas mencionadas na hipótese sob análise.

Outro ponto que merece destaque na redação do inciso em estudo é a expressão *propósito protelatório*. Conforme dizia Teori Zavascki¹⁷⁸ ainda na vigência do CPC/1973, o que justifica a antecipação da tutela nesse caso é a efetiva prática do ato de protelar e não apenas o propósito de fazê-lo.

Essa discussão tem relevância, pois se relaciona com a própria compreensão da natureza da tutela da evidência. Parte da doutrina, da qual destacamos Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹⁷⁹, Luiz Fux¹⁸⁰ e Alexandre Freitas Câmara¹⁸¹, entende que

¹⁷⁸ “Na verdade, o que justifica a antecipação não é o propósito de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. Nessa compreensão, bem se vê, ‘propósito protelatório’ é expressão que na sua abrangência comportaria, a rigor, também os ‘abusos de direito de defesa’” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79).

¹⁷⁹ “A segunda espécie tem natureza punitiva. Ela tem por característica a atuação de má-fé do réu, que abusa do seu direito de defesa ou utiliza de meios manifestamente protelatórios, durante o curso do processo (artigo 311, inciso I). Aqui, não se exige que o autor, para concessão de tutela de evidência, tenha demonstrado, por prova documental e robusta, seu direito líquido e certo. Ademais, esta concessão pode ser deferida em qualquer fase do processo, diversamente da espécie de natureza documental, a qual, em regra, deve ser demonstrada e requerida *ab initio*. O equilíbrio entre as partes, que deve nortear o processo, permite que o réu que tenha atuado de má-fé, procrastinando o feito, seja punido com a antecipação dos efeitos da tutela em favor do autor, de boa-fé” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 251).

¹⁸⁰ “A legislação brasileira estabelece sanções para o autor, réu ou interveniente que litigar de má-fé, especialmente quando deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidente manifestamente infundado; ou interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (artigos 79 e 80 do CPC/2015). A multa para o litigante de má-fé, cujo valor é revertido à parte contrária, não ao Estado, é limitada a dez por cento do valor corrigido da causa, sem prejuízo da indenização à parte contrária pelas perdas e danos resultantes (artigos 81 e 96 do CPC/2015). Além disso, não há previsão da possibilidade de imposição da multa por litigância de má-fé ao advogado. Outra consequência do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte é a concessão da tutela de evidência, providência jurisdicional de natureza satisfativa baseada em cognição não exauriente (art. 311, I, do CPC/2015)” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 88).

¹⁸¹ “Defere-se a tutela da evidência quando ‘ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte’ (art. 311, I). Trata-se, aqui, da previsão de uma tutela provisória sancionatória, por força da qual a aceleração do resultado do processo se apresenta como uma sanção imposta àquele demandado que exerce seu direito de defesa de forma abusiva, com o

o inciso I do art. 311 do CPC possui natureza de sanção, isto é, a parte que abusar de seu direito de defesa ou agir com manifesto propósito protelatório será punida com a concessão da antecipação da tutela em seu desfavor.

Portanto, sob esse prisma, a crítica de Teori Zavascki sobre a redação do artigo revogado seria pertinente, afinal, é de se questionar se seria justo sancionar a parte que apenas tentou protelar o andamento do processo, mas não conseguiu fazê-lo. Tal conduta certamente poderia dar ensejo à aplicação de multa por litigância de má-fé, por exemplo, mas também seria suficiente para justificar a concessão da tutela da evidência em desfavor daquele que apenas tentou protelar, mas não conseguiu concretizar o seu objetivo?

Para Bruno Bodart isso seria possível, aliás, inclusive de ofício. Em sua visão, justamente em função do caráter sancionatório do instituto, o autor sustenta que a tutela da evidência poderia ser concedida até mesmo de ofício pelo magistrado, tendo em vista que é dever do juiz reprimir a deslealdade processual independentemente de requerimento da parte¹⁸².

Em nossa opinião, de outra banda, muito embora o inciso I do art. 311 do CPC tenha apontado como requisitos para a concessão da tutela da evidência apenas o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório, é preciso compreender tal disposição legal de forma mais ampla e sistemática, exigindo-se não apenas a conduta protelatória da parte, que poderá se dar antes de iniciado o

único intuito de protelar o andamento do processo. É, pois, uma técnica de antecipação da tutela perfeitamente compatível com a garantia constitucional de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2020. p. 167).

¹⁸² “O *caput* do art. 273 do CPC/1973 dispõe que o juiz somente poderá antecipar os efeitos da tutela ‘a requerimento da parte’. O CPC/2015 não contém idêntica expressão. Poderia o juiz, pela sistemática do Código de 2015, conceder de ofício a tutela de evidência baseada no abuso do direito de defesa? A resposta é positiva. A deslealdade processual não é prejudicial apenas à parte contrária, mas atinge a própria dignidade da justiça. Exatamente por isso, o magistrado prescinde de prévio requerimento para aplicar multa pela prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição (art. 14, parágrafo único, do CPC/1973; art. 77, § 1º, do CPC/2015), bem como para aplicar sanção por litigância de má-fé (art. 18 do CPC/1973; art. 81 do CPC/2015). Dado que a modalidade de tutela de evidência ora versada é também uma sanção por comportamento desleal, a melhor interpretação conferida ao art. 311, I, do CPC/2015 é a que admite a sua prolação de ofício” (BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Livro eletrônico]).

processo¹⁸³ ou já em seu curso, mas também a demonstração da probabilidade do direito da outra parte, como bem apontam Cassio Scarpinella Bueno¹⁸⁴, Antônio Pereira Gaio Júnior¹⁸⁵ e os principais comentadores¹⁸⁶ do Código de Processo Civil.

¹⁸³ “Quando a contestação for deduzida apenas formalmente, sem consistência, a situação pode subsumir-se à hipótese do CPC 311 I, autorizando a concessão da tutela da evidência. Em tese, é admissível a concessão da medida fundada no inciso I, pois não despropositado o abuso do direito de defesa verificado fora do processo, quando há prova suficiente de que o réu fora, por exemplo, notificado várias vezes para cumprir a obrigação, tendo apresentado evasivas e respostas pedindo prazo para o adimplemento” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1013).

¹⁸⁴ “Importa frisar o ponto: quem litiga de má-fé deve ser sancionado como tal, nos moldes do art. 81. Este comportamento, contudo, nada revela sobre o direito da outra parte ser mais ou menos evidente para quaisquer fins, inclusive para a concessão da tutela em exame. Por isto, é mister conjugar os casos do inciso I do art. 311 com a exigência genérica do caput do art. 300 de que há probabilidade no direito daquele que pleiteia a tutela provisória” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. [Livro eletrônico]).

¹⁸⁵ “Não obstante isso, ainda que o inc. I *supra* não faça referência a qualquer conteúdo documental, não seria razoável a concessão da medida somente pelo comprovado abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, sem que, sequer, mostre-se provável o pedido do autor, e daí tem-se coerência com o espírito de antecipação da tutela de evidência, ratificando-se, inclusive, a própria diferença entre esta tutela e aquela da urgência. Por tudo, é de se afirmar que, em qualquer das hipóteses, deverá o requerente da medida comprovar a evidência e a probabilidade do seu direito, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo” (GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 254, p. 195-223, abr. 2016).

¹⁸⁶ “Como já exposto, a tutela da evidência prevista no inciso I do art. 311 do CPC/2015 é a antiga antecipação de tutela decorrente da defesa abusiva ou protelatória (art. 273, inciso II, do CPC/1973). Nesse aspecto, quase nada mudou. A única diferença é que a nova lei não prevê expressamente os requisitos específicos da prova inequívoca e da verossimilhança do sistema anterior. Mas a leitura sistêmica do CPC/2015 permite concluir que a tutela da evidência exige, em todos os seus incisos, a probabilidade do direito do autor. Em outras palavras, o simples abuso do direito de defesa não autoriza, por si só, a concessão da tutela da evidência” (TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. **Código de Processo Civil anotado**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018. p. 474-475). “Em qualquer hipótese, a tutela da evidência somente pode ser concedida se demonstrada a probabilidade do direito do autor” (NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. **Novo Código de Processo Civil**. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 380). “A hipótese do inciso I (abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte), que traz à mente o inciso II do art. 273 do CPC atual, merece uma ressalva importante. Para a concessão da tutela da evidência, nestes casos, importa também que o autor mostre que seu direito é mais evidente (ainda que no sentido de provável) que o do réu. É que o abuso do direito de defesa do réu ou o seu manifesto propósito protelatório nada diz, por si só, com relação à evidência do direito do autor, que, por isto, deve também ser demonstrada no pedido a ser formulado pelo autor” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 232). “O art. 311, I, CPC, deve ser lido como uma regra aberta que permite a antecipação da tutela sem urgência em toda e qualquer situação em que a defesa do réu se mostre frágil diante da robustez dos argumentos do autor – e da prova por ele produzida – na petição inicial. Em suma: toda vez em que houver apresentação de defesa inconsistente” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 322).

Em outras palavras, de nada adianta que determinada parte abuse de seu direito de defesa se a outra parte não demonstrar a alta probabilidade do seu direito. Nesse caso, ainda que formalmente possam estar presentes os requisitos no art. 311, I, do CPC, a tutela da evidência não deverá ser concedida, embora a multa por litigância de má-fé possa ser aplicada.

Essa, aliás, é a *regra geral* da tutela da evidência, conforme propõe Luiz Guilherme Marinoni¹⁸⁷, ou seja, sempre que for demonstrada a alta probabilidade do direito de uma parte e a defesa inconsistente da outra parte, independentemente do momento do processo¹⁸⁸, a tutela da evidência deverá ser concedida.

Em nossa opinião, a despeito do revés que a conduta abusiva poderá causar à parte que se comportou inadequadamente, isso não importa em uma sanção típica, pois, mais do que punir aquele que abusou de seu direito de defesa, a tutela da evidência tem a função primordial de redistribuir o ônus do tempo do processo em favor de quem demonstrou o direito mais provável de modo a amenizar o dano marginal que poderá sofrer, tudo em homenagem aos princípios da razoável duração do processo, da eficiência, da efetividade, da cooperação etc.

Assim, se há contornos sancionatórios na tutela da evidência, parece-nos que eles se manifestam preponderantemente como efeitos colaterais da aplicação da lei e não são a principal razão de sua existência.

¹⁸⁷ “Assim, caso não existisse o inciso I, ou melhor, a cláusula geral da tutela da evidência, a oportunizá-la em todos os casos em que há direito evidente e defesa inconsistente que exige instrução dilatória, haveria violação da isonomia. Não é por outro motivo que o inciso I do art. 311 deve ser visto como uma regra geral de democratização do processo – que viabiliza técnica processual idônea a toda e qualquer situação de direito substancial” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: soluções processuais diante do tempo da Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [Livre eletrônico]).

¹⁸⁸ O termo “defesa” deverá ser compreendido de forma mais abrangente e não apenas como contestação, tendo em vista que o momento da concessão da tutela da evidência poderá se dar durante toda a fase de conhecimento e até mesmo na fase recursal, tal como será demonstrado em tópico específico.

Isso fica mais claro quando se compreende que a conduta abusiva, por si só, não justifica a concessão da tutela da evidência¹⁸⁹, bem como que, em nossa opinião, não se pode conceder a tutela da evidência de ofício (conforme será mais bem abordado em tópico próprio), o que violaria o princípio da demanda, mormente quando não há quadro de lesão ou ameaça a direito.

Se o juiz não pode conceder a tutela da evidência de ofício, tampouco faria sentido compreender o instituto como preponderantemente sancionatório, pois, em tese, o magistrado tem o dever de punir e coibir condutas protelatórias independentemente de pedido da parte, mas não poderia fazê-lo *sponte propria* no caso da tutela provisória da evidência.

Portanto, o que se extrai do inciso I do art. 311 do CPC é que tal disposição legal, somada à imprescindível probabilidade do direito, representa a essência da tutela da evidência, pois possibilita a redistribuição do ônus do tempo do processo em detrimento do litigante não sério, que se escora indevidamente nos princípios do contraditório e da ampla defesa para postergar o cumprimento das obrigações que sabe serem devidas, mas também em benefício do litigante sério, que é capaz de demonstrar documentadamente a evidência de seu direito.

Além desses requisitos, parece-nos que também é importante considerar o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Muito embora essa questão seja tratada apenas no capítulo referente à tutela provisória de urgência (art. 300, § 3º, do CPC) e não tenha sido mencionada expressamente nos artigos que disciplinam a tutela provisória da evidência, por um dever de coerência sistêmica na compreensão das tutelas provisórias, entendemos que a irreversibilidade dos efeitos da decisão também deve ser considerada na *regra geral* de concessão da tutela da evidência. É preciso deixar claro, todavia, que tal *irreversibilidade* não se refere à vedação da satisfatividade da tutela sumária, mas sim à “criação de determinados efeitos jurídicos incompatíveis com a situação de direito substancial objeto de tutela

¹⁸⁹ Vide Enunciado 47 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF: “A probabilidade do direito constitui requisito para concessão da tutela da evidência fundada em abuso do direito de defesa ou em manifesto propósito protelatório da parte contrária”.

jurisdicional”, conforme aponta Marinoni¹⁹⁰. Em outras palavras, ainda que presentes os requisitos da tutela provisória da evidência, não se pode declarar provisoriamente a paternidade de alguém ou decretar provisoriamente um divórcio, por exemplo, muito embora se possa antecipar os efeitos desses provimentos finais, a depender da presença dos requisitos de urgência e/ou evidência.

No mais, justamente por ter essa característica de *regra geral*, inclusive perante os demais incisos do mesmo artigo, o inciso I do art. 311 do CPC é dotado de conceitos indeterminados¹⁹¹, o que exige maior esforço interpretativo dos operadores do direito ao aplicá-lo, isto é, considerando que a lei não definiu o conteúdo das expressões *abuso do direito de defesa* e *manifesto propósito protelatório*, coube à doutrina fazê-lo.

Segundo Leonardo Ferres da Silva Ribeiro¹⁹², por exemplo, a defesa abusiva caracteriza-se por ser “excessiva, anormal, inadequada, com o propósito de frustrar e/ou atrasar a prestação jurisdicional”. Além disso, segundo o mesmo autor, o conceito de *manifesto propósito protelatório* estaria contido no *abuso do direito de defesa*, não havendo razão para diferenciá-los.

¹⁹⁰ “A provisoriedade da tutela antecipada deve ser entendida como a sua incapacidade de definir a controvérsia, por absoluta falta de idoneidade para a declaração ou, em outros termos, para a produção de coisa julgada material. Mas a satisfatividade da tutela sumária, e mesmo a eventual irreversibilidade dos seus efeitos fáticos, não é contraditória com a sua estrutura. Nada impede que uma tutela que antecipe a realização do direito e produza efeitos fáticos irreversíveis seja – do ponto de vista estrutural – provisória, ou melhor, incapaz de dar solução definitiva ao mérito. O que o § 3º do art. 300 veda quando afirma que a tutela de urgência ‘não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão’ é, além de prejuízo ao juízo final, a criação de determinados efeitos jurídicos incompatíveis com a situação de direito substancial objeto de tutela jurisdicional. Mais claramente, o que se proíbe são determinadas constituições provisórias. Como é evidente, não há como decretar provisoriamente o divórcio ou desconstituir provisoriamente o casamento, embora seja adequado ordenar, também por exemplo, que um cônjuge se afaste do outro em vista de decisão de separação de corpos” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: soluções processuais diante do tempo da Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [Livro eletrônico]).

¹⁹¹ “A lei processual não cuidou de definir quais condutas são consideradas protelatórias, ou que configuram abuso no exercício do direito de defesa. Trata-se, portanto, de conceitos abertos, juridicamente indetermináveis” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 480).

¹⁹² RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela da evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 195.

Pensam da mesma forma Flávio Yarshell e Helena Abdo¹⁹³, ao destacarem que o ato protelatório não se caracteriza como algo dissociado do abuso do direito de defesa, e sim como parte dele, afinal, o termo *defesa* não deve ser concebido apenas como *contestação*, mas como qualquer ato de natureza defensiva, incluindo incidentes processuais, recursos etc., posição com a qual nos alinhamos.

Em sentido próximo, Luiz Guilherme Marinoni¹⁹⁴ entende que não há razão para distinção entre essas duas expressões, pois ambas teriam a mesma conotação de coibir a defesa não séria em prol do direito evidente. Por outro lado, parece-nos que o autor diverge parcialmente daqueles que entendem que o propósito protelatório estaria contido no abuso do direito de defesa, na medida em que considera que, dentro do contexto de interpretação desse inciso, tais locuções seriam praticamente sinônimas.

Em interpretação diversa, todavia, sob a premissa do aforismo romano de que a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*), Teori Zavascki¹⁹⁵ propõe a seguinte diferenciação: os atos de abuso de direito de defesa

¹⁹³ “Como já sustentado em outra oportunidade, o ‘abuso do direito de defesa’ a que se refere o CPC de 2015 – e também se referia o CPC de 1973 (art. 273, II) – abarca não apenas o direito (ou ônus) de contestar, mas também todas as situações subjetivas processuais que integram a defesa. Assim, qualquer outra manifestação defensiva, como um incidente processual infundado ou a interposição de um recurso abusivo, também se insere na previsão legal. Pelo mesmo motivo, apesar das opiniões doutrinárias em contrário, o manifesto propósito protelatório da parte a que se refere a lei (e que o art. 273, inciso II, do CPC de 1973 atribuiu apenas ao réu) não constitui uma situação apartada e integra o abuso do direito de defesa quando o ato protelatório é praticado pelo réu, no exercício da defesa” (YARSELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre tutela da evidência. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 473).

¹⁹⁴ “Nunca houve razão para distinguir abuso de defesa e manifesto propósito protelatório, na medida em que aos dois é possível outorgar um mesmo sentido geral, capaz de ser concretizado nos vários casos conflitivos. Trata-se de conceito jurídico indeterminado. Bem por isso, cabe tutela da evidência quando, em qualquer caso, o juiz puder declarar, diante da evidência do direito e da inconsistência da defesa, que o seu exercício, ao exigir instrução dilatória, constitui um abuso” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência: soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [Livro eletrônico]).

¹⁹⁵ “Tratando-se, todavia, de expressões que o legislador considera de conteúdos distintos, é de mister que se busquem critérios para distingui-las. Ora, a referência a abuso do direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, a atos processuais. Por isso, por abuso do direito de defesa não se entendem os atos protelatórios praticados no processo (v.g., os do art. 14, III e IV, do CPC). Já o manifesto propósito protelatório há de ser assim considerado o que resulta do comportamento do réu – atos e omissões – fora do processo, embora, obviamente, com ele relacionados. Por exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79).

seriam aqueles listados no art. 14 do CPC/1973 (ou art. 80 do CPC/2015), isto é, os atos passíveis de apenamento com multa por litigância de má-fé; enquanto que os atos de manifesto propósito protelatório devem ser compreendidos como aqueles praticados fora dos limites do processo, ou seja, que se relacionem com o comportamento da parte com o objetivo de procrastinar o andamento processual, tal como simular uma doença para adiar uma audiência, por exemplo.

Também se manifestando pela existência da diferenciação entre as expressões, William Santos Ferreira aponta dois exemplos, que, em sua visão, configurariam atos protelatórios que não se encaixariam no conceito de abuso do direito de defesa, são eles: quando o réu se vale de expedientes maliciosos para se furtar de ser citado e quando a parte se recusa a comparecer em exame de DNA em ação de investigação de paternidade. Segundo o autor¹⁹⁶, “o abuso do direito de defesa *pode* aclarar um intuito protelatório, mas o inverso não é verdadeiro, como no exemplo do réu que evita a citação: ele não está abusando do direito de defesa, mas a atitude furtiva configura seu manifesto intuito protelatório”.

Em nossa visão, o termo *defesa* deve ser compreendido em sentido lato, o que inclui os eventuais atos protelatórios praticados pelo réu, inclusive eventuais iniciativas de se furtar da citação, por exemplo, pois, nesse caso, de certa forma, a parte estará abusando das prerrogativas de ser citada validamente, o que é condição imprescindível para o exercício da ampla defesa, razão pela qual, em última análise, estará abusando do seu direito de defesa.

Essa discussão é relevante, pois, caso se entenda por constranger os conceitos de ato protelatório e abuso do direito de defesa, isso poderá limitar a abrangência de aplicação do art. 311, I, do CPC.

Assim, em nosso entendimento, deve prevalecer a interpretação de que os atos de abuso de defesa e de manifesto propósito protelatório não devem ficar constrictos a um rol de situações específicas, afinal, sempre que verificada a falta de

¹⁹⁶ FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 171-172.

correlação instrumental adequada entre o ato processual praticado e os resultados dele extraídos, haverá espaço para a concessão da tutela da evidência se também estiver presente a alta probabilidade do direito, o que vai ao encontro do pensamento de Marinoni.

Parece-nos que essa posição também seria compatível com o entendimento de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, Flávio Yarshell e Helena Abdo, anteriormente exposto, pois, mesmo que se entenda que há uma relação de conteúdo e continente entre o manifesto propósito protelatório e o abuso do direito de defesa no contexto interpretativo do inciso I do art. 311, isso não seria óbice para a incidência mais afrouxada da tutela da evidência.

Em suma, dentre as hipóteses elencadas no art. 311 do CPC, o inciso I é aquele que mais bem conceitua a tutela da evidência, funcionando como verdadeira regra geral do instituto a ser aplicada de forma ampla, não apenas no momento da contestação propriamente dita, mas em todo o processo, com a ressalva de que não basta apenas a apresentação de defesa não séria da parte, pois também é mandatório que fique demonstrada a alta probabilidade do direito da outra parte.

A despeito desse caráter de regra geral, no entanto, tal como ocorria sob a vigência do CPC/1973, em que a aplicação do art. 273, II, relevava-se muito tímida na prática, depois de aproximadamente cinco anos de vigência do CPC/2015, infelizmente, a tutela da evidência fundada nesse inciso (e também nos outros) ainda é muito pouco utilizada.

Com efeito, em estudo¹⁹⁷ com base empírica sobre a aplicação do art. 311, inciso I em decisões emanadas do Tribunal de Justiça de São Paulo, Fernando Gajardoni e Sara Leite constataram que, até 2017, havia somente 22 decisões judiciais de 1º grau de jurisdição em que a tutela da evidência fora concedida com fundamento no art. 311, I, do CPC.

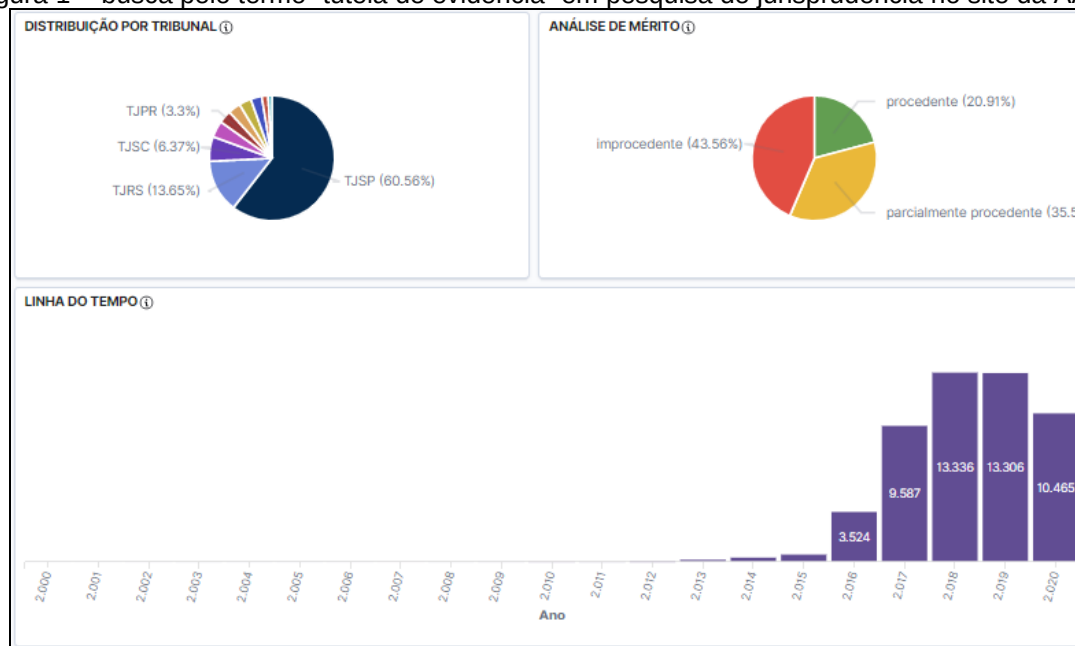
¹⁹⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigoza. Breve análise empírica da tutela da evidência (art. 311 do Código de Processo Civil) no âmbito do TJSP. **REDP**, Rio de Janeiro, ano 13, v. 20, n. 1, jan.-abr. 2019.

De fato, se consideradas as milhões de decisões sobre tutela provisória exaradas todos os anos pelos juízes do TJSP, para um inciso que é considerado por muitos como o *coração* da tutela da evidência, esse número é irrisório, praticamente inexistente.

Mas não é somente o inciso I do art. 311 do CPC que se revela subutilizado. A tutela da evidência, como um todo, carece de maior atenção dos operadores do direito, o que se demonstra por meio de pesquisa pelo site da AASP¹⁹⁸, que congrega a base de decisões judiciais dos principais tribunais do país.

Na busca pelo termo “tutela de evidência”¹⁹⁹, a ferramenta da AASP apontou que, desde 2013, houve a prolação de 55.638 decisões judiciais (sentenças, decisões monocráticas e acórdãos) contendo essa expressão, das quais 20,91% foram procedentes²⁰⁰, conforme se verifica pelos gráficos obtidos no site da AASP:

Figura 1 – busca pelo termo “tutela de evidência” em pesquisa de jurisprudência no site da AASP



¹⁹⁸ Disponível em: <https://jurisprudencia-aasp.juit.io/busca>.

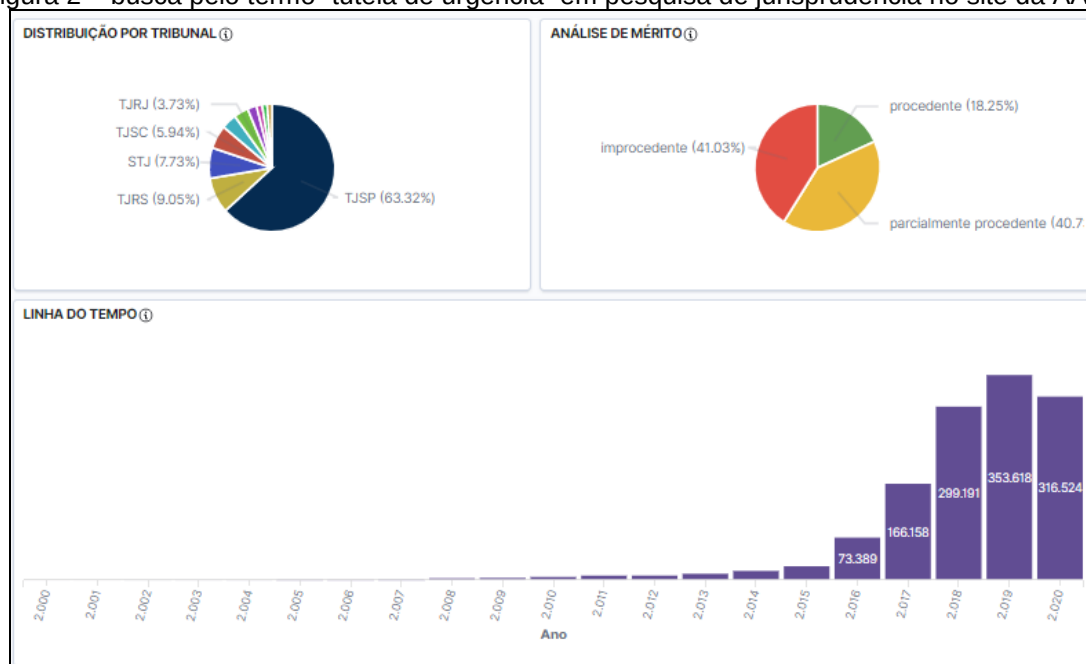
¹⁹⁹ Muito embora o texto legal utilize a terminologia “tutela *da* evidência”, houve muito mais menções ao termo “tutela *de* evidência” do que “tutela *da* evidência” nas buscas realizadas, razão pela qual, por nos parecer mais abrangente, a busca foi feita com a expressão “tutela *de* evidência”.

²⁰⁰ Não há como precisar se tais decisões foram procedentes para efetivamente acolher um pedido de tutela da evidência, pois, dentre as decisões selecionadas, é possível que parte delas contenha a expressão “tutela de evidência” apenas como elemento de fundamentação, porém o seu mérito não esteja diretamente relacionado com um pedido de tutela da evidência. De toda forma, a despeito dessa dificuldade de esmiuçar os dados obtidos, essa busca confere um panorama da abrangência da tutela da evidência atualmente.

Fonte: AASP

Essa mesma busca foi feita com o termo “tutela de urgência” e a diferença obtida foi colossal. De acordo com a pesquisa desse termo na ferramenta da AASP, desde 2010, houve a prolação de 1.419.462 decisões judiciais contendo a expressão “tutela de urgência”, das quais 18,25% foram procedentes²⁰¹:

Figura 2 – busca pelo termo “tutela de urgência” em pesquisa de jurisprudência no site da AASP



Fonte: AASP

A despeito de eventuais incorreções e limitações²⁰² nessa ferramenta de busca, verifica-se que o número de decisões judiciais contendo a expressão “tutela de urgência” é quase 26 vezes maior em relação à quantidade de decisões mencionando o termo “tutela de evidência”.

De toda forma, não esmoreceremos em nosso entusiasmo pela tutela da evidência, pois entendemos que o seu potencial de tornar o processo mais paritário, célere e eficiente é enorme.

²⁰¹ Não há como precisar se tais decisões foram procedentes para efetivamente acolher um pedido de tutela de urgência, pois, dentre as decisões selecionadas, é possível que parte delas contenha a expressão “tutela de urgência” apenas como elemento de fundamentação, porém o seu mérito não esteja diretamente relacionado com um pedido de tutela de urgência.

²⁰² O sistema de buscas é claramente limitado, tendo em vista que não foram selecionadas decisões anteriores a 2010 no caso da tutela de urgência.

Para tanto, é preciso que a sociedade e a comunidade jurídica realmente queiram a aplicação da tutela da evidência, fazendo valer o texto da lei na prática.

Parece-nos que a sociedade já quer, e a maior prova disso foi a positivação da tutela da evidência no CPC/2015, afinal, conforme exposto anteriormente, o problema da morosidade da prestação jurisdicional é de conhecimento geral, muito embora haja um anseio crescente pela mudança desse panorama em razão da dinamização das relações humanas e dos avanços tecnológicos.

Em relação à comunidade jurídica, é preciso que se aceite definitivamente que os efeitos da tutela jurisdicional podem ser entregues de forma antecipada em sede de tutela com cognição sumária e sem a presença da urgência, compreendendo-se o transcurso do tempo não como algo neutro e indiferente, mas, sim, como um fator que efetivamente influencia o comportamento das partes, tanto para estimular a procrastinação, quanto para promover condutas mais cooperativas.

Em suma, além da mudança legislativa já realizada, para que a tutela da evidência encontre ressonância na prática, é necessário que se opere também uma mudança cultural, tal como bem abordado por Rogéria Dotti em abalizada reflexão²⁰³ sobre a pouca adesão na prática da tutela da evidência desde o início da vigência do CPC/2015 até o momento.

²⁰³ “Com efeito, embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha procurado estabelecer uma relação diferenciada entre jurisdição e ônus do tempo no processo, o que se percebe nos primeiros anos de sua vigência é uma resistência muito grande a essas mudanças. Em uma visão pessimista, os agentes não têm opção senão deixar agir o *habitus* para obedecer à necessidade imanente do campo e, dessa forma, satisfazer as exigências que ali estão contidas. O mais relevante é a percepção de que sequer existe a consciência do sacrifício de um dever, nem tampouco da busca de um benefício. (...) Como já exposto, a cultura que domina a aplicação das regras processuais no Brasil conduz à rejeição das decisões sumárias, baseadas na mera probabilidade do direito. Isso porque, lamentavelmente, há a equivocada noção de que o dever de julgar somente surge ao final do procedimento, após toda a instrução probatória. O decurso do tempo e os direitos evidentes são tratados, assim, com absoluta indiferença. São igualmente ignorados os prejuízos gerados àqueles que já se desincumbiram de seu ônus probatório, mas que ainda têm de aguardar por uma prestação jurisdicional demasiadamente longa e ineficiente. (...) Permitir a antecipação de direitos evidentes, após o devido contraditório e o alcance de uma probabilidade preponderante, é a mudança cultural que se busca alcançar” (DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livro eletrônico]).

Cabe-nos fazer coro a essa linha de pensamento, bem como contribuir com proposições para a ampliação da aplicação da tutela da evidência, o que será mais bem abordado no Capítulo 5 deste estudo.

4.2. Tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, II, do CPC)

Avançando na análise dos incisos do art. 311 do CPC, passa-se ao inciso II, que contém a seguinte redação: “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Verifica-se que são duas as principais exigências para a concessão da tutela da evidência com fundamento nessa hipótese, uma de caráter fático-probatório (as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente) e outra de direito (houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante).

Nota-se que a lei não exigiu a presença do abuso do direito de defesa ou da conduta protelatória do réu, até porque a tutela da evidência poderá ser concedida sem o contraditório prévio nesse caso, baseada apenas na evidência do direito do autor, conforme autoriza o parágrafo único do art. 311.

Trata-se de previsão legal inovadora e interessante, pois, uma vez apresentada a prova pré-constituída que torne os fatos alegados pela parte verossímeis, o postulante à tutela provisória poderá se valer do caráter vinculante da jurisprudência para encurtar o caminho da discussão de direito, o que, em última análise, contribuirá para uma maior segurança jurídica do sistema processual, além de estar em linha com os princípios da isonomia, da celeridade e da eficiência, pois é imperioso que haja uniformidade na aplicação do direito.

Por outro lado, mesmo que, em tese, isso seja positivo, a redação do inciso suscitou dúvidas, a saber: (i) apenas a prova documental poderá servir de base para a concessão da tutela da evidência ou outros tipos de prova também poderiam ser

usados para essa finalidade?; (ii) somente as súmulas vinculantes e as teses jurídicas firmadas em julgamentos de casos repetitivos poderão ser utilizadas para cumprir o requisito de direito, tal como prevê literalmente o texto legal, ou os demais tipos de precedentes listados no art. 927 do CPC seriam igualmente viáveis de sustentar o deferimento da tutela da evidência?

A respeito da primeira questão, isto é, sobre o tipo de prova admitido, muito embora o inciso I do art. 311 tenha se referido apenas à prova documental, uma interpretação sistemática do dispositivo legal não viabilizaria tal restrição, o que iria de encontro à própria essência da tutela da evidência.

Sim, pois, quanto maior for o conjunto probatório oferecido ao juiz para apreciar o pedido de tutela da evidência, mais distante ele estará da cognição superficial ou sumária e mais próximo estará da cognição exauriente, algo que é especialmente útil nessa hipótese para auxiliá-lo a identificar se a situação levada ao seu conhecimento se enquadra ou não no precedente sob análise.

Ademais, considerando que foi adotado o sistema da persuasão racional do juiz no direito pátrio, bem como que não há hierarquia prévia entre os meios probatórios, tampouco faria sentido admitir-se a prova documental em detrimento das demais.

Dessa forma, o termo *documentalmente* deve ser lido como *documentadamente*, o que autoriza que outras modalidades probatórias, além da documental, possam ser utilizadas para cumprir o requisito exigido no art. 311, II, do CPC²⁰⁴.

²⁰⁴ Vejamos a posição de Yarshell e Abdo a respeito: “Pela letra da lei, a prova das alegações de fato tem de ser necessariamente documental ou, ao menos, documentada (tal como a prova emprestada ou aquela produzida em caráter antecipado). Tal prova deve recair sobre os fatos constitutivos do direito afirmado” (YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 476).

Isso é especialmente relevante, pois, em função do direito autônomo à prova sem o requisito da urgência, defendido por Yarshell²⁰⁵ ainda sob a vigência do CPC/1973 e agora admitido no CPC/2015, as partes poderão se valer de provas documentadas (testemunhal e pericial, por exemplo) para formular o pedido de tutela da evidência. Além disso, a prova emprestada, também admitida em nosso sistema processual, igualmente poderá servir para essa mesma finalidade.

De todo modo, é importante que a prova seja documentada e pré-constituída, nos moldes do que se exige para o mandado de segurança, pois, considerando que a tutela da evidência poderá ser concedida liminarmente, do ponto de vista lógico-procedimental, não faria sentido produzir-se a prova posteriormente ao contraditório, afinal, se caracterizada essa situação, seria mais adequado o julgamento antecipado do mérito ou a concessão da tutela da evidência com fulcro no inciso IV do art. 311 do CPC.

Em suma, portanto, a leitura mais adequada do artigo é a de que qualquer tipo de prova documentada, desde que lícitamente produzida, poderá servir para a comprovação das alegações de fato.

No mais, avançando para a segunda pergunta formulada anteriormente, conforme antecipado, há uma discussão doutrinária a respeito do teor do art. 311, II, que lista apenas as súmulas vinculantes e as teses jurídicas firmadas em julgamento de casos repetitivos como requisitos de direito para a concessão da tutela da evidência.

A discussão da doutrina se refere à possibilidade de adicionar os demais precedentes considerados *fortes* ao lado dos dois tipos já mencionados no texto da lei. Tal debate é muito pertinente, pois, não obstante as particularidades de cada um dos tipos de precedentes listados no art. 927 do CPC, o fato é que todos eles têm caráter vinculante.

²⁰⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Dessa forma, considerando que um dos escopos da tutela da evidência é justamente a redistribuição do ônus do tempo do processo de forma ampla, não seria adequado interpretar o dispositivo de lei estritamente, afinal, uma vez demonstrada a evidência do direito por meio de outros tipos de precedentes de igual ou maior relevância em cotejo com aqueles já previstos no inciso II do art. 311, não poder utilizá-los importaria em tolher o alcance da tutela da evidência de forma incoerente e antissistêmica.

A incoerência se manifesta ao passo que se analisa o art. 332 do CPC, por exemplo, o qual dispõe sobre a improcedência liminar do pedido. Nos incisos desse artigo estão listados os tipos de precedentes que podem motivar a improcedência liminar do pedido em sede de decisão definitiva, com cognição exauriente e passível de transitar em julgado materialmente, entre eles as súmulas não vinculantes emanadas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como as súmulas dos tribunais de justiça sobre direito local.

Essa incongruência foi objeto de crítica de Yarshell e Abdo²⁰⁶, pois como admitir a utilização de súmulas meramente persuasivas, inclusive de tribunais de justiça, para o julgamento definitivo de mérito com fundamento no art. 332 do CPC e não as admitir para a concessão da tutela da evidência em sede de tutela provisória com base no art. 311, II, do CPC? Parece-nos que não há resposta plausível para essa pergunta.

Outro exemplo dessa incoerência se manifesta no art. 932, IV e V, do CPC, que permite ao relator dar ou negar provimento monocraticamente a recursos com base em súmulas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal que estiver analisando o recurso. Novamente aqui o sistema processual impõe requisitos mais frouxos para o conhecimento e julgamento do

²⁰⁶ “O legislador foi contraditório porque mais rigoroso para a concessão de uma tutela provisória do que o foi em caso de provimento definitivo. Basta verificar o teor do art. 332 do CPC de 2015, que prevê a possibilidade de improcedência liminar da demanda (tutela definitiva, portanto), com base em súmulas meramente persuasivas ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores, ou, ainda, em enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local” (YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 461).

próprio mérito do pedido em comparação à tutela da evidência, que tem natureza apenas provisória.

É por isso que autores como Cassio Scarpinella Bueno²⁰⁷, Marinoni, Arenhart e Mitidiero²⁰⁸, Tucci, Aprigliano, Ferreira Filho, Dotti e Martins²⁰⁹, por exemplo, admitem que todos os tipos de precedentes previstos nos incisos do art. 927 do CPC poderiam sustentar a concessão da tutela da evidência com fundamento no art. 311, II, do CPC.

Em nossa opinião, essa posição está correta, porém poderíamos ir até mesmo além disso. Com efeito, na medida em que os arts. 332 e 932, anteriormente citados, admitem o julgamento do mérito do pedido também com fundamento em súmulas não vinculantes, inclusive de tribunais de justiça, parece-nos que esse critério, além dos precedentes já listados no art. 927 do CPC, também deveria valer para a concessão da tutela da evidência, com fulcro no art. 311, II, do CPC.

E isso porque, ainda que essas súmulas não sejam vinculantes, elas traduzem o entendimento da jurisprudência sobre determinada matéria, o que, em

²⁰⁷ “Cabe interpretar a regra ampla e sistematicamente com o que o próprio Código de Processo Civil desenha para o seu ‘direito jurisprudencial’. Assim, é correto entender que a ‘tese jurídica’ aplicável aos fatos constantes da petição inicial possa derivar não só dos ‘casos repetitivos’ (art. 928) ou de súmula vinculante, mas também de todos os referenciais decisórios (os ‘indexadores jurisprudenciais’) dos incisos do art. 927. Também é correto interpretar a exigência de prova documental feita pelo dispositivo de maneira ampla para abranger qualquer prova pré-constituída que possa ser apresentada com a petição inicial, ainda que não se trate propriamente de documento: prova documentada, portanto” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. [Livro eletrônico]).

²⁰⁸ “O que o art. 311, II, autoriza, portanto, é a ‘tutela da evidência’ no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas vinculantes” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 322).

²⁰⁹ “Não há como não perceber que o inciso II do art. 311 do CPC/2015 disse menos do que deveria. Ao prever a tutela da evidência em relação aos precedentes, mencionou apenas as teses firmadas em súmulas vinculantes e julgamentos repetitivos (abrangidos aqui, obviamente, o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos). Deixou, portanto, de prever as hipóteses de súmulas não vinculantes do STF e STJ e decisões do plenário ou órgão especial dos tribunais locais. Como estabelece o art. 927 do CPC/2015, todas essas decisões têm efeito vinculante, ou seja, devem ser respeitadas por juízes e tribunais” (TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. **Código de Processo Civil anotado**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018. p. 475).

nossa visão, seria suficiente para a demonstração da evidência do direito em sede de tutela provisória, tal como se admite em sede de tutela definitiva nas hipóteses de improcedência liminar da demanda e do provimento ou improvimento monocrático de recursos.

No entanto, mais do que isso, o que deveria conduzir a aplicação da tutela da evidência com base no art. 311, II, do CPC é a *ratio decidendi* dos precedentes.

Segundo Rodrigo Barioni e Teresa Arruda Alvim²¹⁰, as teses jurídicas são

(...) uma proposta de *ratio decidendi* elaborada pelo tribunal, para o fim de replicar a solução aos casos idênticos, isto é, nos quais a situação fático-jurídica seja enquadrável àquela prevista nos casos selecionados e julgados no regime de casos repetitivos. Disso resulta a conclusão de que a tese jurídica representa, ou deveria representar, na verdade, uma hipótese de incidência da *ratio decidendi* do precedente.

Essa é mais uma razão pela qual a aplicação da tutela da evidência não deve estar restrita aos precedentes admitidos no art. 311, II, do CPC (recursos repetitivos e súmulas vinculantes), os quais representam a tradução de determinada *ratio decidendi* do julgamento que lhes deu forma. Com efeito, a partir da mesma *ratio decidendi*, pode-se chegar a conclusões mais abrangentes do que o texto puro das teses jurídicas.

No artigo científico do qual foi extraído o trecho anteriormente transcrito, Rodrigo Barioni e Teresa Arruda Alvim analisaram o exemplo da Súmula Vinculante 12²¹¹ do STF, a qual dispõe que a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas é ilícita. Os autores bem pontuaram que a *ratio decidendi* da formação da súmula é mais abrangente do que a tese jurídica firmada, pois, sob as mesmas premissas, também se poderia dizer, por exemplo, que é ilícita a cobrança de taxa para a expedição de diploma, realização de prova substitutiva etc., em suma, todas as despesas dos cursos de graduação em universidades públicas além da taxa de matrícula.

²¹⁰ BARIONI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM, Teresa. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. **Revista de Processo**, v. 296, p. 183-204, out. 2019.

²¹¹ Súmula Vinculante 12: “A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”.

Trazendo essa discussão para o tema sob análise, supondo que o aluno de determinado curso de graduação em universidade pública tenha sido cobrado pela realização de prova substitutiva, seria possível que ele pleiteasse a concessão da tutela da evidência com fundamento no art. 311, II, do CPC, valendo-se da *ratio decidendi* da Súmula Vinculante 12 do STF, que firmou a tese jurídica apenas para ilicitude da cobrança da taxa de matrícula?

Parece-nos que a resposta é positiva, pois a *ratio decidendi* da formação da súmula vinculante admite essa interpretação.

Sendo assim, a despeito da conveniência de se aplicar teses jurídicas, as quais são muito úteis para a identificação dos motivos que as formaram, é a *ratio decidendi* dos precedentes que deve guiar o que se considera por direito evidente nos termos do art. 311, II, do CPC.

Respondidas as questões controvertidas propostas no início deste tópico sobre as dúvidas interpretativas desse dispositivo legal, antes de avançarmos no estudo das demais hipóteses do art. 311, trazemos também a reflexão de Marco Félix Jobim e Milton Terra Machado²¹² sobre o inciso II do art. 311 do CPC.

Os autores ponderam que, para a formação de uma tese jurídica decorrente de recurso repetitivo ou súmula vinculante, é necessário que tenha havido efetiva controvérsia jurisprudencial ou doutrinária sobre a tese firmada após intensa

²¹² “(...) o aspecto que se quer chamar a atenção e é a razão do presente trabalho. Qual seja, a da possibilidade de o provimento ser deferido, com base no art. 311, II, do CPC (LGL\2015\1656), não apenas quando o fundamento jurídico é o direito jurisprudencial, mas também quando escudado em ‘norma legal não controversa’, ou seja, sobre a qual sequer haja – ou tenha havido – divergência na doutrina ou na jurisprudência, decorrendo a desinteligência entre autor e réu de outras questões que não a interpretação da norma legal que dá suporte jurídico ao pedido. Ocorre que uma norma jurídica só se torna tese de julgamento de casos repetitivos ou de súmula se tiver havido, antes, discussão judicial forte sobre sua interpretação e/ou aplicação, e isso deve ter acontecido em tal número que uma Corte de vértice resolva fixar a tese. Seja como for, haverá uma incoerência grave na norma do art. 311, II, do CPC (LGL\2015\1656), se examinada literalmente. Observe-se a situação do autor cuja documentação indiscutivelmente espelha os fatos narrados e o direito evidente que decorre dessa prova aparentemente incontestável soma-se à fundamentação jurídica com suporte em norma de aceitação e compreensão geral, sem contestações na doutrina ou na jurisprudência, ou seja, em ‘norma legal não controversa’. Negar-se a tutela da evidência em um caso dessa natureza seria como negar-se o provimento da evidência em razão de o direito ser ‘evidente demais’” (JOBIM, Marco Félix; MACHADO, Milton Terra. A tutela provisória do art. 311, II, do CPC e a evidência por norma legal não controversa. **Revista de Processo**, v. 306, p. 205-222, ago. 2020).

discussão nos tribunais, porém há casos em que a clareza da norma e a sua aplicação na prática não geram a confrontação necessária para a composição de jurisprudência sobre a matéria. Nos dizeres dos autores, esse seria um direito *evidente demais* para ser objeto de pacificação pela jurisprudência. Dessa forma, se houver prova das alegações de fato e fundamentação jurídica baseada em norma de aceitação geral, os autores sustentam que a tutela da evidência poderia ser concedida com fundamento no art. 311, II, do CPC, independentemente da existência de precedente para sustentar a fundamentação de direito.

Data vênia, parece-nos que essa não é a interpretação mais adequada do dispositivo legal em questão, tendo em vista que a regra geral da tutela da evidência prevista no inciso I do art. 311 do CPC (alta probabilidade do direito da parte combinada com a apresentação de defesa não séria pela outra parte) já seria suficiente para abarcar essa circunstância do direito *evidente demais*.

É claro que, nessa hipótese, não se dispensaria o contraditório, tal como pretendem os autores ao sustentarem o enquadramento de sua proposta no inciso II, porém, em nossa visão, é correto que se aguarde o contraditório, sendo questionável a constitucionalidade do parágrafo único do art. 311, que prevê a possibilidade de concessão liminar da tutela da evidência nos casos dos incisos II e III, o que será mais bem abordado em tópico próprio adiante.

Em suma, portanto, o que defendemos é que se dê interpretação mais ampla ao art. 311, II, do CPC, admitindo-se a apresentação de provas documentadas para a comprovação das alegações de fato (e não apenas documentais), bem como aceitando-se a utilização da *ratio decidendi* dos precedentes e também das súmulas não vinculantes para a comprovação da evidência do direito.

4.3. Pedido reipersecutório fundado em contrato de depósito (art. 311, III, do CPC)

Destoando das demais hipóteses elencadas no art. 311 do CPC, o inciso III não possui conceitos vagos e indeterminados, na medida em que dispõe apenas

sobre uma hipótese típica de tutela da evidência relacionada ao contrato de depósito previsto no art. 627 e seguintes do Código Civil.

A ação de depósito era prevista no livro dos procedimentos especiais sob a vigência do CPC/1973, mais precisamente em seus arts. 901 a 906. No CPC/2015, contudo, a ação de depósito não foi prevista na lista dos procedimentos especiais, muito embora tenha ganhado espaço no inciso III do art. 311 do CPC, conforme expõem Marinoni, Arenhart e Mitidiero²¹³.

Há quem tenha considerado positiva essa reacomodação da ação de depósito nas hipóteses de tutela provisória da evidência, tal como Fernando Gajardoni²¹⁴, que entende que essa inovação conferiu maior efetividade ao direito do depositante, pois, com fundamento no art. 311, III, ele poderá pleitear a retomada do objeto custodiado liminarmente e sob pena de multa cominatória desde que apresente a prova documental do contrato de depósito, algo que se assemelharia ao procedimento da busca e apreensão e seria um avanço em relação ao procedimento especial da ação de depósito previsto no CPC/1973.

Por outro lado, há quem tenha considerado que o alcance do dispositivo de lei foi tímido, pois dispôs apenas sobre o contrato de depósito, mas poderia ter ido além disso, para também abranger outros tipos de pedidos reipersecutórios, conforme

²¹³ “A hipótese do inciso III do art. 311, CPC, consiste em permitir tutela antecipada com base no contrato de depósito – trata-se de hipótese que veio tomar o lugar do procedimento especial de depósito previsto no direito anterior” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 322).

²¹⁴ “Estabelece o art. 311, III, do Novo CPC que a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito. Nestes casos, será decretada, liminarmente, a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. O dispositivo recupera o prestígio do depósito. Dota-se a tutela processual do depositante de maior eficácia, através de instrumento processual bastante hábil, equivalente à busca e apreensão do DL 911/69 ou do art. 1.071 do CPC/1973. Desde que haja prova documental do contrato de depósito (a prova literal referida no art. 902 do CPC/1973), possibilita-se a imediata retomada da coisa. E indo até mais além do que o DL 911/69, estabelece que a ordem de entrega do bem (busca e apreensão) se dará, inclusive, sob a cominação de multa (*astreinte*)” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A ressurreição da ação de depósito no novo CPC**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-ressurreicao-da-acao-de-deposito-02032015>. Acesso em: 14 fev. 2021).

expõem Yarshell e Abdo²¹⁵. Além disso, os mesmos autores também alertam para o fato de que o inciso III mencionou apenas a multa cominatória como método coercitivo para incentivar o cumprimento da ordem judicial, muito embora o art. 139, IV, do CPC contenha outros tipos de medidas de apoio que também poderiam ter sido previstos na lei.

Em crítica ainda mais aguda, Marinoni²¹⁶ entende que não há justificativa plausível para o tratamento diferenciado dos titulares de contrato de depósito em detrimento dos titulares de outros contratos de natureza semelhante, isto é, não há razão para conferir a possibilidade de utilização da tutela provisória da evidência para uns e negar a outros em circunstâncias semelhantes.

Para evitar esse problema, Marinoni considera que a regra geral prevista no inciso I do art. 311, desde que devidamente desenvolvida no plano teórico, seria suficiente para contemplar todos os direitos evidentes, tornando até mesmo desnecessária a disposição específica do inciso III ora sob análise.

Em nossa opinião, não se nega a utilidade prática do dispositivo legal para os titulares de direitos oriundos de contratos de depósito, porém realmente não há motivo para tratá-los de forma distinta em relação a outros titulares de direitos reipersecutórios. Em outras palavras, ou deve haver maior abrangência no trato da

²¹⁵ “Ao tratar da tutela da evidência a ser deferida em pedidos reipersecutórios, o legislador perdeu duas boas oportunidades: a de ampliar a hipótese para além dos contratos de depósito e a de fazer remissão às demais medidas de apoio de que pode se valer o magistrado em caso de recusa ao cumprimento da decisão, tais como a busca e apreensão, a imissão na posse (quando se tratar de entrega de coisa imóvel) etc., ainda que sua aplicação esteja clara a partir do quanto disposto no art. 297 combinado com o art. 536, § 1º, do CPC de 2015” (YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre tutela da evidência. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 478).

²¹⁶ “O inciso III é um particular – e especial – benefício outorgado pelo legislador aos titulares dos documentos que espelham contrato de depósito. Nada contra estes. Contudo, há dezenas de documentos de igual natureza não contemplados pelo legislador. Daí que a regra só pode ser uma encomenda da posição social que se vale destes documentos. Note-se que a curiosidade está em se ter uma previsão específica, quando as demais situações de direito substancial, à falta de uma elaboração teórica capaz de outorgar inteligência ao inciso I do art. 311, ficariam destituídas de tutela da evidência. Aliás, a compreensão do inciso I a partir de uma visão teórica que beneficia toda e qualquer situação de direito substancial obviamente exclui a necessidade do inciso III” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: soluções processuais diante do tempo da Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [Livro eletrônico]).

matéria, contemplando-se todos os direitos reipersecutórios de forma genérica, ou não deveria haver a previsão individualizada somente para esse tipo de contrato.

De outra banda, supondo que a ação de depósito tivesse sido positivada como procedimento especial no CPC/2015, tal como ocorria sob a vigência do CPC/1973, parece-nos que não haveria nenhum óbice para que a lei dispusesse especificamente sobre a possibilidade de concessão da tutela da evidência na hipótese, da mesma forma como ocorre nas ações possessórias e locatícias. Aliás, isso seria até mesmo salutar, pois contribuiria com a disseminação da tutela da evidência ao prever-se mais um tipo de aplicação prática do instituto.

O que não se mostra adequado, todavia, é que uma situação muito específica de direito material esteja ao lado das demais hipóteses que conceituam a tutela provisória da evidência de forma geral, vaga e indeterminada, o que, inclusive, poderia dar a impressão de que os incisos do art. 311 poderiam ser taxativos em razão da peculiaridade da previsão legal, algo que não se sustenta, conforme será abordado mais adiante.

Explicando de outra forma, seria o mesmo que inserir mais um parágrafo no art. 300 do CPC, prevendo uma hipótese de concessão de tutela de urgência ligada a um direito material específico, tal como o deferimento da tutela de urgência em casos de negativa indevida de cobertura de procedimentos médicos/cirúrgicos por planos de saúde. Isso certamente soaria estranho aos nossos ouvidos, afinal, por que disciplinar uma situação tão singular de direito material ao lado do regramento geral e conceitual do instituto?

De fato, parece-nos que isso não faria sentido, e a razão disso é que existe base dogmática suficiente para garantir a aplicação prática da tutela de urgência de forma mais segura e consolidada, o que ainda está em construção para a tutela provisória da evidência.

Se por um lado é salutar que a tutela da evidência ganhe maior aplicação na prática por meio da previsão de hipóteses específicas de direito material, por outro lado, é preciso que se mantenha a coerência sistemática do instituto, reservando-se

as hipóteses típicas da tutela da evidência aos procedimentos especiais, bem como para a construção da doutrina e da jurisprudência.

A esse respeito, embora a aplicação da tutela da evidência ainda seja acanhada na prática, após cinco anos de vigência do CPC/2015, o instituto encontrou campo fértil, por exemplo, no direito tributário, no qual as questões de direito são mais bem delimitadas pelas teses jurídicas firmadas em sede de jurisprudência vinculante e as questões de fato podem ser comprovadas documentalmente com maior facilidade²¹⁷.

No direito tributário, em razão de particularidades do direito material, as disposições gerais do direito processual sobre a tutela da evidência puderam florescer.

Um exemplo disso ocorreu no caso do julgamento do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Com efeito, ao passo que o Supremo Tribunal Federal decidiu²¹⁸, em sede de recurso extraordinário e sob a sistemática da repercussão geral, que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, abundaram pedidos de tutela da evidência requerendo a antecipação dos efeitos da tutela em ações anulatórias de créditos fiscais, sobretudo entre o instante da proclamação do resultado do julgamento e da lavratura, publicação e trânsito em julgado do acórdão²¹⁹.

²¹⁷ Escreveu sobre o tema Luís Rodolfo Cruz e Creuz, como se vê: “Nas matérias e temas que demandam intervenção do Poder Judiciário, em casos de tutelas provisórias, o campo tributário desde logo apareceu como um terreno ideal fértil onde tais questões medravam com frequência. Com efeito, trata-se de uma matéria na qual a jurisprudência alcançou um nível espantoso de detalhamento sobre quase toda a tese jurídica porventura já especulada. Adicionalmente, versava-se sobre situações que, no mais das vezes, provavam-se com documentos e, ainda assim, eram processadas em um ritmo incompatível com o dinamismo da economia” (CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. A tutela de evidência no novo CPC e o processo tributário: comentários sobre instituto previsto no art. 311 do Código de Processo Civil e seus reflexos no processo tributário. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 133, p. 195-217, mar.-abr. 2017).

²¹⁸ “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: **O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017” (RE 574.706-RG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15.03.2017, DJe-053, Divulg. 17.03.2017, Public. 20.03.2017).

²¹⁹ “Agravado de instrumento. Tutela antecipada da evidência. Artigo 311 do CPC. Cabimento. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. RE nº 574.706/PR. Recurso da UNIÃO desprovido. 1. A jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, no RE nº 574.706/PR, sob a sistemática da

Espera-se que isso ocorra com mais frequência em outros campos do direito material para que se dê maior uso ao instituto.

Enfim, após tudo o que foi dito, verifica-se que a nossa crítica ao inciso III do art. 311 do CPC não se dá contra a possibilidade de concessão de tutela da evidência nesse caso específico, mas, sim, contra a falta de rigor científico, ao equiparar essa hipótese aos demais incisos que conceituam a matéria de forma ampla, o que evidencia a necessidade de uma maior produção acadêmica sobre o tema e também a maior aplicação prática da tutela provisória da evidência.

4.4. Prova documental trazida pelo autor e ausência de dúvida razoável manifestada pelo réu (art. 311, IV, do CPC)

Prosseguindo com a análise do direito positivo, chegamos à última hipótese prevista no art. 311 do CPC, a qual prevê que poderá ser deferida a tutela da evidência quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, em relação à qual o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Em primeiro lugar, diferentemente da redação do inciso III, verifica-se que no inciso IV a lei voltou a trabalhar com conceitos indeterminados, notadamente o termo *dúvida razoável*.

repercussão geral, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra no conceito de faturamento ou receita bruta. Mesmo entendimento já adotado pela Primeira Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN. 2. A ausência de trânsito em julgado ou a possibilidade de eventual modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, na esteira do quanto já decidido pela Corte Superior. Nesse sentido: AgRg no AREsp nº 147.250/PR e AgInt no REsp nº 1.402.242/SC. 3. O posicionamento firmado nesta E. Turma é no sentido de que a entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014 não alterou o conceito de base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS (AMS 357.059 e AI 593.492). 4. Em se tratando da concessão de tutela da evidência, sob a égide do artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil, dispensada está a demonstração do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, exigindo-se apenas a comprovação documental das alegações de fato e a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, que se fazem presentes na hipótese. 5. Recurso desprovido" (TRF-3ª Região, AgInt 5011400-08.2017.4.03.0000, 3ª Turma, Rel. Des. Nelton dos Santos, j. 11.10.2017).

Em relação a esse termo, o legislador provavelmente se inspirou no direito anglo-saxão, cuja expressão *reasonable doubt* é utilizada no direito penal para justificar a absolvição do réu quando existente dúvida razoável sobre a culpabilidade do acusado ou no direito civil quando há fundada dúvida sobre o direito pleiteado pelo demandante. A contrário senso, o réu poderá ser condenado quando a evidência for forte o bastante a ponto de remanescer apenas uma remota possibilidade de se pensar o contrário, que poderá ser afastada pelo seguinte raciocínio: “é claro que é possível, mas não é minimamente provável”, conforme comentários de Melgaço Reis²²⁰ sobre a doutrina inglesa de Lord Nicholls, juiz da Suprema Corte Britânica.

Portanto, tropicalizando o conceito da *dúvida razoável* e transportando-o do processo penal para o processo civil, caberá ao réu, por meio da apresentação de provas e fundamentos jurídicos, instigar no julgador uma dúvida relevante em relação aos fatos, provas e fundamentos jurídicos do pedido do autor, conforme a doutrina de Eduardo Arruda Alvim²²¹ e Rogéria Dotti²²².

Em complemento, do lado do autor, é imprescindível que os fundamentos jurídicos de seu pedido sejam levados em conta além da análise dos fatos e da prova documental em si, ou seja, não se trata apenas de análise meramente fático-probatória, pois, ainda que o réu não seja capaz de opor dúvida razoável aos fatos

²²⁰ “(...) a propósito, Lord Nicholls, juiz da Court of Final Appeal, na Inglaterra, assevera que a lei busca a probabilidade, não a certeza, pois esta é raramente acessível. Dessa forma, aduz que, ‘se a evidência é tão forte contra uma pessoa, a ponto de deixar apenas uma remota possibilidade em seu favor, que pode ser afastada com o raciocínio ‘é claro que é possível, mas não é minimamente provável’, então o caso estará provado acima da dúvida razoável” (REIS, André Wagner Melgaço. **Standard de prova além da dúvida razoável**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago14/andre-melgaco-reis-standard-prova-alem-duvida-razoavel>. Acesso em: 28 jul. 2020).

²²¹ “Importante assentar, além disso, que o inciso IV ora discutido impõe ao réu que crie ‘dúvida razoável’ ao julgador, ou seja, atinja com sua defesa a probabilidade de êxito que decorreria da petição inicial (fundamentos somados aos documentos já carreados aos autos). Tal dúvida, aliás, pode dizer respeito tanto aos fatos quanto aos fundamentos jurídicos levantados pelo autor, o que significa dizer, em verdade, que cabe ao réu, a fim de não ver invertido o ônus do tempo do processo, demonstrar que o autor não tem probabilidade de vitória tamanha que justifique tutela da evidência” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 332).

²²² “Pode-se então concluir que o conceito jurídico indeterminado nesse caso se refere à situação processual da parte que não conseguiu incutir no julgador uma dúvida relevante quanto ao mérito do pedido. Em outras palavras, a prova que não gere dúvida razoável significa aqui uma alegação feita pelo réu (devidamente amparada por prova) que seja inconsistente, frágil, destituída, portanto, de qualquer credibilidade” (DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livro eletrônico]).

constitutivos do pretense direito do autor, se os fundamentos jurídicos da tese autoral não forem sólidos o bastante para a confirmação futura da tutela provisória, a tutela da evidência não poderá ser concedida, conforme apontam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²²³, Rodrigo Ramos²²⁴ e Artur César de Souza²²⁵.

Ademais, ainda sobre a redação do artigo, verifica-se que novamente foi utilizada a expressão *prova documental* em vez de *prova documentada*. Dessa forma, pelas mesmas razões já expostas no item 4.2 deste capítulo, é o caso de compreender essa expressão de forma mais abrangente para que se admitam outros tipos de prova além das tipicamente documentais, desde que sejam documentadas.

Com efeito, a conjugação do disposto nos arts. 311, IV, 369 e 371 do CPC resulta que, desde que a prova tenha sido devidamente documentada e colhida sob o crivo do contraditório, tem-se que os requisitos para tutela provisória estarão atendidos, pois o que importa é a carga persuasiva delineada na expressão “o réu não for capaz de gerar dúvida razoável às alegações do autor”, que deve estar embasada em prova documentada idônea. A correção não é uma afronta à lei, mas

²²³ “A concessão da tutela da evidência, neste caso, parece pressupor a verificação, por parte do juiz, de que o réu não possa opor prova em sentido contrário ao que logrou demonstrar o autor, no mínimo em audiência de justificação. Como o texto do artigo dá a entender que os requisitos do CPC 311 não são cumulativos, é perfeitamente possível ao autor requerer a concessão da tutela da evidência apenas com base neste inciso, mas a pura e simples afirmação de que o réu não poderá gerar dúvida razoável no julgador não é suficiente, caso não esteja amparada pelo que consta dos autos” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1014).

²²⁴ “(...) apesar de o conceito de evidência parecer se referir somente aos fatos, a eles não deve ser restringido. É necessário que os fundamentos jurídicos alegados sejam válidos e que a subsunção dos fatos a eles tenha por efeito o surgimento do direito a ser objeto da tutela. O fato alegado deve ser apto a gerar os efeitos jurídicos que ensejam o direito contido no pedido: o autor que não tem prova de suas alegações não dispõe de evidência; o autor que prova fatos que não conduzem à procedência não dispõe de evidência; e o autor que sustenta tese jurídica implausível não dispõe de evidência. Em síntese, pode-se dizer que para a concessão da tutela de evidência, é o direito que deve ser evidente, o que, contudo, demanda evidência dos fatos alegados” (RAMOS, Rodrigo. **A tutela provisória de evidência no novo Código de Processo Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 95).

²²⁵ “Portanto, para a concessão da tutela de evidência dois requisitos devem estar evidenciados com a inicial: a) prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor; b) não oposição, pelo réu, de outra prova capaz de gerar dúvida razoável. Na verdade, o que se observa é que um requisito é pressuposto lógico do outro, porque se o réu apresenta prova suficiente para gerar dúvida razoável ao direito do autor, isso significa dizer que não há prova documental suficiente dos fatos constitutivos do mesmo direito” (SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017. p. 107).

uma interpretação sistemática, sob pena de desconfiguração do sistema processual, tal qual estruturado.

No mais, prosseguindo com a análise do texto legal, de acordo com a estrutura lógica de aplicação do inciso em questão, deve-se observar que não há a possibilidade de concessão liminar da tutela da evidência, sendo mandatório o contraditório prévio.

Dessa forma, ao se deparar com um pedido de tutela da evidência com fundamento no art. 311, IV, do CPC, parece-nos que o juiz estará diante de duas opções: ou julga antecipadamente o mérito da ação (total ou parcialmente), por entender que a produção de novas provas seria inútil e contraproducente; ou prossegue com a instrução processual, permitindo a produção de provas relacionadas aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor eventualmente alegados pelo réu.

Em suma, se não for o caso de julgamento antecipado do mérito e o réu tiver alegado fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor que não puderam ser comprovados de plano ao contestar por meio de prova documentada pré-constituída, mas que possam eventualmente ser provados durante a instrução processual, a tutela provisória da evidência poderá ser concedida. Todavia, ao passo que a dilação probatória se desenvolve, é razoável que a tutela jurisdicional seja entregue antecipada e provisoriamente àquele que já demonstrou possuir o direito mais provável.

Essa é a posição sustentada por Marinoni²²⁶, por exemplo, porém Cassio Scarpinella Bueno²²⁷ e Freddie Didier Jr. e outros²²⁸ pensam de forma distinta.

²²⁶ Vejamos a lição de Marinoni: “Mas o inciso IV melhor se aplica à hipótese em que há prova documental dos fatos constitutivos e o réu apresenta defesa de mérito indireta – alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos – infundada. Como é óbvio, a defesa indireta, não obstante infundada, tem que exigir instrução dilatária, uma vez que de outra forma o caso será de julgamento antecipado do mérito. Em outras palavras, quando há prova dos fatos constitutivos e o réu apresenta defesa indireta – ‘incapaz de gerar dúvida razoável’ – que requer produção de prova, cabe tutela da evidência” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência: soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [Livro eletrônico]).

²²⁷ Vejamos o que sustenta Cassio Scarpinella Bueno sobre a matéria: “a ausência de ‘prova capaz de gerar dúvida razoável’ a cargo do réu, em contraposição à ‘prova documental suficiente dos fatos

Segundo essa outra vertente da doutrina, uma vez presentes os requisitos do dispositivo legal (prova suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor e falta de contraprova documental suficiente pelo réu), o caso será de julgamento antecipado do mérito, e não de concessão da tutela provisória da evidência (embora se admita que ela seja deferida conjuntamente com a sentença de mérito). Sim, pois, se a contraprova apresentada pelo réu ou os fundamentos jurídicos de sua defesa puderem comprometer em alguma medida a suficiência da prova trazida pelo autor, não seria o caso de concessão da tutela da evidência e tampouco de julgamento antecipado do mérito, mas, sim, de saneamento e organização do processo para a identificação dos pontos controvertidos e produção de provas em relação a eles.

Ambas as posições são muito respeitáveis. Parece-nos, todavia, que, em caso de apresentação de defesa indireta, em princípio, seria possível vislumbrar situações em que o réu não consegue se contrapor à prova trazida pelo autor ao contestar, porém, mesmo assim, oferece a perspectiva de fazê-lo por meio da alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos pendentes de comprovação via prova testemunhal ou pericial, por exemplo.

constitutivos do direito do autor', é fator que enseja, a um só tempo, a concessão da tutela da evidência e o julgamento antecipado do mérito, nos precisos termos do inciso I do art. 355. Fosse a prova do réu capaz de comprometer a 'suficiência' da prova documental dos fatos constitutivos do direito do autor, e a hipótese não seria nem da tutela da evidência, tampouco do julgamento antecipado do mérito. É que, neste caso, na exata medida em que o magistrado duvida do fato constitutivo do direito do autor diante das provas trazidas pelo réu, há necessidade de identificar o ponto controvertido e determinar a produção da prova que lhe permita julgar. O caso, destarte, é de saneamento e organização do processo (art. 357) e não de julgamento antecipado do mérito (art. 355, I)" (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. [Livro eletrônico]).

²²⁸ Referindo-se ao inciso IV do art. 311, Fredie Didier e outros afirmam que: "(...) da aplicação da regra, só pode decorrer uma tutela definitiva por julgamento antecipado do mérito. De um lado, porque se a contraprova documental do réu é insuficiente, mas ele requer a produção de outros meios de prova, não é autorizada a concessão da tutela provisória de evidência, que pressupõe que se trate de causa em que a prova de ambas as partes seja exclusivamente documental. Nesses casos, o juiz prosseguirá com a determinação da coleta de novas provas em favor do réu. De outro, se a contraprova documental do réu é insuficiente e ele não requer a coleta de outras provas, fica autorizado o julgamento antecipado do mérito da causa (art. 355, I, CPC), com a concessão de tutela definitiva, mediante cognição exauriente" (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 629).

Assim, ainda que a defesa indireta não se mostre plausível em um primeiro momento a ponto de atingir a suficiência da prova apresentada pelo autor, essa perspectiva poderá eventualmente se alterar ao longo da instrução processual, período de tempo em que a tutela da evidência poderá ser entregue ao autor nos termos do inciso IV do art. 311 do CPC.

Enfim, ainda há considerável controvérsia na doutrina sobre a aplicação e a utilidade desse inciso, o que possivelmente seja uma das causas da pouca utilização prática da tutela da evidência nessa hipótese.

A esse respeito, aliás, novamente citando o estudo de Gajardoni e Leite²²⁹, os pesquisadores constataram que, durante os anos de 2016 e 2017, em toda a base de processos do Tribunal de Justiça de São Paulo, houve o deferimento da tutela da evidência em apenas 70 processos com fulcro no art. 311, IV, do CPC, o que é um número irrisório se comparado à quantidade de decisões sobre tutela provisória de urgência proferidas todos os dias.

Por outro lado, enquanto tal discussão teórica se desenvolve, a doutrina identificou uma outra utilidade para a aplicação desse inciso, qual seja, a supressão do efeito suspensivo automático do recurso de apelação por via da concessão da tutela provisória da evidência com fundamento no inciso IV do art. 311 do CPC no bojo da sentença de mérito.

Nós já tivemos a oportunidade de tratar sobre o tema juntamente com William Santos Ferreira²³⁰, ocasião em que sustentamos que a tutela da evidência poderá ser concedida simultaneamente à prolação da sentença de mérito ou também em fase recursal, tendo em vista que, em nossa opinião, o direito reconhecido como procedente em decisão exarada em sede de cognição exauriente é naturalmente um direito evidente, pois, caso assim não fosse, a sentença deveria ser de

²²⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigoza. Breve análise empírica da tutela da evidência (art. 311 do Código de Processo Civil) no âmbito do TJSP. **REDP**, Rio de Janeiro, ano 13, v. 20, n. 1, jan.-abr. 2019.

²³⁰ FERREIRA, William Santos; ARMONI, Renato. A tutela da evidência na sentença com fundamento no artigo 311, IV do Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, set.-dez. 2020.

improcedência dos pedidos, seja com base na regra do ônus da prova, seja em razão da falta de substratos jurídicos suficientes para o reconhecimento do pedido. De outro lado, se o juiz proferiu sentença acolhendo os pedidos do autor, é sinal de que, após a tramitação da fase de conhecimento, formou-se a firme convicção de procedência do direito pretendido, o que, por consectário lógico, importa em dizer que se trata de um direito evidente. Isso será mais bem abordado em tópico próprio mais adiante.

Não há dúvidas de que essa aplicação do inciso IV do art. 311 do CPC poderá contribuir sobremaneira com a efetividade da tutela jurisdicional em tempo mais razoável ao oferecer ao jurisdicionado a possibilidade de execução provisória de sentenças de 1º grau de jurisdição antes do julgamento em 2º grau de jurisdição, algo que nos parece ser mais consentâneo com o direito processual civil contemporâneo, a despeito da decisão do legislador do CPC/2015 de manter a previsão legal atribuindo efeito suspensivo automático ao recurso de apelação, com exceção de algumas hipóteses previstas na lei, entre elas quando a sentença confirma, concede ou revoga tutela provisória.

4.5. O parágrafo único do art. 311: a dispensa do contraditório para a concessão da tutela da evidência em determinadas hipóteses

Nos dias de hoje não há nenhuma dúvida sobre a constitucionalidade da antecipação da tutela sem contraditório prévio com o fito de se evitar lesão ou ameaça a direito. Muito embora o contraditório seja um pilar fundamental da Constituição Federal, por vezes é necessário mitigá-lo quando confrontado com o direito à tutela adequada dos direitos, o que autoriza o diferimento da oitiva da contraparte em hipóteses de urgência.

Isso não diminui a importância do contraditório. Aliás, o CPC/2015 primou pela valorização desse princípio constitucional ao dispor no art. 10, por exemplo, que o juiz não poderá decidir a respeito de matéria sem que tenha dado às partes oportunidade de se manifestarem sobre ela, ainda que possa decidir de ofício. Esse novo conceito de contraditório reforça o modelo cooperativo do processo em detrimento do sistema adversarial já superado, bem como passa a compreender,

além das partes, também o juiz como integrante ativo da dinâmica do exercício do contraditório ao longo do processo.

A regra geral, portanto, é o contraditório prévio, porém o art. 9º do CPC excepcionou algumas hipóteses, entre elas a tutela de urgência já mencionada anteriormente, assim como a tutela da evidência prevista nos incisos II e III do art. 311 do CPC, ou seja, nos casos em que as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, assim como em hipótese de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito. Essa disposição legal também foi reforçada no parágrafo único do art. 311 do CPC.

Dessa forma, mesmo sem a presença da urgência, a lei processual admitiu que a tutela jurisdicional possa ser antecipada *inaudita altera parte*.

A constitucionalidade dessa previsão é bastante discutida na doutrina, havendo posições respeitáveis em ambos os sentidos. A questão também está em debate perante o Supremo Tribunal Federal, na ADI 5.492, por meio da qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 311 e também do inciso II do art. 9º, ambos do CPC.

Quem defende a inconstitucionalidade desses dispositivos legais sustenta que não há razão para a postergação do contraditório se não há urgência. Em outras palavras, por não haver dicotomia entre a efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório, seria o caso de preservar o direito do jurisdicionado de ser previamente ouvido antes da prolação de decisão judicial que possa lhe atingir.

Nessa linha, Marinoni²³¹ sustenta que o direito evidente apenas poderá ser assim considerado depois do contraditório, pois é somente após a oitiva do réu que

²³¹ “É que obviamente não se pode aferir evidência do direito antes de o réu ter sido citado e apresentado defesa. Note-se, por exemplo, que a alegação de falsidade é suficiente para descaracterizar a evidência das ‘alegações de fato’ e da ‘prova documental’ do contrato de depósito. Isso para não falar que a tutela da evidência sempre depende da análise da consistência da defesa de mérito, direta ou indireta. Os incisos II e III, conforme demonstrado, dizem respeito a situações em que o réu apresenta defesa de mérito indireta infundada que requer instrução dilatória. De modo que

emergem as condições de se constatar a seriedade ou não de sua defesa, ressaltando que a defesa não séria é condição essencial para a concessão da tutela da evidência. A título de exemplo, ao analisar o inciso III do art. 311 do CPC, o processualista afirma que bastaria que o réu apontasse a falsidade do contrato de depósito apresentado pelo autor para fazer cessar a evidência do direito postulado.

Na mesma toada, Alexandre Câmara²³², ao referir-se ao inciso II do art. 311, aponta que o réu poderá demonstrar a distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) do precedente trazido pelo autor para requerer a tutela da evidência com fulcro no inciso II, ou até mesmo demonstrar a prescrição ou decadência do direito em discussão, razão pela qual a concessão da tutela da evidência liminarmente não se justificaria.

De fato, esse é um ponto relevante a ser considerado, pois, assim como já sustentamos no item 4.2 deste trabalho, a despeito da conveniência de se aplicar teses jurídicas, as quais são muito úteis para a identificação dos motivos que as formaram, é a *ratio decidendi* dos precedentes que deve guiar o que se considera por direito evidente nos termos do art. 311, II, do CPC.

É bom lembrar que a aplicação da *ratio decidendi* dos precedentes na prática não é uma tarefa simples. Com base no direito inglês, Rodrigo Barioni e Teresa Arruda Alvim²³³ apontam as diversas etapas que devem ser seguidas para o

é absolutamente impossível aferir os pressupostos para a tutela da evidência liminarmente" (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: soluções processuais diante do tempo da Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [Livro eletrônico]).

²³² "Basta pensar na hipótese prevista no inciso II do art. 311 para perceber que a evidência não pode ser confundida com certeza acerca da existência do direito, o que legitima a exigência de que, ao menos como regra geral, o contraditório prévio tenha de ser observado. É que o demandado pode apresentar uma série de defesas possíveis – e sérias – capazes de levar à conclusão de que o demandante não tem razão e, portanto, seu pedido deve ser julgado improcedente. Imagine-se, por exemplo, que o réu demonstre ter se operado prescrição ou decadência, ou que demonstre ele ser caso de *distinguishing* (mecanismo de distinção entre o caso concreto e o que deu origem ao precedente) ou de *overruling* (superação do precedente). Raciocínio análogo pode ser desenvolvido na hipótese prevista no inciso III do art. 311, em que o réu poderá, através da sua atuação no processo, demonstrar que o contrato celebrado não era de depósito, ou que após a celebração do contrato algum fato superveniente ocorreu que tenha sido capaz de afastar a existência do direito do demandante à restituição do bem (como, por exemplo, uma doação superveniente), ou que existe direito de retenção (art. 644 do CC)" (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2020. p. 167).

²³³ "Toda decisão judicial tem que ser interpretada, ainda mais aquelas que se consubstanciam em precedentes. Não existe aplicação automática de um precedente a uma causa posterior, sem que se

emprego dos precedentes no caso concreto e concluem que “a solução do caso é construída a partir do diálogo, do debate entre as partes”, bem como que “a força dos argumentos apresentados é que pode conduzir ao convencimento de que a *ratio decidendi* é mais ampla ou mais estreita, segundo a hipótese fática concreta a ser decidida”. Essa posição evidencia a necessidade do contraditório prévio para a boa aplicação do direito jurisprudencial.

É por esses e outros motivos que mais autores, tais como João Batista Lopes²³⁴, Lucas Buril de Macêdo²³⁵, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro²³⁶, bem como os atualizadores da obra de Theotonio Negrão²³⁷, também convergem as suas

identifiquem as semelhanças e distinções fáticas em relação ao caso a ser julgado. Rupert Cross e J. W. Harris ensinam que o processo de interpretação do precedente no direito inglês não é simples e pode passar por diversas etapas, a depender da amplitude dos fundamentos utilizados no precedente: 1) averiguar a *ratio decidendi* do precedente; 2) considerar a *ratio decidendi* à luz dos fatos da causa em exame; 3) analisar a interpretação implementada pelos juízes em outros casos; 4) formular a regra jurídica a ser observada, a partir de vários casos. (...) O interesse é que, no mesmo processo, o advogado de uma das partes possivelmente argumentará que os fatos essenciais do caso submetido a julgamento são idênticos àqueles do precedente, fazendo atrair sua aplicação no julgamento, ao passo que o advogado da parte contrária desenvolverá argumentos e distinções voltados a demonstrar a distinção em relação ao núcleo essencial da *ratio decidendi*. A solução do caso é construída a partir do diálogo, do debate entre as partes. A força dos argumentos apresentados é que pode conduzir ao convencimento de que a *ratio decidendi* é mais ampla ou mais estreita, segundo a hipótese fática concreta a ser decidida” (BARIONI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM, Teresa. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. **Revista de Processo**, v. 296, p. 183-204, out. 2019).

²³⁴ “Põe-se a questão da admissibilidade, na espécie, da liminar inaudita altera parte. A resposta é negativa, uma vez que não se cuida de tutela de urgência, ou seja, não há que aferir-se a existência do *periculum in mora*. Assim, a audiência do réu, antes da decisão, será de rigor, salvo se, além da alta probabilidade do direito, houver, também, risco de dano irreparável” (LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: de acordo com o novo CPC. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Castro Lopes, 2016. p. 278).

²³⁵ “Assim, o adiamento do contraditório no procedimento ordinário é justificado pelo perigo de dano iminente ao bem da vida que se quer ver juridicamente tutelado – e só. Nos casos de tutela de evidência pura não há qualquer perigo da demora, urgência ou qualidade da situação material que justifique a postergação do contraditório, direito fundamental do réu que deve ser preservado quando outras razões de igual dignidade não imponham o contrário. É dizer: nos casos de evidência sem qualquer urgência, e quando não exista qualquer peculiaridade material, o autor pode muito bem esperar pela resposta do réu, que poderá trazer elementos relevantes para elidir a pretensão à aplicação da técnica processual ou mesmo à tutela do direito, sem qualquer prejuízo, e, logo após a oportunização de espaço para a defesa, poderá o magistrado conceder a tutela de evidência” (MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**, v. 242, p. 523-552, abr. 2015).

²³⁶ “Como já fizemos referência anteriormente, a opção do legislador em possibilitar a liminar *inaudita altera parte* em algumas situações de tutela da evidência, deve ser criticada. Não havendo risco de dano ou de inutilidade do processo, não vemos razão para que o juiz conceda liminar sem a oitiva do réu. Sem prejuízo, não há por que postergar o contraditório para um momento ulterior” (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 199).

²³⁷ “Em matéria de tutela da evidência, a decisão *inaudita altera parte* não é recomendável. Ou bem há urgência a justificar a concessão de tutela antecipada ou cautelar antes da integração do réu ao

posições pela inconstitucionalidade da concessão da tutela da evidência sem contraditório prévio.

Em sentido próximo, Leonardo Greco²³⁸ também defende a impossibilidade de deferimento liminar da tutela da evidência, porém sustenta que ela poderá ser concedida sem a oitiva da outra parte nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do CPC, desde que a urgência também se faça presente. Nesse caso, seria possível valer-se das hipóteses típicas de tutela da evidência, que poderiam ser potencializadas pela demonstração de urgência de modo a facilitar a antecipação da tutela.

De outra banda, há aqueles que se posicionam pela constitucionalidade dos dispositivos legais em comento, pois sustentam que não haverá a supressão do contraditório, mas apenas a sua postecipação.

Nessa linha de pensamento, se cumpridos os requisitos previstos em lei, o contraditório prévio poderia ceder espaço em homenagem aos princípios da razoável duração do processo e da efetividade, tal como aponta Rogéria Dotti²³⁹.

processo, ou o juiz deve aguardar a resposta do réu para deliberar sobre a tutela da evidência" (NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. **Novo Código de Processo Civil**. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 380).

²³⁸ "Indagação que tenho feito a respeito dessa concessão liminar é se, embora a noção de tutela de evidência exclua o requisito da urgência, consoante está expresso no *caput* do artigo 311, a sua concessão liminar não deveria exigir a sua caracterização. Na comparação feita por Fux com o mandado de segurança e com os títulos executivos, há diferenças substanciais com a nova tutela de evidência disciplinada no Código de 2015. (...) Ora, o acolhimento liminar, ainda que provisório, do pedido do autor sem o requisito da urgência violaria a garantia do contraditório, o que, a meu ver, impõe uma interpretação do *caput* e do parágrafo único do artigo 311 em conformidade com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição, no sentido de que, nas hipóteses dos incisos II e III, a liminar autorizada depende concorrentemente da evidência do direito e da caracterização do perigo de lesão grave ou de difícil reparação" (GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. II, p. 369).

²³⁹ "(...) não se vê vedação constitucional à liminar de evidência quando a prova já produzida pelo autor for forte o suficiente para gerar a convicção do magistrado. Entram em cena aqui outros direitos fundamentais de igual relevância (razoável duração do processo, acesso adequado à jurisdição e efetividade). Em síntese, entende-se que a permissão de concessão liminar não é inconstitucional e não chega a desnaturar a alma dialógica da tutela da evidência. Esta constitui a essência dessa técnica de antecipação, presente em sua própria origem (*référé* do direito francês). Mas o diálogo continuará existindo, ainda que em um momento subsequente. Afinal, o contraditório só será postecipado" (DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livro eletrônico]).

Por outro lado, é preciso deixar claro que essa parte da doutrina não defende uma relativização indiscriminada do contraditório, o que somente poderá ser feito com muito critério pelo magistrado em análises casuísticas. Nos termos da doutrina de Cassio Scarpinella Bueno²⁴⁰, embora haja a possibilidade de concessão da tutela da evidência liminarmente, havendo qualquer dúvida do juiz sobre a alta probabilidade do direito pleiteado, será o caso de indeferimento do pedido formulado.

No mesmo sentido, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira²⁴¹ ponderam que, se o direito se apresentar inequivocamente evidente de plano, o princípio da efetividade do processo deve prevalecer sobre a segurança jurídica de modo a autorizar a concessão da tutela da evidência *inaudita altera parte*.

Em outras palavras, quando houver intensa probabilidade da existência do direito demonstrada de forma documentada pela parte, a tutela da evidência poderá ser deferida liminarmente pelo juiz após análise criteriosa do magistrado. Cândido Rangel Dinamarco²⁴² admite essa possibilidade de forma excepcional justamente quando o direito se mostrar *inabalavelmente evidente*.

²⁴⁰ “Na dúvida quanto à ‘evidência’ do substrato fático dos incisos II e III do art. 311, destarte, o caso é de indeferimento do pedido liminar. É interpretação que, além de chamar a atenção do indispensável exame casuístico dos pedidos, evita a pecha de inconstitucionalidade genérica da previsão legislativa. De resto, justamente porque o parágrafo único do art. 311 não se relaciona com situações de urgência, não há nenhuma inconstitucionalidade na opção nele feita pelo legislador, que restringe a concessão da tutela provisória da evidência liminar aos casos dos incisos II e III do *caput*” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. [Livro eletrônico]).

²⁴¹ “Nada obstante as hipóteses expressamente previstas em lei, em resposta a questão inicialmente ventilada, entendemos que o rol constante do artigo é apenas exemplificativo, sendo perfeitamente possível a concessão de tutela de evidência, mesmo em sede liminar *inaudita altera parte*, quando o direito posto em juízo permitir ao magistrado, desde logo, realizar cognição exauriente sobre o tema. (...) Numa ponderação entre a efetividade do processo e a segurança jurídica, nessas hipóteses extremas, em prol da realização do bem maior da Justiça, deve prevalecer a efetividade, com a concessão da medida mesmo sem a oitiva da parte contrária” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Verbatim, 2015. v. I, p. 659-660).

²⁴² “Apesar desses sólidos argumentos lançados contra a admissibilidade da concessão dessas liminares, não é prudente fechar inteiramente e de modo absoluto as portas à sua admissibilidade em casos de uma excepcionalmente intensa probabilidade da existência do direito do autor. Ao deparar com um direito manifesta e inabalavelmente evidente, a antecipação da tutela jurisdicional pela via do disposto no art. 311 do Código de Processo Civil poderá contar com o respaldo da própria garantia de acesso à justiça e da promessa constitucional de oferta da tutela jurisdicional em tempo razoável

Outro argumento que milita em favor da corrente doutrinária defensora da constitucionalidade do parágrafo único do art. 300 do CPC é o fato de que mesmo antes da edição do CPC/2015 havia hipóteses de tutela da evidência que também admitiam a concessão da tutela de forma liminar, mas que não despertaram essa mesma discussão da doutrina, tais como a liminar em ação monitória, a liminar em ação de despejo e a liminar em ações possessórias, muito embora essas hipóteses possam também ser cumuladas com o requisito da urgência.

Enfim, a discussão está longe de estar pacificada, novamente ressaltando que ambas as posições são respeitáveis. Também será importante acompanhar como o Supremo Tribunal Federal decidirá a ADI que lhe foi endereçada sobre a matéria.

De nossa parte, com ressalvas, parece-nos que deve prevalecer a corrente doutrinária defensora da inconstitucionalidade dos arts. 9º, II, e 300, parágrafo único, do CPC.

Com todo respeito aos posicionamentos em sentido diverso, de fato não há razão para a relativização do contraditório sem a presença de urgência, notadamente por se tratar de um valor constitucional de alta estatura.

Ademais, também nos parece que a caracterização do direito do autor como evidente passa necessariamente pela análise da resposta do réu, tendo em vista que a regra geral da tutela da evidência, já tratada anteriormente, exige não somente a alta probabilidade do direito de uma parte, mas também a apresentação de defesa não séria pela outra parte.

Assim, os que sustentam a constitucionalidade das disposições legais em questão com fundamento nos princípios da razoável duração do processo e da

(Const., art. 5º, inc. LXXVIII). Mas, na realidade, só em casos extraordinários de uma estratosférica excepcionalidade isso poderá acontecer. Mesmo nesses casos extremos, todavia, o juiz deverá estar atento à proibição de impor medidas antecipatórias capazes de criar situações irreversíveis (art. 300, § 3º – *supra*, n. 1.491)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. III, p. 886-887).

efetividade, talvez devam voltar suas atenções para o que se costuma chamar de *etapas mortas* do processo (já tratadas no item 2.6 deste estudo), isto é, o tempo em que o processo aguarda providências de cartório ou decisões judiciais para avançar. Por vezes, a simples expedição de uma carta de citação pode demorar meses para ser feita.

Por outro lado, uma vez havendo meios adequados para a citação do réu de forma célere, não haveria a necessidade de concessão da tutela da evidência liminarmente, pois, nesse caso, a razoável duração do processo não estaria em risco.

Quem experimenta o cotidiano forense sabe que ainda há muita morosidade na tramitação dos processos, porém, o CPC/2015 oferece boas ferramentas para a superação desse obstáculo.

Em recentíssima promulgação da Lei 14.195/2021, houve a modificação dos procedimentos de citação justamente no intuito de otimizar a realização desse ato processual.

Nos termos da nova redação do art. 246²⁴³ do CPC/2015, a citação será realizada preferencialmente por meio eletrônico e não mais por intimação postal ou

²⁴³ “Art. 246. A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça. I – (revogado); II – (revogado); III – (revogado); IV – (revogado); V – (revogado). § 1º As empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio. § 1º-A. A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação: I – pelo correio; II – por oficial de justiça; III – pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório; IV – por edital. § 1º-B. Na primeira oportunidade de falar nos autos, o réu citado nas formas previstas nos incisos I, II, III e IV do § 1º-A deste artigo deverá apresentar justa causa para a ausência de confirmação do recebimento da citação enviada eletronicamente. § 1º-C. Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça, passível de multa de até 5% (cinco por cento) do valor da causa, deixar de confirmar no prazo legal, sem justa causa, o recebimento da citação recebida por meio eletrônico. § 2º O disposto no § 1º aplica-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta. § 3º Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada. § 4º As citações por correio eletrônico serão acompanhadas das orientações para realização da confirmação de recebimento e de código identificador que permitirá a sua identificação na página eletrônica do órgão judicial citante. § 5º As microempresas e as pequenas empresas somente se sujeitam ao disposto no § 1º deste artigo quando não possuem

de oficial de justiça. As empresas públicas, privadas, bem como os entes da Administração direta e indireta, serão obrigadas a manter cadastro em sistema processual eletrônico para efeito de recebimento de citações e intimações, devendo acusar recebimento da citação em até três dias úteis. Se assim não o fizerem, serão citados pelas vias tradicionais, porém deverão apresentar justa causa para a ausência de confirmação do recebimento da citação enviada eletronicamente, sob pena de aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça. Parece-nos que essa sistemática também se aplica a pessoas físicas que se cadastrem para o recebimento de citações eletrônicas, muito embora não haja obrigatoriedade em fazê-lo, isto é, se não houver o cadastramento, serão citados pela via tradicional sem nenhum apenamento.

No mais, o art. 238 foi acrescido de parágrafo único²⁴⁴ determinando que a citação seja realizada no prazo máximo de até 45 dias contados da propositura da ação. O *caput*²⁴⁵ do art. 247 teve a redação modificada para reforçar que a citação será realizada por meio eletrônico.

Tais alterações legislativas são muito recentes e ainda não sabemos ao certo como serão implementadas, contudo, uma coisa é certa, desde que observadas as garantias do modelo constitucional do direito processual civil, qualquer iniciativa que reduza o *tempo patológico* do processo e suas *etapas mortas* deve ser louvada.

A utilização da tecnologia em prol da efetividade do processo é tendência inexorável para o futuro, notadamente diante do avanço galopante das comunicações e documentos eletrônicos em detrimento dos físicos, o que certamente guiará a lei processual sobre a matéria e conferirá maior agilidade ao processo.

endereço eletrônico cadastrado no sistema integrado da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim). § 6º Para os fins do § 5º deste artigo, deverá haver compartilhamento de cadastro com o órgão do Poder Judiciário, incluído o endereço eletrônico constante do sistema integrado da Redesim, nos termos da legislação aplicável ao sigilo fiscal e ao tratamento de dados pessoais.”

²⁴⁴ “Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual. Parágrafo único. A citação será efetivada em até 45 (quarenta e cinco) dias a partir da propositura da ação.”

²⁴⁵ “Art. 247. A citação será feita por meio eletrônico ou pelo correio para qualquer comarca do País, exceto: (...)”

A esse respeito, vale mencionar recente acórdão prolatado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, com fundamento no princípio da *pas nullité sans grief*, admitiu a citação de réu em processo penal pelo aplicativo de mensagens de texto WhatsApp, desde que concorram

(...) três elementos indutivos da autenticidade do destinatário, número de telefone, confirmação escrita e foto individual, entendendo possível presumir-se que a citação se deu de maneira válida, ressalvado o direito do citando de, posteriormente, comprovar eventual nulidade, seja com registro de ocorrência de furto, roubo ou perda do celular na época da citação, com contrato de permuta da linha telefônica, com testemunhas ou qualquer outro meio válido que autorize concluir de forma assertiva não ter havido citação válida²⁴⁶.

Como se verifica do trecho anteriormente mencionado, mesmo no direito processual penal, em que os procedimentos são mais rígidos em relação ao direito processual civil, a citação por WhatsApp foi admitida desde que cumpridos determinados requisitos necessários para garantir a segurança do ato processual.

Embora essa não seja a forma prescrita na lei processual, não houve ofensa ao sentido teleológico das normas que regulamentam a citação, razão pela qual parece-nos que andou bem o Superior Tribunal de Justiça nesse caso, o qual poderá guiar a jurisprudência no tribunal sobre a matéria.

Certamente que todas essas modificações no procedimento da citação são bem-vindas e poderão viabilizar a apreciação da tutela da evidência após o contraditório, o que mais bem se coaduna com o modelo constitucional do direito processual civil.

Por fim, em complemento, relembre-se que o juiz tem o poder de alterar regras de procedimento para mais bem adequá-lo ao caso concreto. Nesse sentido, parece-nos que não haveria óbice, por exemplo, para que o magistrado concedesse um prazo mais exíguo ao réu para se manifestar apenas sobre o pedido de tutela da evidência, sem prejuízo da manutenção do prazo legal de 15 dias úteis para apresentar contestação. Isso, aliás, já se observa na prática, notadamente em

²⁴⁶ Trecho do Voto do Ministro Relator Ribeiro Dantas no acórdão que julgou o *Habeas Corpus* 641.877/DF em 09.03.2021.

pedidos de tutela de urgência em sede de juizados especiais em que o juiz concede o prazo de 48 horas, por exemplo, para que o réu se manifeste sobre determinadas alegações do autor que sustentaram o pedido de tutela antecipada.

Enfim, desde que haja cooperação, lealdade e boa-fé entre as partes, é possível harmonizar o princípio do contraditório com os princípios da razoável duração do processo e da efetividade. Partindo-se dessa premissa, em regra, parece-nos que realmente não há como deferir a tutela da evidência sem o contraditório prévio. Relembre-se que no *référé* francês (ver item 3.4 deste trabalho), que inspirou o legislador pátrio no CPC/2015, a despeito da notória efetividade do procedimento, não se prescinde do contraditório para a análise de pedidos de tutela antecipada sem o requisito da urgência.

Todavia, é preciso fazer uma ressalva. Quando a parte não agir de forma cooperativa para superar os entraves de tramitação do processo, tal como por meio de tentativas de ocultação/frustração da citação, independentemente de a hipótese se encaixar tipicamente nos incisos II e III do art. 311 do CPC, desde que a probabilidade do direito esteja presente, parece-nos que poderá ser concedida a tutela da evidência ainda que sem o contraditório prévio.

Sim, pois, mesmo que não tenha se defendido formalmente nos autos, a parte terá agido de forma protelatória de modo a abusar de seu direito de defesa, o que é hipótese típica de concessão de tutela da evidência, nos termos do art. 311, I, do CPC. Por essa razão, não haverá ilicitude na postecipação do contraditório nesse caso, aliás, a alteração do *status quo* via concessão da tutela da evidência certamente contribuirá para o comparecimento, até mesmo espontâneo, da parte que tenta se ocultar.

No mais, quando a urgência e a evidência se somarem, certamente o contraditório poderá ser diferido sem maiores problemas. Ressalte-se que essa hipótese não se confunde com um pedido de tutela de urgência puro e simples. Na realidade, esse seria o caso de cumulação dos requisitos da tutela de urgência e evidência, o que robusteceria o pedido de tutela antecipada.

Por fim, a respeito da concessão liminar de tutela da evidência sem o requisito da urgência que já existia na lei processual (monitória, despejo e possessória), não vislumbramos inconstitucionalidade nessas hipóteses, afinal, nesses casos, há uma íntima intersecção entre o direito material e o direito processual, que justifica a postecipação do contraditório.

Em outras palavras, em função de particularidades do direito material, o direito processual é capaz de delimitar com objetividade quais são os requisitos a serem preenchidos para a obtenção da tutela antecipada, mesmo sem a demonstração de urgência, o que permite um controle mais intenso do Poder Judiciário em tais circunstâncias para que se evitem excessos.

Isso não se confunde com a ampliação da possibilidade de diferimento do contraditório de forma geral e dissociada do direito material, tal como propõe o inciso II do art. 311 do CPC, o que, em nossa visão, mostra-se inadequado.

Nesse aspecto, o inciso III difere do inciso II, pois trata de hipótese típica de direito material (contrato de depósito) e não de regra geral. Dessa forma, em linha com o que foi dito anteriormente, em tese, não haveria inconstitucionalidade no inciso III, especificamente.

O problema está na topografia desse dispositivo legal, o que já foi objeto de críticas no item 4.3 deste estudo, pois, conforme sustentamos anteriormente, o inciso III deveria ter sido inserido como procedimento especial e não como previsão típica de tutela da evidência ao lado das demais hipóteses gerais, dotadas de conceitos vagos e indeterminados. Se assim tivesse sido feito, o procedimento especial poderia ser mais bem detalhado em relação à concessão da tutela antecipada da evidência liminarmente de forma a afastar a pecha de inconstitucionalidade por estar ao lado do inciso II do mesmo art. 311 do CPC.

4.6. A tutela da evidência além da literalidade do art. 311 do CPC

Uma vez abordadas as hipóteses típicas de tutela da evidência presentes no art. 311 do CPC/2015, também é importante abordar brevemente as hipóteses

típicas de tutela da evidência além da literalidade desse artigo, ainda que não estejam assim nominadas nos diplomas legais em que foram disciplinadas.

4.6.1. Ação monitória

A ação monitória tramita por procedimento especial, no qual se admite um corte cognitivo vertical²⁴⁷ (relacionado à sua profundidade) quando demonstrada a evidência do direito do autor por meio de prova escrita sem eficácia de título executivo.

Há um corte cognitivo vertical, pois, em vez de ser citado para se defender, o réu será citado para pagar quantia em dinheiro, entregar coisa ou adimplir obrigação de fazer ou não fazer, podendo cumprir a ordem mediante um desconto nas custas processuais e honorários advocatícios ou opor embargos monitórios, oportunidade em que o mandado monitório será suspenso e o processo passará a observar o procedimento comum.

Em outras palavras, com base em prova escrita que forneça ao juízo elementos para a formação de cognição sumária vertical, mesmo sem contraditório prévio, o réu será citado para cumprir a obrigação, muito embora o simples ato de defender-se impeça a execução do mandado monitório pelo autor.

Esse corte cognitivo se viabiliza, pois o processo deve ser instrumento de efetivação dos direitos da forma mais eficiente possível, razão pela qual, uma vez demonstrada a evidência do direito por meio de prova documentada aparentemente idônea, ainda que em sede de cognição sumária, faz sentido que se observe um procedimento mais célere em favor da parte que demonstrar a maior probabilidade de seu direito.

Não restam dúvidas de que essa é uma forma de manifestação da tutela da evidência em sentido lato, isto é, muito embora não esteja expressamente prevista como hipótese do art. 311 do CPC, o mandado monitório que determina o

²⁴⁷ WATANABE, Kazuo. **Da cognição do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

adimplemento de determinada obrigação, independentemente da presença da urgência, revela-se como um tipo de tutela da evidência, conforme aponta Antônio Carlos Marcato²⁴⁸:

Na dicção do art. 701 do novo Código de Processo Civil, sendo “evidente o direito do autor”, o juiz deferirá a expedição do mandado monitório, consistente na ordem, dirigida ao réu, para o adimplemento, no prazo de 15 dias, de qualquer das prestações indicadas nos incisos do art. 700. Essa particular tutela de evidência, concedida *inaudita altera parte* (CPC, art. 9º, III) com base, exclusivamente, na prova documental apresentada pelo autor (*rectius*: prova escrita sem eficácia de título executivo – art. 700), vem consubstanciada no mandado monitório, decisão dotada de eficácia similar àquela da sentença condenatória, ou seja, provimento jurisdicional idêntico, por natureza, àquele contido em uma sentença condenatória, cujos efeitos ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada material se e quando não opostos – ou integralmente rejeitados – embargos pelo réu (art. 701, §§ 2º e 3º).

Tal como a tutela da evidência positivada no art. 311 do CPC, a ação monitória também é um importante instrumento para a redistribuição do ônus do tempo do processo, pois o seu procedimento induz à inversão do contraditório, deixando a cargo do réu a oposição de embargos monitórios para a discussão da demanda sob o pálio da cognição exauriente, porém, se não houver iniciativa do réu nesse sentido, o autor obterá o reconhecimento de seu direito em procedimento abreviado, conforme bem observa Eduardo Talamini²⁴⁹.

Contudo, do ponto de vista pragmático, a sanção premial oferecida pela legislação processual (isenção de custas e desconto nos honorários) muitas vezes não é suficiente para induzir o réu a cumprir o mandado monitório, afinal, a mera oposição dos embargos à ação monitória é suficiente para suspender a eficácia da

²⁴⁸ MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Ed. Atlas, 2017. p. 268. (Livro eletrônico)

²⁴⁹ “A rigor, o contraditório não é nem ‘eventual’, nem ‘invertido’. Simplesmente, não há contraditório, de início. Ele é postergado: emite-se provimento sem ouvir-se a parte. E a questão nem é tanto de inversão do contraditório em si mesmo. Afinal, é inerente ao processo, dada sua estrutura dialética, a transferência contínua do ônus de manifestar-se, de uma parte para a outra. Mais do que inverter-se o contraditório, inverte-se o ônus da instauração de um processo de cognição exauriente. No modelo processual comum, caberia ao interessado na obtenção da tutela de seu pretense direito instaurar processo de cognição exauriente no qual haveria de demonstrar a efetiva existência de seu direito. No processo monitório, permite-se a esse sujeito submeter sua pretensão ao mero crivo da cognição sumária: sendo positivo o juízo de verossimilhança então desenvolvido, transfere-se ao adversário o encargo de promover processo comum de conhecimento, com cognição exauriente. Vale dizer: caberá ao réu da ação monitória provocar a atuação cognitiva exauriente, para o fim de demonstrar que não existe aquele suposto direito do autor” (TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 209, p. 13-34, jul. 2012).

decisão até o julgamento da demanda em 1º grau de jurisdição, nos termos do art. 702, § 4º, do CPC, o que resulta em perda significativa da efetividade do processo.

Por essa razão, aliás, no anteprojeto do CPC/2015 a ação monitória havia sido suprimida do texto legal e veio a ser restaurada apenas na fase final do processo legislativo, conforme observa Marcato²⁵⁰.

Diante desse cenário, considerando a suspensão automática do mandado monitório em caso de embargos, é provável que a parte que possua um direito evidente, calcado em prova documentada sem eficácia executiva e passível de concessão *inaudita altera parte* com fundamento no art. 311 do CPC, opte pelo procedimento comum em vez do procedimento especial da ação monitória.

Afinal, seria inusitado que se fizesse um pedido de tutela da evidência no bojo de uma ação monitória, tendo em vista que o mandado monitório já é em si a representação de um tipo de tutela da evidência. Se isso fosse feito, haveria a concessão de dupla tutela da evidência, uma com fundamento no art. 311 do CPC e outra com base no art. 701 do CPC.

A despeito do exotismo dessa hipótese, parece-nos que não haveria uma vedação em sua aplicação. A lei processual deve ser interpretada à luz do modelo constitucional do direito processual civil, que prima pela efetividade da tutela jurisdicional.

Nesse caso, considerando que a tutela jurisdicional será mais efetiva por instrumento da tutela da evidência prevista no art. 311 do CPC em vez do mandado monitório sujeito à suspensão automática, não há vedação na incidência dessa *dupla* tutela da evidência. Aliás, isso poderá até mesmo estimular o réu a não opor os embargos, pois, se o seu intuito for meramente procrastinatório, ele não poderá

²⁵⁰ “Apesar da resistência oposta por determinados setores à manutenção da ação monitória no Novel Diploma Processual Civil – motivada, ao que tudo indica, pela ignorância de sua importância e desconhecimento de sua efetividade nos países onde há décadas vem sendo adotado –, ele foi incluído no Projeto da Câmara e, na fase final do processo legislativo, aprovado pelo Senado Federal” (MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Ed. Atlas, 2017. p. 263. [Livro eletrônico]).

contar com a suspensão automática do mandado monitorio apenas apresentando defesa infundada, podendo ficar mais propenso a cumpri-lo estimulado pela sanção premial.

4.6.2. Ações possessórias

Uma vez presentes os requisitos elencados no art. 561 do CPC, a liminar deverá ser concedida liminarmente para a reintegração ou manutenção da posse, o que também é um tipo de tutela da evidência, segundo aponta Antônio Carlos Marcato²⁵¹.

Se deferida a liminar, caberá ao réu eventualmente demonstrar a probabilidade dos fatos constitutivos de seu direito, considerando que as ações possessórias têm caráter dúplice, ou dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Em qualquer dos cenários, contudo, a lei não exige a demonstração de urgência, mas apenas a comprovação da posse e a data em que houve a sua turbação ou o esbulho, o que indica se tratar de tutela da evidência.

Apesar dos requisitos específicos para a concessão da tutela provisória nas ações possessórias, isso não impede a aplicação subsidiária do regramento geral de

²⁵¹ “Cumpra observar, de início, que as medidas antecipatórias específicas contempladas pelo art. 562 do NCPC (tutela de evidência) não coincidem plenamente, em seus objetivos e pressupostos, com aquela prevista, em caráter geral, no art. 300 do mesmo Diploma Legal: enquanto esta torna possível ao autor usufruir praticamente da situação de titular de direito ainda não reconhecido definitivamente, a finalidade daquelas é exclusivamente a de propiciar a rápida obtenção do resultado prático do processo, sem qualquer ligação com o perigo de dano concreto à satisfação do direito. Situação típica dessa modalidade de tutela sumária específica é a liminar possessória: presentes os requisitos legais expostos nos arts. 560 e 561 do NCPC, deve o juiz conceder a antecipação, sem preocupação com eventual risco de dano ou de conduta protelatória do réu, pois os aludidos requisitos não se confundem com os previstos no art. 300 do mesmo Diploma Legal. Então, estando a petição inicial devidamente instruída e provados os requisitos indicados no art. 561, o juiz deferirá, *inaudita altera parte*, em atenção ao requerimento nesse sentido formulado naquela peça preambular, a expedição de mandado liminar de manutenção ou de reintegração (NCPC, art. 562, 1ª parte – v. art. 563), dispensando ao autor, sumária e provisoriamente, a tutela possessória por ele pretendida, assegurado ao réu, em seguida, o direito de defender-se. É evidente que a concessão da medida, sem a prévia participação do réu no processo, dependerá da comprovação pelo autor, documentalmente, dos requisitos estabelecidos no art. 561, para tanto não bastando meras alegações apresentadas na petição inicial” (MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Ed. Atlas, 2017. p. 126-127. [Livro eletrônico]).

tutela provisória previsto no Código de Processo Civil, pois, ainda que se trate de posse velha, por exemplo, a tutela provisória ainda poderá ser concedida, mas, nesse caso, deverá ser comprovada a urgência, conforme a doutrina de Nelson Nery Junior²⁵².

Ao que parece, portanto, passado o prazo de posse nova, entende-se que o direito à reintegração ou manutenção da posse não mais será evidente para fins do art. 562 do CPC, sendo necessária a comprovação da urgência ou da evidência com base no art. 311 do CPC, ou seja, por mais que não se exija o perigo de dano para a obtenção da liminar, a inércia no exercício do direito o torna mais fraco.

De toda forma, diferentemente do que defendemos na ação monitória, nas ações possessórias não há sentido em cumular a liminar prevista no art. 562 do CPC com a tutela da evidência prevista no art. 311 do CPC, tendo em vista que a liminar das ações possessórias é capaz de oferecer plena efetividade à tutela jurisdicional por si só, não sendo atingida automaticamente por ocasião da simples apresentação de defesa pelo réu.

4.6.3. Ação de despejo

O art. 59, § 1º, da Lei 8.245/1991 prevê as hipóteses em que o locador está autorizado a obter a desocupação do imóvel em quinze dias, independentemente da oitiva prévia do locatário.

Dentre os requisitos previstos na lei em referido dispositivo legal, não consta a urgência, o que denota se tratar de hipótese de tutela da evidência, isto é, uma vez demonstrados determinados requisitos objetivos que possam ser comprovados de plano, a lei convencionou que a tutela poderá ser antecipada *inaudita altera parte*.

²⁵² “A ação possessória de força velha passou a seguir o procedimento comum, ordinário ou sumário, dependendo do valor da causa. Outra alteração substancial ocorrida no sistema foi a introdução da tutela antecipatória do CPC/1973, de modo que passou a ser possível a concessão de liminar initio litis, mesmo em se tratando de possessória de força velha” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1573).

Isso é um exemplo de boa intersecção entre direito e processo. Em razão da dinâmica das relações locatícias, sobretudo da necessidade de oferecimento de respostas rápidas e efetivas para debelar conflitos nessa seara, criou-se um procedimento especial apto a mitigar o dano marginal decorrente do tempo de tramitação do processo, afinal, caso se aguardasse toda a tramitação do processo de despejo para que somente ao seu final pudesse ser determinada a desocupação do imóvel, isso poderia gerar graves prejuízos ao locador, que não teria meios para retomar o seu imóvel de forma célere nas hipóteses em que a lei o autoriza a fazê-lo.

Hoje em dia ninguém questiona a constitucionalidade da Lei 8.245/1991, todavia, ressalte-se que referida lei foi promulgada há 30 anos, momento em que sequer havia previsão de antecipação de tutela no sistema processual, o que veio a ocorrer apenas em 1994 com a edição do art. 273 do CPC/1973.

Trata-se de uma lei de vanguarda, pois, mesmo antes do desenvolvimento legislativo da antecipação de tutela, em razão da necessidade de dar respostas a situações de direito material com grave potencial de dano marginal, a tutela da evidência (ainda que não nominada dessa forma) foi positivada no ordenamento jurídico de forma corajosa para quebrar o binômio declaração-execução.

Não há dúvidas, portanto, de que o despejo pode ser concedido liminarmente desde que preenchidos os requisitos legais, assim como que essa decisão se constitui em um tipo de tutela da evidência, todavia, mais recentemente, em razão da pandemia de Covid-19 que assolou a humanidade, foi editada a Lei 14.010/2020 dispondo sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET), que, em seu art. 9º²⁵³, proibiu a concessão de liminares de despejo para a desocupação de imóveis urbanos com fundamento no art. 59, § 1º, I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei 8.245/1991.

²⁵³ “Art. 9º Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 30 de outubro de 2020.”

Durante o período em que vigeu tal regime transitório, será que a concessão da liminar de despejo estava vedada peremptoriamente nas hipóteses do art. 59, § 1º, I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei 8.245/1991? Parece-nos que a resposta é negativa. Além da evidência, se o locador também fosse capaz de demonstrar urgência, a liminar de despejo poderia ser deferida, afinal, a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Exemplificando, no caso do despejo por falta de pagamento em contrato de locação desprovido de garantia (inciso IX), se o locador comprovar que a renda da locação é a sua única fonte de sustento, certamente não se poderia negar a liminar de despejo com base no art. 9º da Lei 14.010/2020, tendo em vista que, para além da evidência, a urgência também estaria embasando o pedido de tutela provisória. Esse exemplo ilustra como a correta definição teórica dos tipos de tutela provisória pode ser útil na prática.

4.6.4. Embargos de terceiro

O art. 678 do CPC dispõe que:

A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido.

Conforme se verifica, o dispositivo legal menciona apenas a prova suficiente do domínio ou da posse do bem litigioso pelo terceiro como requisito para a suspensão das medidas constritivas, porém não há menção ao perigo de dano, o que também indica se tratar aqui de espécie de tutela da evidência²⁵⁴ à margem do art. 311 do CPC.

Por outro lado, considerando que os embargos de terceiro também se destinam a coibir *ameaça* de constrição sobre bens de terceiro, parece-nos que

²⁵⁴ “Trata-se de hipótese específica de tutela da evidência (art. 311), concedida com base em cognição sumária, a qual dispensa o requisito da urgência. Não há necessidade, portanto, de o embargante demonstrar receio de dano irreparável ou de difícil reparação para fazer jus à tutela provisória dos embargos de terceiro” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016. v. 2).

nessa hipótese, além da análise sobre a probabilidade do direito, naturalmente haverá urgência no pedido de suspensão dos atos executivos por se tratar de um pedido para que o ilícito não ocorra²⁵⁵.

Todavia, uma vez realizado o ato de constrição, não será necessário demonstrar o perigo de dano iminente para que se obtenha a suspensão dos atos executivos, bastando para tanto a comprovação da probabilidade do direito, ainda que em cognição sumária.

De toda forma, a despeito da característica preponderante de tutela da evidência, não é desarrazoado entender que o perigo de dano está implícito no pedido de liminar em embargos de terceiro, pois, mesmo que não haja um perigo imediato de expropriação do bem, há o perigo de que isso ocorra ainda que a médio ou longo prazo, tal como expõem Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves²⁵⁶.

Independentemente dessa classificação, estando o perigo de dano implícito ou não, o mais relevante é entender que a urgência não é um requisito indispensável para a concessão da tutela antecipada prevista no art. 678 do CPC.

²⁵⁵ Nesse sentido, vejamos o que diz Paulo Mazini: “Merece ser ressaltado, todavia, que a referência contida no art. 674, *caput*, do CPC (LGL\2015\1656), quanto à ameaça de constrição, realmente remete à ideia de urgência e, assim sendo, exigiria o *periculum in mora* para o seu deferimento. Nesse caso específico, estamos diante de tutela preventiva, inibitória, voltada a prevenir um ilícito. Ora, apesar de inexistir risco de dano propriamente – já que a tutela inibitória tem por fundamento constitucional a ameaça à violação de um direito, e por objetivo, impedir que um ato ilícito seja praticado, repetido ou continuado, atuando no plano fático, portanto, antes de qualquer perspectiva de dano –, é inegável que essa modalidade de tutela somente terá o condão de ser deferida se estiver presente o risco de um ilícito ser praticado, repetido, ou ter a sua ação continuada no tempo” (MAZINI, Paulo Guilherme. Tutelas sumárias satisfativas sem o requisito urgência – análise à luz do Código de Processo Civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 10, p. 15-30, jul.-dez. 2019).

²⁵⁶ “Temos que a decisão que aprecia o requerimento de embargo liminar se enquadra como espécie de tutela provisória de evidência. É dispensável, pois, para a concessão da providência provisória, a demonstração de *periculum in mora*. Fazendo-se outra análise, com olhos sobre o próprio espaço em que a tutela provisória será postulada, não é descabido dizer que o *periculum in mora* é presumido, na medida em que há risco de perda do bem por ato de expropriação judicial (em sentido amplo). Assim, seja pelo enquadramento como tutela provisória de evidência ou de tutela provisória especial, em que o *periculum in mora* está implícito, percebe-se que se trata de hipótese excepcional, cuja concessão, por força de expressa disposição legal, o magistrado pode condicionar a apresentação de caução (art. 678, parágrafo único, do CPC/15)” (MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Embargos de terceiro**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/181/edicao-1/embargo-de-terceiro>. Acesso em: 4 jul. 2021).

4.6.5. Uso e fruição de quinhão hereditário (art. 647, parágrafo único, do CPC)

O art. 647, parágrafo único²⁵⁷, do CPC/2015, que não tem correspondência no CPC/1973, autoriza que o herdeiro use e frua de bem da herança antes de realizada a partilha, com a condição de que, ao término do inventário, o bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a ele todos os ônus e bônus decorrentes do exercício antecipado do direito.

O texto legal não exige a presença da urgência para a antecipação da tutela em favor do herdeiro nessa hipótese. É salutar, todavia, que os demais herdeiros sejam ouvidos antes da apreciação do pedido, sobretudo porque não há urgência a ser debelada.

Essa previsão legal é especialmente útil nos casos de inventários em que há consenso sobre a divisão de bens entre os herdeiros. Quando isso ocorre, a divisão dos bens da herança é feita, muitas vezes, informalmente e os herdeiros passam a administrar os bens como se donos fossem à espera da homologação da partilha. Mais uma vez há uma boa simbiose entre direito e processo, amalgamados pela tutela da evidência.

5. A APLICAÇÃO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL

5.1. Rol não taxativo das hipóteses do art. 311 do CPC

Conforme se verificou ao longo deste estudo, a tutela da evidência não foi propriamente uma novidade instituída pelo CPC/2015, pois já se observava essa espécie de tutela no CPC/1973 (art. 273, II), em legislação extravagante (despejo, posse, monitória etc.) e até mesmo além das hipóteses tipicamente previstas em lei,

²⁵⁷ “Art. 647. Cumprido o disposto no art. 642, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, formulem o pedido de quinhão e, em seguida, proferirá a decisão de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário. Parágrafo único. O juiz poderá, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e de fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos.”

tal como ocorreu em julgamento²⁵⁸ no Superior Tribunal de Justiça no ano de 2012, em que a Corte Especial acolheu pedido cautelar de indisponibilidade de bens por conta de ato de improbidade administrativa, mesmo sem a presença do *periculum in mora*, baseando-se somente na evidência do direito demonstrado, inclusive com a menção expressa da nomenclatura *tutela de evidência*.

De toda forma, a despeito da admissão da tutela da evidência sob a vigência do CPC/1973, a grande inovação trazida no CPC/2015 foi a *sistematização*²⁵⁹ da

²⁵⁸ “1. Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, sem a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado. 2. Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei 8.429/92 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas. Dentre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º do referido diploma legal. 3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação). 4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, § 4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º). (...) 8. A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido. (...)” (REsp 1.319.515/ES, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.08.2012, DJe 21.09.2012).

²⁵⁹ A respeito de *sistema*, Carlos Augusto de Assis e João Batista Lopes ensinam que “Tem-se, pois, que *sistema* não é mera reunião ou soma de elementos, mas sim um conjunto orgânico, que pressupõe organização, unidade e interação. No plano do direito constitucional e do direito processual civil, temos de considerar a Constituição e o Código de Processo Civil (além das leis processuais extravagantes) como *sistemas normativos*, isto é, conjuntos orgânicos com seus atributos e peculiaridades. Mas as normas que compõem a Lei Máxima e o diploma processual não constituem simples *relato* (ou conjunto de enunciados) porquanto traduzem um fenômeno de comunicação, uma emissão de mensagens, que determinam relações de coordenação ou subordinação (*cometimento*) na conhecida lição de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR” (ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência, tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018). Vale também mencionar a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco: “Considerado como ordenamento jurídico, o direito não apresenta lacunas: sempre haverá no ordenamento jurídico, ainda que latente e inexpressa, uma regra para disciplinar cada possível situação ou conflito entre pessoas. O mesmo não ocorre com a lei; por mais imaginativo e previdente que fosse o legislador, jamais conseguiria cobrir através dela todas as situações que a multifária riqueza da vida social, nas suas constantes mutações, poderá provocar. Assim, na busca da norma jurídica pertinente a situações concretas ocorrentes na sociedade, muitas vezes será constatada a inexistência de lei incidente: a situação não fora prevista e, portanto, não fora regulamentada pelo legislador. Mas, evidentemente, não se pode tolerar a permanência de situações não definidas perante o direito, tornando-se então necessário preencher a

matéria como espécie de tutela provisória, além da instituição de novas hipóteses típicas de tutela da evidência nos incisos do art. 311 do CPC.

A despeito desse histórico, a questão que se debate na doutrina atualmente é se as hipóteses de aplicação da tutela da evidência são ou não taxativas.

Parece-nos que há três posições a respeito do tema: taxatividade dos incisos do art. 311 do CPC; não taxatividade dos incisos do art. 311 do CPC, por se considerar que há outras hipóteses previstas em lei de tutela da evidência além da literalidade desse artigo; não taxatividade do art. 311 do CPC e atipicidade irrestrita na aplicação da tutela da evidência.

Posicionando-se pela taxatividade, Humberto Theodoro Jr.²⁶⁰ e Leonardo Greco²⁶¹ não veem espaço para a incidência da tutela da evidência além dos incisos do art. 311 do CPC, sob o argumento de que o dispositivo legal não trouxe uma definição genérica do conceito de tutela da evidência, mas apenas a listagem específica de hipóteses para a sua aplicação.

Posicionando-se pela não taxatividade, mas respeitada a tipicidade, Eduardo Lamy²⁶², Daniel Neves²⁶³ e Fernando Gajardoni²⁶⁴ entendem que o rol do art. 311 do

lacuna da lei" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 108).

²⁶⁰ "Em lugar de conceituar genericamente a tutela da evidência, o Código atual preferiu enumerar, de forma taxativa, os casos em que essa modalidade de tutela sumária teria cabimento. Não se pode, por isso, ampliar sua área de atuação, mediante interpretação extensiva. (...) Em todas as quatro hipóteses, o traço comum é a necessidade de uma prova completa que permita ao juiz reconhecer a comprovação do quadro fático-jurídico suficiente para sustentar a pretensão da parte. O seu direito a ser tutelado em juízo se acha comprovado de tal maneira que, no momento, não se divisa como a parte contrária possa resisti-lo legitimamente" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. I, p. 694).

²⁶¹ "As hipóteses taxativas em que é admitida, nos termos do referido artigo 311, são aquelas em que a evidência do direito do autor se extrai da conduta maliciosa do réu (inciso I: abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte), de prova documental robusta caracterizadora de situação fático-jurídica acobertada por jurisprudência firme de tribunais superiores fixada em casos repetitivos ou súmula vinculante (inciso II), de pedido de entrega de bem em decorrência de contrato escrito de depósito (inciso III), ou de prova documental robusta de situação fática de que decorre necessariamente o direito do autor, a que o réu não tenha oposto prova capaz de gerar dúvida razoável (inciso IV). A tutela da evidência é sempre incidente. Pode ser requerida na inicial ou em petição avulsa" (GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. II, p. 369).

²⁶² "Na tutela de evidência existe um interesse que não é preponderantemente da parte, mas também do próprio sistema jurídico, em proporcionar eficácia satisfativa imediata para situações jurídicas de

CPC não é taxativo na medida em que a legislação processual admite outras hipóteses de tutela da evidência além da literalidade do dispositivo legal em comento, tal como nos casos de ações de despejo, possessórias e monitórias, todavia, na visão desses autores, não haveria uma atipicidade irrestrita para a concessão da tutela da evidência, pois caberia apenas ao legislador (e não ao julgador) dizer quais são as hipóteses de direitos evidentes de modo a possibilitar a antecipação dos efeitos da tutela.

Posicionando-se pela não taxatividade e atipicidade da tutela da evidência, Luiz Guilherme Marinoni²⁶⁵ e Rogéria Dotti²⁶⁶ consideram que não há como constranger a tutela da evidência aos limites tipificados em lei, pois entendem que há uma regra geral autorizando a concessão da tutela sempre que for demonstrada

solução facilitada pelo sistema. Por isso mesmo, as hipóteses de tutela evidente não poderiam ser criadas pela jurisprudência. Não cabe ao julgador dizer qual direito o sistema considera evidente. Esse papel é do legislador. Por outro lado, entretanto, não faz sentido entender que apenas nas hipóteses previstas no art. 311 do CPC de 2015 é que existe a possibilidade da aplicação da tutela de evidência, havendo outras hipóteses legais enquadráveis como tutela de evidência, como será analisado adiante. Não é taxativo, portanto, o rol do art. 311 do CPC. A taxatividade requereria previsão legal limitadora às hipóteses do dispositivo, o que o código deixou claro não haver. Interpretação diversa levaria à restrição da aplicação de um instituto importante para a tutela mais adequada dos direitos, e cuja utilização já é restrita no cotidiano forense” (LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Ed. Atlas, 2018. p. 15).

²⁶³ “O art. 311 do Novo CPC prevê em rol exemplificativo quatro hipóteses de concessão de referida espécie de tutela provisória. Afirma-se que o rol não é exaustivo porque dele não consta a liminar prevista para as ações possessórias, para os embargos de terceiro, além da expedição de mandado monitório, indiscutivelmente espécies de tutela da evidência. Em nenhuma delas é exigido o perigo do tempo como inimigo, mas em todas há uma considerável probabilidade de o direito existir, o que, em juízo de cognição sumária, permite a concessão de tutela provisória” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 170).

²⁶⁴ “Embora não seja taxativo o rol de hipóteses em que cabível a concessão da tutela da evidência – tanto que, conforme dantes exposto há situações específicas de tutela de evidência fora das hipóteses gerais do artigo 311 do CPC/2015 –, ela só é admitida se expressamente prevista no sistema (BEDAQUE, 2003, p. 334). São, portanto, típicas as tutelas de evidência. Apenas nos casos de urgência que a tutela provisória é atípica, podendo ser deferida com fundamento nos artigos 300 e 301 do CPC/2015” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1896).

²⁶⁵ “Realmente seria absurdo imaginar que a tutela da evidência é cabível apenas nas hipóteses dos incisos II, III e IV do art. 311” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: soluções processuais diante do tempo da Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [Livro eletrônico]).

²⁶⁶ “A não taxatividade das hipóteses legais da tutela da evidência não significa desrespeito à segurança jurídica, nem tampouco desconsideração à legalidade. Muito pelo contrário. Conforme se expõe a seguir, a aplicação genérica da tutela da evidência, sempre que houver prova suficiente do direito do autor, fragilidade da defesa do réu e necessidade de continuidade da instrução, pressupõe o respeito à isonomia, ao contraditório, à eficiência, à efetividade e à garantia da duração razoável do processo. Ela decorre do fato da antecipação estar baseada, nesse caso, em razões processuais e não em situações específicas (típicas) do direito material” (DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livro eletrônico]).

a alta probabilidade do direito de uma parte e a defesa inconsistente da outra parte, ou seja, a incidência da tutela da evidência não depende de ser enquadrada especificamente no art. 311 do CPC ou em outro dispositivo do Código de Processo Civil, ou em legislação extravagante que discipline outros casos típicos de tutela da evidência.

Com todo o respeito aos posicionamentos em sentido diverso, parece-nos que o entendimento de Marinoni e Dotti mencionado no parágrafo anterior mostra-se o mais adequado. Basta analisar a questão sob a ótica da tutela provisória de urgência, antecipada e/ou cautelar, em relação à qual não há dúvidas sobre a atipicidade de sua incidência, seja em razão do poder geral de cautela ou da proteção constitucional contra lesão ou ameaça a direito.

Se essa compreensão é plenamente aceita para a tutela de urgência, por que seria diferente em relação à tutela da evidência?

Com efeito, o legislador não enumerou os casos de urgência e tampouco isso seria possível diante da infinidade de situações práticas que precisariam ser contempladas no texto legal. O mesmo ocorre com os casos de evidência, afinal, não há como definir previamente quais são as hipóteses passíveis de concessão dessa modalidade de tutela.

É por isso que, conforme exposto ao longo deste estudo, os incisos do art. 311 do CPC, com exceção do inciso III (que claramente está fora de lugar, vide item 4.3 deste estudo), são dotados de conceitos vagos e indeterminados, permitindo-se, assim, a aplicação mais ampla da tutela da evidência com o fito de redistribuir o ônus do tempo do processo de forma equânime entre as partes.

É claro que teria sido mais adequado se o legislador tivesse sido mais preciso na sistematização da matéria de modo a deixar consignado que as hipóteses do art. 311 do CPC são exemplificativas, todavia, tal como expôs Marinoni, é possível extrair do art. 311 do CPC uma regra geral de incidência da tutela da evidência que contempla todos os cenários em que se puder demonstrar a alta probabilidade do direito de uma parte e a defesa inconsistente da outra parte.

Afinal, caso se apresente uma situação que não possa ser tipicamente enquadrada nas hipóteses legais reservadas à tutela da evidência, mas que a evidência do direito esteja presente, parece-nos que isso não deverá ser um impeditivo para a aplicação do instituto, pois, em qualquer conjuntura, seria antissistêmico admitir que alguém que não consiga se contrapor seriamente a um direito provável possa se manter gozando do bem da vida que provavelmente lhe será subtraído ao final do processo.

Tal como se admitem o poder geral de cautela e o poder geral de coerção (ou efetivação), também é possível que o direito processual civil caminhe para admitir o *poder geral de antecipação da evidência*²⁶⁷, que terá vez para antecipar os efeitos da tutela jurisdicional no processo sempre que houver probabilidade do direito de um lado e fragilidade da defesa de outro lado.

Pensar dessa forma não importa em desmerecer a segurança jurídica, pois as decisões judiciais nunca poderão prescindir da devida fundamentação e sempre estarão sujeitas ao sistema recursal.

Assim, respeitados os posicionamentos em sentido contrário, parece-nos que não há taxatividade nas hipóteses de aplicação do art. 311 do CPC, sendo plenamente aceitável, e até mesmo desejável, expandir o âmbito de emprego da tutela da evidência.

5.2. Tutela da evidência requerida em caráter antecedente

²⁶⁷ “O raciocínio é simples: se o tempo do processo deve ser mais bem equilibrado entre as partes, e a razão para tanto normalmente tem natureza processual (e não material) isso não deve se limitar a algumas situações específicas (taxativamente previstas pela lei). A técnica deve ser aplicada de modo amplo, em todas as situações iguais. Em outras palavras, sempre que houver prova suficiente do direito do autor, fragilidade da defesa e necessidade de continuidade da instrução, haverá a possibilidade de aplicação da tutela da evidência, independentemente da natureza do direito material discutido em juízo. Essa é precisamente a razão pela qual ela deve ser aplicada genericamente. Nesse sentido, seria possível, inclusive, falar em um poder geral de antecipação da evidência, sempre que estiverem presentes a probabilidade do direito e a fragilidade da defesa” (DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livro eletrônico]).

Independentemente das conhecidas dificuldades procedimentais da tutela antecipada requerida em caráter antecedente no CPC/2015, ao menos em tese, esse poderia ser um instrumento interessante para servir à tutela da evidência nos casos em que se admite a sua concessão liminar²⁶⁸.

O ideal é que houvesse uma reforma legislativa no procedimento, tanto para a admissão expressa da tutela da evidência nessa hipótese, como também para permitir que o aditamento da petição inicial mencionado no art. 303, § 1º, I, do CPC pudesse se dar após a citação do réu²⁶⁹.

Isso permitiria que o autor pudesse conhecer a postura do réu (de inércia ou de impugnação) antes de optar pelo aditamento ou não da petição inicial, podendo se contentar apenas com a estabilização da tutela provisória, a depender da atitude de seu adversário. O réu, por sua vez, conhecedor da eventual fragilidade de seu direito e incentivado por alguma sanção premial em relação às custas e/ou honorários advocatícios, por exemplo, poderia deixar de se opor à demanda do autor, reservando-se, porém, o direito de rever a questão por meio do procedimento comum em até dois anos, se lhe aprouver.

²⁶⁸ Continuamos com a posição de que a previsão de concessão da tutela da evidência sem contraditório prévio é inconstitucional, todavia, tendo em vista que isso é admitido expressamente no CPC, em uma perspectiva pragmática, vamos analisar a possibilidade de utilização da tutela da evidência no procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, ainda que nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do CPC.

²⁶⁹ A respeito do tema, segue magistério de Cassio Scarpinella Bueno: “A corroborar o acerto desse entendimento, está o inciso I do § 1º do art. 303 a exigir do autor a emenda da petição inicial quando a tutela provisória for concedida, independentemente de saber se o réu recorrerá, deixará de fazê-lo ou assumirá qualquer outro comportamento após suas regulares citação e intimação, tratadas no n. 6.2, *supra*. Nesse sentido, o ‘benefício’ do § 5º do art. 303 o atrai para a hipótese da estabilização do art. 304 porque, em última análise, aquele benefício mostra-se inócuo no que diz respeito à elaboração da petição inicial, máxime diante da interpretação ampla que merece ser dada ao § 6º do art. 303. Assim, a petição inicial deverá ser emendada quando concedida a tutela (art. 303, § 1º, I) porque o autor não tem como saber, quando a elabora, como o réu se comportará diante da concessão da tutela provisória antecipada requerida antecedentemente (ele sequer tem como saber se aquela tutela será concedida). A estabilização da tutela antecipada depende, portanto, não somente de comportamento omissivo do réu (ao menos, a não apresentação de recurso), mas, também, de comportamento comissivo do autor (o aditamento da inicial). Fosse o prazo previsto no § 1º do art. 303 maior ou, o que seria preferível, tivesse ele início somente após a adoção (ou não) de alguma postura do réu, a remissão que o § 5º do art. 303 faz teria algum significado relevante para aquela primeira acepção” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. [Livro eletrônico]).

Se assim fosse feito e se houvesse adesão da comunidade jurídica em adotar amplamente esse procedimento mais simplificado, certamente o próprio procedimento comum poderia entregar uma tutela jurisdicional de maior qualidade.

Sim, pois, uma vez redistribuído o ônus do tempo do processo em favor do titular do direito mais provável, o procedimento comum caminharia mais serenamente, sobretudo em relação à fase probatória, que, muitas vezes, é tolhida sob a argumentação de que determinado pedido de produção de prova é desnecessário, por exemplo. Se o ônus do tempo do processo estiver mais bem distribuído desde o princípio do processo, o procedimento comum poderia alcançar a sua potencialidade máxima, afinal, a parte que sabe que não tem razão, dificilmente irá insistir na produção de provas desnecessárias, pois isso não lhe trará nenhuma vantagem efetiva no processo, e a parte que tem a real necessidade de produzir a prova ficará menos sujeita ao indeferimento arbitrário de seu pedido.

Haveria, assim, uma aproximação mais intensa com o procedimento do *référé-provision* já mencionado no item 3.4 deste estudo, por meio do qual se obtém a resolução da maioria das demandas na França de forma mais rápida, simplificada e eficiente.

Essas são sugestões *de lege ferenda*, porém, considerando o que se observa *de lege lata* atualmente, ainda assim parece-nos que seria viável a compatibilização da tutela da evidência com o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, ao menos nas hipóteses em que se admite a concessão da tutela sem o contraditório prévio.

Não há consenso a esse respeito na doutrina. De um lado, João Batista Lopes²⁷⁰ e Fernando Gajardoni²⁷¹ entendem que a legislação processual reservou

²⁷⁰ “Põe-se a questão da admissibilidade da estabilização da tutela da evidência. A resposta é negativa, como vimos no item 7.2. Importa insistir em que a lei reservou a estabilização exclusivamente à tutela antecipada requerida em caráter antecedente (cf. arts. 304 e 303 do CPC)” (LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: de acordo com o novo CPC. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Castro Lopes, 2016. p. 279).

²⁷¹ “(...) não foi, todavia, essa a opção política do CPC/2015. Não se aplicam às tutelas da evidência, só requeríveis incidentalmente, as disposições relativas à estabilização dos efeitos da tutela, uma vez que o CPC/2015 previu a estabilização no capítulo relativo, exclusivamente, às tutelas antecipadas

apenas à tutela antecipada de urgência a possibilidade de utilização do procedimento previsto nos arts. 303 e 304 do CPC, não sendo cabível a estabilização da tutela provisória além dessa hipótese.

De outro lado, Humberto Theodoro Jr.²⁷², Cassio Scarpinella Bueno²⁷³ e Daniel Amorim Assumpção Neves²⁷⁴ admitem a utilização de tal procedimento também para a tutela provisória da evidência, a qual, na visão desses autores, poderia ser requerida de forma antecedente (e não apenas incidental) quando se admitir a sua concessão liminar.

Considerando que a *ratio* da tutela antecipada requerida em caráter antecedente é a sumarização da cognição e do procedimento²⁷⁵, parece-nos que

antecedentes. Entendeu o legislador que, já estando o pleito principal formulado, implícito está o pedido da parte pelo prosseguimento do processo nos moldes tradicionais, com eventual instrução e prolação de sentença definitiva sobre o conflito (com coisa julgada) em cognição exauriente” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1897).

²⁷² “O Código atual institui um complexo de regras aplicáveis a todas as medidas provisórias (de urgência ou da evidência) que pode ser assim sintetizado: (a) possibilidade de obtenção das medidas provisórias em caráter antecedente ou incidental (CPC/2015, art. 294, parágrafo único) (...)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. I, p. 621).

²⁷³ “Correto entender, a partir da afirmação do parágrafo anterior, que é irrelevante para a tutela da evidência que ela tenha natureza antecipada ou cautelar, isto é, que sua finalidade seja satisfativa ou assecuratória. Também não há por que negar a viabilidade de a tutela da evidência ser requerida antecedentemente, não apenas de modo incidental, ao menos nos casos em que o parágrafo único do art. 311 admite sua concessão liminarmente. Neste caso, desde que ostente natureza antecipada, ela pode vir a se estabilizar consoante se façam presentes as exigências do art. 304” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. [Livro eletrônico]).

²⁷⁴ “Não concordo com a opinião doutrinária de que o legislador acertou porque o pedido de tutela provisória em caráter antecedente está condicionado a situações de urgência. Na realidade é plenamente justificável que um pedido de tutela de evidência se faça de forma antecedente, sem qualquer exigência de urgência, ainda mais pela possibilidade de estabilização da tutela provisória nos termos do art. 304 do Novo CPC. Admitindo-se a tutela de evidência de forma antecedente, mesmo sem o amparo de forma expressa nesse sentido, é preciso lembrar que seu cabimento estará limitado às duas hipóteses previstas no art. 311 do Novo CPC, em que é cabível a concessão dessa espécie de tutela provisória liminarmente. Nas hipóteses previstas nos incisos I e IV do art. 311 do Novo CPC, por não ser cabível a concessão de tutela da evidência de forma liminar, dependendo-se assim de ato – ativo ou omissivo – do réu, será materialmente impossível se pleitear sua concessão de forma antecedente” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 414).

²⁷⁵ Dissertando sobre o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, Heitor Sica afirma o seguinte: “O objetivo primordial da técnica é tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado-Juiz, desde que tenha havido antecipação de tutela (fundada, por óbvio, em cognição sumária) e que o réu não tenha contra ela se insurgido. Sumarizam-se, a um só tempo, a cognição e o procedimento” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”).

não há nenhum óbice para que a tutela da evidência também possa ser aceita nessa modalidade procedimental, aliás, até com mais razão do que a tutela de urgência, pois a tutela da evidência demanda alto grau de probabilidade do direito para ser concedida e não é contaminada pelo perigo de demora, que, por vezes e a depender de sua intensidade, pode turvar a análise da probabilidade do direito na hipótese de uma urgência muito acentuada.

Parece-nos que o instituto da estabilização da tutela admitido pelo CPC/2015 se adequa perfeitamente à tutela da evidência, afinal, se a parte estiver satisfeita com a tutela provisória estabilizada, não há sentido em submetê-la ao procedimento comum para, ao final, obter uma decisão materialmente transitada em julgado, que é algo que não lhe fará diferença alguma. Para ilustrar, vejamos o exemplo de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira²⁷⁶:

O motorista de taxi, por exemplo, que tinha seu veículo abalroado e que por isso se viu obrigado a propor uma ação contra o causador do dano, queria apenas obter a reparação do seu veículo e o ressarcimento dos valores que iria receber caso estivesse trabalhando. Obtidos esses proveitos, o processo passava a ser um fardo para as partes, que já tinham solucionadas as suas pendências de ordem prática, mas ainda precisavam continuar a litigar, isso em busca da segurança da coisa julgada, fenômeno que desconheciam por completo e não sabiam para o que se prestava. Afinal, na prática, o que significa a coisa julgada para um leigo, quando já recebeu tudo aquilo que lhe era devido?

Não se olvida que essa decisão estabilizada não é dotada de cognição exauriente e, portanto, ainda poderia ser impugnada posteriormente, o que se mostrava motivo de preocupação para Donaldo Armelin²⁷⁷ a respeito de eventual

In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 419).

²⁷⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Verbatim, 2015. v. I, p. 639-640.

²⁷⁷ “Assim sendo, a adoção de uma tutela jurisdicional diferenciada dessa natureza, implicaria, além de uma opção política nesse sentido, a alteração da dogmática vigente, de modo a permitir de forma clara que as decisões, ainda que definitivas, no sentido de permitirem o exame sobre o mérito da ação, emergentes de processos de procedimento propiciador de cognição meramente superficial, não transitam em julgado materialmente, de sorte a inexistir veto ao reexame judicial, em processo de cognição plena e exauriente, das questões nele decididas. Se assim não for, não se estará reconhecendo um tipo diferenciado de tutela jurisdicional no sentido supra acentuado, mas sim um diferente instrumento de sua prestação, marcado pela sumariedade, sem afetação do resultado comum ao processo de conhecimento. Tal opção, todavia, pode levar a resultados contrários ao objetivado. Assim é que, em lugar de se eliminarem conflitos através de procedimentos materialmente

eclosão de múltiplas demandas questionando a decisão estabilizada, todavia, parece-nos que, uma vez entregue a tutela jurisdicional de forma antecipada à parte que possui o direito mais provável, se a outra parte não vislumbrar um bom custo-benefício no prosseguimento da discussão, a tendência é que não haja a rediscussão da matéria.

Assim, parece-nos que não há incompatibilidade entre o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a tutela da evidência nos casos em que se admite a sua concessão liminar, todavia, não há dúvidas de que uma reforma legislativa é fundamental para conferir maior amplitude e segurança na aplicação do procedimento sob análise.

Por fim, conforme se verá mais adiante, no item 5.7, entendemos que a tutela da evidência é cabível também contra a Fazenda Pública, sobretudo porque ela não se submete às restrições do art. 1.059 do CPC. Partindo dessa premissa, questiona-se: a decisão que concede a tutela da evidência em caráter antecedente está sujeita ao reexame necessário?

Pela literalidade do art. 496²⁷⁸ do CPC, se poderia entender que não, afinal, referido artigo dispõe que a *sentença* proferida contra a Fazenda Pública estará sujeita necessariamente ao duplo grau de jurisdição ainda que não haja recurso, porém nada se falou a respeito da decisão que concede tutela provisória em caráter antecedente. Com base nessa fundamentação, Heitor Sica²⁷⁹ sustenta que a decisão estabilizada não se sujeita à remessa necessária.

sumários, geradores de provimentos não imutáveis, poder-se-á propiciar a eclosão de novos processos em que se discutam, sob a égide de uma instrução probatória plena, as matérias já apreciadas sob o signo de cognição superficial. Essa possibilidade existe e não será colacionando experiências alienígenas, que poder-se-á prever o sucesso ou inadequação de tal inovação” (ARMELIN, Donald. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, 1992).

²⁷⁸ “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (...)”

²⁷⁹ “De todos os problemas propostos, talvez seja este o de mais fácil solução. A resposta é evidentemente negativa, a começar pelo fato de que o art. 496 do novo CPC delimita o cabimento da remessa necessária para a ‘sentença (...)’. Ora, a decisão que antecipa tutela não é sentença, à luz do conceito acolhido pelo art. 203, § 1º, ao passo que a decisão que extingue o processo nos termos do art. 304, § 1º, embora se amolde ao conceito positivado de sentença, não pode ser considerada propriamente proferida ‘contra’ a Fazenda Pública – ré” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: OLIVEIRA

De outro lado, muito embora a decisão que concede a tutela provisória em caráter antecedente não seja tipicamente uma sentença, ela extingue o processo com eficácia declaratória da estabilização e com possibilidade de tornar-se imutável, o que, em tese, contraria os interesses da Fazenda Pública, sendo o caso, portanto, de ensejar a sua revisão em duplo grau de jurisdição.

A despeito das fundadas críticas ao instituto da remessa necessária em si, uma vez que o legislador optou por mantê-lo no CPC/2015, parece-nos que é o caso de entender que a decisão estabilizada está sujeita à remessa necessária. Nesse sentido, compartilhamos da opinião de Cassio Scarpinella Bueno²⁸⁰ a respeito do tema.

5.3. A tutela da evidência na sentença

Há muito tempo se discute sobre a (in)compatibilidade da atribuição do efeito suspensivo *ope legis* ao recurso de apelação em relação aos postulados do direito processual civil contemporâneo.

O efeito suspensivo automático é algo que dialoga com uma visão ultrapassada do processo civil. Sob o argumento de se garantir uma suposta segurança jurídica, impede-se a concretização de direitos já reconhecidos em sentença prolatada com cognição exauriente em detrimento do autor. Contraditoriamente, no entanto, se aceita a antecipação de tutela da evidência sem contraditório prévio, mesmo quando não há urgência.

NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 432).

²⁸⁰ “Este Curso entende que a estabilização da tutela provisória em face do Poder Público em Juízo – partindo do pressuposto de que ele não se manifestou de nenhuma forma contra a decisão – depende da realização da remessa necessária, ressalvadas as hipóteses dos §§ 3º e 4º do art. 496. (...) A razão decorre da (infeliz e reiterada) opção do legislador de atrelar a eficácia e a imunização das decisões contra ao Poder Público ao prévio reexame do Tribunal, independentemente da interposição do recurso cabível. Fosse a hipótese de recurso, aliás, não haveria nenhuma dificuldade em recusar a possibilidade da estabilização diante do § 1º do art. 304. No entanto – e aqui a nota distintiva –, remessa necessária, em todos os casos em que há concessão da tutela provisória, não pode comprometer a eficácia imediata da decisão que a veicula” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. [Livro eletrônico]).

Enfim, para superar esse empecilho, ainda na vigência do CPC/1973 e antes mesmo da reforma do código em 2002, já se admitia a concessão da tutela antecipada no momento da prolação da sentença, conforme posição defendida por William Santos Ferreira²⁸¹ à época, afinal, como explicar que o juiz pudesse antecipar a tutela em sede de cognição sumária e não pudesse fazê-lo no momento da sentença proferida com cognição exauriente²⁸²?

Essa discussão foi assentada após a edição do § 6º do art. 273 do CPC/1973 pela Lei 10.444/2002, dispondo sobre a possibilidade de concessão da tutela antecipada do pedido não controvertido, conforme Bedaque²⁸³ e Teresa Arruda Alvim²⁸⁴ à época.

Por ocasião do anteprojeto²⁸⁵ do CPC/2015, não se previu a manutenção do efeito suspensivo automático, o que, de forma equivocada em nosso sentir²⁸⁶, foi

²⁸¹ “Se o juiz concede *na sentença* a tutela antecipada, é *justamente* porque é sabedor que, se *apenas proferir sentença*, diante do estado suspensivo, não ocorrerão seus efeitos -não há tutela efetiva-, para todos os fins será a sentença *ineficaz*, e, diante do cumprimento dos requisitos do artigo 273, concede a tutela antecipada” (FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 302).

²⁸² “(...) reprisando sinteticamente, seria muito mais contraditório admitir que um juiz, em *cognição parcial*, concedesse a tutela antecipada logo no início do processo e, quando já tem uma convicção *definitiva* para o caso (*cognição plena e exauriente*), não pudesse deferi-la. Isto tudo sem falar na possibilidade de impugnação recursal, em que, em observância à devolutividade, o tribunal analisaria, *novamente*, os fatos e o direito” (FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 302).

²⁸³ “Nada impede, porém, que, concomitantemente, estejam presentes os requisitos de ambas, o que tornaria possível cumulá-las, ou seja, julgar antecipadamente o litígio e antecipar os efeitos da decisão. Com a redação do § 6º do art. 273, a ausência de impugnação especificada dos fatos (CPC, art. 302) pode autorizar a antecipação de efeitos na própria sentença” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 367).

²⁸⁴ “Afasto com veemência a objeção, por a considerar integralmente descabida, no sentido de que a antecipação da tutela não poderia ser concedida na sentença. Evidentissimamente, se pode ser concedida liminarmente, razão de espécie alguma existe para que não possa ser concedida na sentença, decisão proferida em momento em que o juiz já tem cognição plena e exauriente dos fatos da causa. (...) Portanto se se podem, liminarmente, antecipar os efeitos da tutela, ou parte deles, penso que, evidentemente, e a fortiori pode-se a esta antecipação proceder-se na própria sentença” (ARRUDA ALVIM, Teresa. Decisão antecipatória de tutela contida na sentença – recurso cabível – necessidade de que seja imediatamente eficaz – consequências no plano recursal. **Revista de Processo**, v. 138, p. 229-237, ago. 2006).

²⁸⁵ “Art. 908. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão. § 1º A eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se demonstrada probabilidade de provimento do recurso. § 2º O pedido de efeito suspensivo durante o processamento do recurso em primeiro grau será dirigido ao tribunal, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator.”

modificado posteriormente durante a tramitação do processo legislativo na Câmara dos Deputados.

Muito embora o efeito suspensivo automático tenha sido mantido na legislação processual, a tutela da evidência, na qualidade de tutela provisória, pode ser um instrumento efetivo para a retirada do efeito suspensivo *ope legis* da apelação, conforme posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno²⁸⁷ a respeito da aplicação do inciso IV do art. 311 do CPC.

Nós também já tivemos a oportunidade de tratar do assunto em artigo²⁸⁸ publicado em coautoria com William Santos Ferreira na *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ocasião em que sustentamos que a tutela da evidência pode ser uma importante ferramenta para conferir eficácia imediata à sentença de mérito:

Se encerrada a fase cognitiva em primeira instância, nada mais a se esperar em relação à instrução, portanto, o ápice temporal para balanceamento das posições das partes, diante do encerramento da fase instrutória, é a sentença, por excelência, berço natural da tutela de evidência na perspectiva de primeira instância. Por consectário lógico, nada

²⁸⁶ A esse respeito, concordamos com as críticas de Benedito Cerezzo Pereira Filho sobre a alteração imprimida pela Câmara dos Deputados: “A alteração, na Câmara dos Deputados, do dispositivo constante do Projeto oriundo do Senado que permitia a sentença produzir seus efeitos no mundo dos fatos enquanto pendente recurso de apelação, no nosso sentir, foi um retrocesso enorme. A ‘justificativa’ dos processualistas de que tal orientação fortaleceria em demasia o juiz de primeiro grau é, no mínimo, preconceituosa. Há muito tempo LUIZ GUILHERME MARINONI, estudioso que detida e meticulosamente estuda o processo civil pátrio, apregoou a necessidade de se permitir a execução imediata da sentença. É perceptível, pelos seus estudos e, principalmente, pela prática forense, que não faz sentido uma decisão proferida sob o pálio do contraditório e, pois, das garantias constitucionais, ser impedida de produzir efeitos práticos até que o tribunal local se manifeste sobre ela. O que o projeto permitia era justamente isso. Que a sentença pudesse produzir efeitos no mundo dos fatos ainda que o processo estivesse sob análise do tribunal por força de recurso de apelação. Mas, preocupado com eventuais equívocos e em atenção àqueles casos cuja natureza do direito material controvertido aconselha aguardar o pronunciamento do tribunal sobre o caso, o Projeto, remetido à Câmara dos Deputados, esmerou-se em permitir ao relator, naquelas situações de comprovada necessidade, impedir que essa sentença produza seus naturais efeitos, aguardando, então, a decisão do órgão colegiado a seu respeito” (PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a velha opção pelo efeito “suspensivo” no recurso de apelação. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 2, p. 17-36, jul.-dez. 2015).

²⁸⁷ “A previsão é perfeita para ilustrar a ‘retirada’ do efeito suspensivo da apelação pela concessão da tutela provisória fundada na evidência: a ausência de ‘prova capaz de gerar dúvida razoável’ a cargo do réu, em contraposição à ‘prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor’, é fator que enseja, a um só tempo, a concessão da tutela da evidência e o julgamento antecipado do mérito, nos precisos termos do inciso I do art. 355” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. [Livro eletrônico]).

²⁸⁸ FERREIRA, William Santos; ARMONI, Renato. A tutela da evidência na sentença com fundamento no artigo 311, IV do Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, set.-dez. 2020.

impede que a tutela da evidência seja concedida com fundamento no inciso IV do art. 311 no momento da sentença, pois, se o juiz proferiu sentença acolhendo os pedidos do autor, é sinal de que após a tramitação do processo de conhecimento formou-se a firme convicção de procedência do direito pretendido em sede de cognição exauriente, conforme Dinamarco. Não fosse assim, o resultado da sentença deveria ser a improcedência dos pedidos. Afinal, se a lei processual admite a concessão da tutela da evidência em momento anterior ao da prolação da sentença, porque não se admitir a concessão da tutela da evidência cumulativamente com a prolação da sentença de mérito, momento em que não haverá mais discussão sobre eventual “dúvida razoável” sobre os fatos constitutivos do direito do autor, mas sim a convicção judicial sobre o direito em análise? A resposta a essa questão só pode ser uma, qual seja, não há óbice para a concessão da tutela da evidência em sentença com fulcro no artigo 311, inciso IV do CPC.

Nós reiteramos esse mesmo posicionamento neste estudo, afinal, em nossa visão, uma vez concluído o procedimento e prolatada sentença de mérito de procedência dos pedidos da parte em sede de cognição exauriente²⁸⁹, por consectário lógico, o direito terá se tornado automaticamente evidente, e sujeito, portanto, de ser antecipado à parte que o solicitar por meio da tutela da evidência.

Caso contrário, se houvesse *dúvida razoável* sobre os fatos constitutivos do direito da parte ou sobre o direito a ser aplicado, certamente a sentença não poderia ser de procedência dos pedidos, mas sim de improcedência, o que reforça que o direito reconhecido no momento da sentença é naturalmente um direito evidente.

Todavia, há uma situação que desafia essa equação. Quando o autor não cumpre o seu ônus probatório, sua demanda deverá ser julgada improcedente, razão pela qual não faz sentido se falar em antecipação de tutela na sentença, porém, quando ocorre a redistribuição do ônus da prova em detrimento do réu com fundamento no art. 373, § 1º, do CPC, por exemplo, o autor poderá ter os seus pedidos acolhidos caso o réu não se desincumba de seu encargo probatório.

Nesse caso, se o julgamento ocorrer com base na regra do ônus da prova, parece-nos que o juiz deverá ter um cuidado adicional ao analisar o pedido de tutela da evidência por ocasião da prolação da sentença, pois não se estará

²⁸⁹ “A cognição é exauriente quando comporta indagações tão profundas que sejam capazes de eliminar toda possível dúvida e incutir certeza no espírito do juiz” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. III, p. 36).

necessariamente reconhecendo um direito evidente, mas, sim, encerrando-se a fase de conhecimento em razão da vedação ao *non liquet*.

De toda forma, parece-nos que essa é uma exceção à regra. No geral, se acolhidos os pedidos em sentença, é sinal de que o direito será evidente e poderá ser antecipado a pedido da parte interessada (jamais de ofício, conforme se verá adiante), de modo a mitigar a anacrônica disposição legal acerca do efeito suspensivo automático do recurso de apelação.

Vale ressaltar que essa interpretação não agride o modelo constitucional do direito processual civil, pois a parte que teve a tutela da evidência deferida contra si em sentença poderá pleitear o efeito suspensivo *ope judicis* ao recurso de apelação com fulcro no art. 1.012, § 4º²⁹⁰, do CPC, sempre que demonstrar a alta probabilidade de provimento de seu recurso, bem como o risco de dano grave ou de difícil reparação.

Isso nada mais é do que a materialização dos princípios da paridade, da isonomia, da razoável duração do processo, da eficiência e da efetividade, afinal, não é razoável que o jurisdicionado que obteve o reconhecimento de seu direito em sede de sentença de mérito com cognição exauriente não possa usufruir imediatamente da tutela jurisdicional que lhe foi concedida. À parte contrária, por outro lado, o sistema recursal estará aberto para a correção de decisões equivocadas.

Novamente reforça-se a ideia de que, ao não entregar a tutela jurisdicional ao autor, naturalmente se estará tutelando o réu, o que não se coaduna com o princípio da paridade se o autor demonstrar deter o direito mais provável ainda na fase de conhecimento, ou, mais do que isso, quando obtém sentença de mérito com cognição exauriente em seu favor.

²⁹⁰ “§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.”

Em resumo, nós defendemos o conceito de que toda sentença de mérito, quando procedente, por encerrar a fase cognitiva do processo e ser capaz de produzir coisa julgada material²⁹¹, em regra, traz consigo o reconhecimento de um direito evidente, o qual poderá ser pleiteado pela parte vencedora do processo por via da tutela provisória da evidência.

5.4. A impossibilidade de concessão da tutela de evidência de ofício

No que toca à tutela de urgência, houve muito debate na doutrina sobre a possibilidade de sua concessão de ofício pelo juiz, sobretudo durante a vigência do CPC/1973, em que o art. 273 mencionava expressamente que a tutela poderia ser antecipada *a requerimento da parte*.

A maior parte da doutrina, da qual destacamos Dinamarco²⁹² por todos, compreendia que havia uma vedação literal na lei para a concessão da tutela antecipada de ofício e também violaria o princípio dispositivo.

Outra parte da doutrina, notadamente Cassio Scarpinella Bueno²⁹³, entendia que a tutela poderia ser antecipada em circunstâncias excepcionais ainda que sem

²⁹¹ “Em se tratando de cognição exauriente, uma vez executado por inteiro o procedimento legalmente previsto, há uma presunção absoluta de que o julgador está preparado para decidir, independente do seu estado de consciência. À luz do confiabilismo, tem-se que o percurso do rito processual, revestido das garantias constitucionais e moldado para atingir a verdade na maior parte dos casos, é suficiente para dar ensejo a uma decisão acobertada pela coisa julgada material” (BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Livro eletrônico]).

²⁹² “Às antecipações de tutela não se aplica, todavia, a fundamental razão política pela qual as medidas cautelares incidentes devem ser concedidas de ofício, porque aquelas não se destinam a dar apoio a um processo e ao correto exercício da jurisdição, mas a favorecer uma das partes em suas relações com a outra ou com o bem da vida em disputa. Torna-se relevante, nesse ponto, a distinção conceitual entre medida cautelar e antecipação de tutela, segundo a qual uma é instrumental ao processo e a outra não (supra nn. 23 e 24). Enquanto se trata de impedir que o tempo e a malícia de uma das partes corroam o exercício da jurisdição e de preservar a imperatividade e eficácia das decisões judiciais, legitima-se o superamento da regra de inércia da jurisdição, prevalecendo as garantias constitucionais do devido processo legal sobre a regra ‘*nemo iudex sine actore*’; mas, quando se pensa em oferecer a uma das partes, antecipadamente, a posse ou fruição de bens ou situações jurídicas no mundo exterior, retomam força e vigor as disposições dos arts. 2º e 262 do Código de Processo Civil, para que o juiz dependa sempre da provocação do interessado. Não é dado a este o poder de conceder tutelas jurisdicionais antecipadas, quer antes da instauração do processo, quer na pendência deste – e essa norma está expressa no corpo do art. 273 do Código de Processo Civil, quando estatui que as antecipações poderão ser concedidas a requerimento da parte” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 59).

pedido expresso. Para esse grupo, a depender da relevância do direito material envolvido e na premência da tutela do direito, em caso de deficiência técnica do advogado na representação de seu constituinte em deixar de requerer expressamente a concessão da tutela, ela poderia ser antecipada de ofício em homenagem ao princípio da efetividade, porém, se não houvesse tanta urgência, seria desejável intimar a parte para aditar os seus pedidos de modo a fazer constar essa requisição claramente.

Essa corrente ganhou corpo com a superveniência do CPC/2015, no qual não foi repetida a expressão *a requerimento da parte* nos artigos que disciplinam a tutela provisória na nova lei processual. A despeito disso, essa discussão ainda é candente, pois, em uma interpretação sistemática da problemática, levando-se em consideração o princípio dispositivo somado ao art. 10 do CPC, que veda a prolação das chamadas *decisões surpresa*, a atuação oficiosa do juiz permaneceria impedida²⁹⁴.

Em relação à tutela da evidência, todavia, por não haver o perigo de dano que pudesse justificar o excepcional deferimento da tutela de urgência sem pedido da

²⁹³ “A leitura do *caput*, de resto, fala em ‘requerimento da parte’, o que enseja a célebre questão: ‘Professor, é possível ao juiz conceder a tutela antecipada de ofício?’ Pela letra da lei – é lê-la, o texto está escrito –, a resposta só pode ser negativa. À luz de uma visão constitucional do processo, parece que a resposta mais afinada ao que procurei desenvolver no item 1, no entanto, é, diferentemente, positiva. Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada menos o pedido, quicá porque o advogado é ruim ou irresponsável, não será isso que o impedirá de realizar o valor ‘efetividade’, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I). Se não houver tanta pressa assim, sempre me pareceu possível e desejável que o juiz determine a emenda da inicial, dando interpretação ampla ao art. 284. Não que um não pedido de tutela antecipada enseje a rejeição da inicial; evidentemente que não. É que é essa uma porta que o sistema dá para que a postulação jurisdicional inicial seja apta no sentido de produzir seus regulares efeitos, se o caso, *antecipadamente*” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36-37).

²⁹⁴ “Como se percebe, diferentemente da redação do CPC de 1973, não há, nos dispositivos que regulam o tema, a locução ‘a requerimento da parte’ ou qualquer outra análoga. Existe, tão somente, a menção à classificação da tutela provisória e os requisitos para a tutela de urgência. Uma primeira interpretação, portanto, poderia conduzir à conclusão de que o CPC, inovando no sistema processual, adotou a teoria ‘a’ exposta no item 4 acima, no sentido do cabimento da antecipação de tutela de ofício. Não nos parece a melhor interpretação. Isso porque o CPC tampouco afirma que é lícito ao juiz conceder de ofício a tutela antecipada de ofício. Mas não é só. A base principiológica do Código vigente igualmente impede que assim se pense. A uma, pelo princípio da cooperação. A duas, pela vedação das decisões surpresas” (CARACIOLA, Andrea Boari; DELLORE, Luiz. Antecipação de tutela *ex officio*. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 129-130).

parte nos termos do que sustenta parte da doutrina, autores como João Batista Lopes²⁹⁵ e Humberto Theodoro Jr.²⁹⁶ entendem que não se autoriza a atuação de ofício do juiz, pois, além da violação ao princípio dispositivo, a fruição da tutela da evidência daria ensejo à responsabilização objetiva da parte em caso de posterior revogação da tutela.

Em contraponto, autores como Paulo Mazini²⁹⁷, Bruno Bodart²⁹⁸ e Arthur Cesar de Souza²⁹⁹ pensam de forma diversa e vislumbram a possibilidade de atuação de ofício do magistrado para a concessão da tutela da evidência.

²⁹⁵ “Do mesmo modo que não se admite a concessão das tutelas cautelar e antecipada de ofício, também não pode o juiz conceder tutela da evidência sem requerimento do autor. (...) O autor é, portanto, juiz de sua conveniência: pode pedir ou não a providência. Se pedir, assumirá o risco de responder, na hipótese de improcedência do pedido, pelo dano causado ao réu” (LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: de acordo com o novo CPC. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Castro Lopes, 2016. p. 277).

²⁹⁶ “(...) não há previsão, no sistema de tutela provisória do CPC/2015, de possibilidade de medidas fundadas na urgência ou na evidência serem decretadas de ofício pelo juiz, de modo que a regra legal é de que sejam elas provocadas por requerimento da parte (arts. 299, 303, 305 e 311, IV)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. I, p. 621).

²⁹⁷ “Ora, se a prevenção aos atos violadores da jurisdição é um dever imposto ao juiz, conforme estabelece o art. 139, III, do Código, então a técnica da evidência serve perfeitamente como instrumento idôneo a esta finalidade, porquanto impede que uma defesa inconsistente, abusiva e protelatória, possa frustrar a prestação da jurisdição tempestiva. E, por esse ângulo, sendo um dever do juiz prevenir qualquer conduta das partes que atente contra a jurisdição, não faz sentido que ele seja compelido a agir somente mediante prévio requerimento do autor, mesmo que a sua atuação oficiosa resulte na concessão de uma tutela satisfativa. É importante frisar que não se está aqui fazendo referência à função punitiva ou sancionatória da tutela da evidência. A rigor, não parece ser essa a sua vocação. Na verdade, o que se sustenta é que, diante da participação abusiva do réu no processo, a técnica da evidência atuaria tanto para assegurar efetividade à tutela do direito material, como também para resguardar a jurisdição de uma violação à sua dignidade” (MAZINI, Paulo Guilherme. **Tutela da evidência**: perfil funcional e atuação do juiz à luz dos direitos fundamentais do processo. São Paulo: Almedina, 2020. p. 132).

²⁹⁸ “O *caput* do art. 273 do CPC/1973 dispõe que o juiz somente poderá antecipar os efeitos da tutela ‘a requerimento da parte’. O CPC/2015 não contém idêntica expressão. Poderia o juiz, pela sistemática do Código de 2015, conceder de ofício a tutela de evidência baseada no abuso do direito de defesa? A resposta é positiva. A deslealdade processual não é prejudicial apenas à parte contrária, mas atinge a própria dignidade da justiça. Exatamente por isso, o magistrado prescinde de prévio requerimento para aplicar multa pela prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição (art. 14, parágrafo único, do CPC/1973; art. 77, § 1º, do CPC/2015), bem como para aplicar sanção por litigância de má-fé (art. 18 do CPC/1973; art. 81 do CPC/2015). Dado que a modalidade de tutela de evidência ora versada é também uma sanção por comportamento desleal, a melhor interpretação conferida ao art. 311, I, do CPC/2015 é a que admite a sua prolação de ofício” (BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Livro eletrônico]).

²⁹⁹ “Ao contrário do que estabelecia o art. 273 do C.P.C. de 1973, o art. 311 do novo C.P.C. não traz expressamente consignado que a tutela de evidência somente poderá ser deferida pelo juiz mediante requerimento da parte interessada. (...) Assim, em relação à tutela provisória de evidência, não há impedimento legal para que o juiz a conceda, inclusive de ofício, desde que presentes os pressupostos indicados no art. 311 do atual C.P.C. e desde que a questão envolvida no âmbito da

Para Mazini, por considerar que o juiz tem o dever de rechaçar os atos violadores da jurisdição, uma vez constatadas condutas protelatórias da parte ao defender-se, a tutela da evidência deveria ser concedida, inclusive de ofício, para garantir a prestação tempestiva da tutela jurisdicional, sobretudo porque pressupõe-se que a parte, ao formular o pedido de tutela final ao exercer o direito de ação, deseja obtê-la o mais rapidamente possível, inclusive de forma antecipada. Para Bodart, por considerar que a tutela da evidência tem natureza notadamente punitiva, seria obrigação do juiz sancionar aquele que litiga para procrastinar a prestação jurisdicional via tutela da evidência deferida contra si. Para Souza, o fato de o art. 311 do CPC/2015 não ter mencionado a expressão *a requerimento da parte* que havia no art. 273 do CPC/1973 importa em dizer que não haveria impedimento legal para concedê-la de ofício.

De nossa parte, parece-nos que uma solução intermediária é a mais adequada, senão vejamos.

De fato, o juiz tem o dever de presidir o processo de modo a atingir a sua máxima eficiência, o que não se compatibiliza com posturas protelatórias das partes no intuito de atrasar a prestação jurisdicional em benefício próprio. Por outro lado, não há como ignorar que, em caso de revogação posterior da decisão provisória, a fruição antecipada da tutela gerará responsabilidade objetiva³⁰⁰ à parte que dela se beneficiar se isso causar perdas e danos à contraparte, tal como expõe Daniel

relação jurídica processual diga respeito a direitos fundamentais indisponíveis ou a valores jurídicos que ultrapassam os limites dos direitos e interesses subjetivos das partes" (SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017. p. 82-83).

³⁰⁰ A respeito da responsabilidade objetiva, muito embora tenha havido previsão expressa de sua incidência apenas no capítulo referente à tutela de urgência (art. 302 do CPC), Daniel Penteado de Castro expõe que tal regramento deverá valer também para a tutela da evidência, como se vê: "Seja a 'Tutela de Urgência' (Título II), seja a 'Tutela da Evidência' (Título III), não resta dúvida de que tratam de decisões provisórias, até porque estão topologicamente alocadas no seio do mesmo livro, denominado 'Da Tutela Provisória' (Livro V). Logo, tanto a responsabilidade objetiva decorrente da revogação da tutela provisória quanto eventual exigibilidade de caução e, ainda, a observância do atributo da irreversibilidade são elementos que devem ser conjugados também quando da concessão da 'Tutela da Evidência', de sorte que os dispositivos que regulam tais regramentos ficariam mais bem alocados no Livro V, Título I (Disposições Gerais das cunhadas 'tutelas provisórias' do Código de 2015)" (CASTRO, Daniel Penteado de. Responsabilidade pela fruição da tutela provisória. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 157).

Penteado de Castro³⁰¹, razão pela qual é perfeitamente compreensível que o jurisdicionado não deseje correr esse risco e prefira aguardar o pronunciamento final de mérito, o que impede o deferimento da tutela provisória sem pedido expresse.

Além disso, ainda que o juiz tenha o dever de coibir condutas protelatórias, ele poderá fazê-lo por meio dos instrumentos já previstos na legislação processual, tal como a aplicação de sanção por litigância de má-fé e/ou ato atentatório à dignidade da justiça, ressaltando ainda que, em nossa opinião, a tutela da evidência não tem perfil sancionatório, sobretudo porque há dispositivos específicos no código para apenar a parte que se comporta de modo inadequado no processo.

No mais, o fato de a expressão *a requerimento da parte* prevista na legislação processual revogada não ter sido repetida no CPC/2015 não significa que o juiz esteja autorizado a decidir de ofício, afinal, a despeito dos poderes instrutórios do juiz, ainda vigem os princípios da demanda, da isonomia e da inércia da jurisdição. Em outras palavras, não é porque a decisão de ofício não foi vedada, que isso signifique que ela foi permitida. Para se extrair esse raciocínio, seria necessário que a lei houvesse expressamente autorizado o juiz a decidir oficiosamente, pois, nessa hipótese, o legislador teria excepcionado essa situação específica da regra geral, que nos parece ser a atuação do juízo mediante provocação.

Enfim, para compatibilizar todas essas questões, tanto para a tutela de urgência quanto para a da evidência, parece-nos que o mais adequado seria que o juízo, observando o seu dever de cooperação, ao identificar situação manifesta de cabimento da tutela provisória sem requerimento da parte, intime-a para dizer se

³⁰¹ “A despeito da louvável interpretação que beira o ativismo judicial, parece-me que a tutela provisória de ofício é providência que transcende o interesse das partes e pode conduzir a maiores percalços do que a efetividade da jurisdição. A meu sentir, ninguém melhor que a própria parte para vislumbrar a necessidade de obter o bem da vida antecipadamente, de sorte que o pedido e respectivo deferimento, como visto acima, decorre de riscos assumidos por aquele que pede a medida e está disposto a ressarcir eventuais danos causados, na hipótese de sua revogação. Logo, a tutela provisória concedida de ofício pode representar medida que sequer a parte deseja e, ainda, com aptidão de causar danos à parte que arcar com o seu cumprimento, razão pela qual de bom alvitre seria o juiz (caso entenda pela pertinência da concessão de tutela provisória) ouvir e sugerir a tutela sumária para concedê-la somente mediante expresse requerimento da parte” (CASTRO, Daniel Penteado de. Responsabilidade pela fruição da tutela provisória. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 149).

deseja recebê-la antecipadamente, tal como propõe Daniel Mitidiero³⁰², porém, em caso de negativa ou inércia da parte a respeito da intimação que lhe foi endereçada, o juízo não estará autorizado a decidir de ofício sobre a tutela da evidência.

Se assim for feito, o juiz estará zelando pelo bom andamento do processo e respeitando, ao mesmo tempo, a vontade da parte, que poderá optar por assumir ou não o risco de fruir da tutela antecipadamente sob o crivo da responsabilidade objetiva em caso de posterior revogação da decisão.

5.5. A tutela da evidência no âmbito recursal

Conforme foi exposto ao longo deste estudo, a aplicação da tutela da evidência não deve ficar restrita a um momento específico da fase de conhecimento do processo. Sempre que estiverem presentes os requisitos para a sua incidência, a tutela da evidência poderá ser concedida, inclusive em âmbito recursal.

Parece-nos que o inciso IV do art. 311 do CPC é o mais adequado para sustentar a tutela da evidência na fase recursal, pois dele não se exige o abuso do direito de defesa do réu e tampouco a aplicação de jurisprudência vinculante, mas apenas a alta probabilidade do direito do autor em relação à qual o réu não seja capaz de opor dúvida razoável.

Muito embora as hipóteses do art. 311 do CPC tenham sido pensadas para serem aplicadas antes da sentença de 1º grau de jurisdição e com fundamento em um juízo de probabilidade, não há nenhuma razão para afastar a incidência da tutela da evidência quando já houve pronunciamento em sede de cognição exauriente, seja na própria sentença, seja em âmbito recursal.

³⁰² “A solução para o problema está em possibilitar ao juiz a consulta à parte que poderá se beneficiar pela antecipação de tutela. O juiz poderá consultar a parte se a mesma tem interesse na obtenção da tutela antecipada, fundado em seu dever de cooperação (art. 6º, CPC). Com isso, equilibra-se a iniciativa judicial, inspirada na promoção da igualdade entre os litigantes e à adequação da tutela jurisdicional, e o respeito à liberdade da parte, que pode não ter interesse em fruir de decisão provisória ao longo do procedimento, mormente em face do regime de responsabilidade civil inerente à tutela sumária (art. 302, CPC)” (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. [Livro eletrônico]).

Se o pedido foi acolhido em juízo de certeza, não há dúvidas de que a tutela da evidência será cabível, aliás, ainda com mais razão do que na fase de conhecimento, pois a cognição terá sido mais profunda. Todavia, se o pedido foi rejeitado em juízo de certeza, isso não será um impeditivo por si só para a concessão da tutela da evidência nas instâncias recursais. É claro que nessa última hipótese a parte teria que demonstrar a razão pela qual a decisão recorrida estaria equivocada de forma patente, bem como a evidência de seu direito, porém, em tese, não há vedação no sistema processual para que isso ocorra.

Nós não estamos tratando apenas da previsão de antecipação da tutela recursal em sede de agravo de instrumento, que é expressamente autorizada pelo inciso II do art. 1.019 do CPC, mas também de qualquer momento recursal após a prolação da sentença (ou mesmo nela própria, conforme exposto no item 3.4).

Em relação ao recurso de apelação, por exemplo, o § 4º do art. 1.012 do CPC dispõe que, quando ele não recebe efeito suspensivo *ope legis*, “a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso *ou* se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação”.

Nota-se que há o vocábulo *ou* no texto legal, o que significa que apenas a probabilidade de provimento do recurso, ainda que sem perigo de dano, é suficiente para suspender a eficácia da sentença.

Ora, essa previsão nada mais é do que uma espécie de tutela da evidência presente além da literalidade do art. 311 do CPC, não obstante não tenha sido assim nominada, tal como expõe Leonardo Carneiro da Cunha³⁰³.

³⁰³ “A tutela provisória pode ser concedida também em grau recursal. Há recursos que não desfrutam de efeito suspensivo. É possível, porém, ser concedido ao recurso efeito suspensivo pelo relator, se da sua imediata produção de efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso (CPC, art. 995, parágrafo único). Pela leitura do dispositivo, poder-se-ia concluir que o efeito suspensivo ao recurso decorreria da concessão de uma tutela de urgência, e não de uma tutela provisória de evidência. Só que a evidência também pode ser pressuposto para a concessão de efeito suspensivo a recurso. Nos termos do § 4º do art. 1.012 do CPC, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso *ou* se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação. Perceba que há, no dispositivo, a

Por outro lado, diferentemente do art. 1.019, II, que autoriza expressamente a antecipação da tutela recursal em sede de agravo de instrumento, o art. 1.012, § 4º, mencionou apenas a possibilidade de suspensão da eficácia da sentença via recurso de apelação, e o mesmo ocorre no caso do recurso especial e do recurso extraordinário, nos termos do art. 1.029, § 5º.

Será que nesses casos estaria vedada a antecipação da tutela recursal, permitindo-se apenas a atribuição de efeito suspensivo aos respectivos recursos?

Parece-nos que, a despeito dessa incongruência redacional entre os dispositivos de lei, não há como afastar a antecipação da tutela recursal, seja de urgência ou de evidência, afinal, em um olhar sistematizado sobre a matéria, seria inadmissível constranger a tutela provisória quando presentes os seus requisitos de incidência, conforme propugnam Cassio Scarpinella Bueno³⁰⁴ e Eduardo Cambi³⁰⁵.

previsão de duas hipóteses: a de uma tutela de evidência e a de uma tutela de urgência. Se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso, há aí uma tutela de evidência. Por outro lado, se o apelante demonstrar que, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação, haverá, então, uma tutela de urgência a permitir a concessão de efeito suspensivo ao recurso” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela de evidência. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: PUC-SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/191/edicao-1/tutela-de-evidencia>. Acesso em: 13 jun. 2021).

³⁰⁴ “Cabe sublinhar, a propósito, e em prol de maior sistematização da matéria, que a dicotomia decorrente do § 4º do art. 1.012 assemelha-se em tudo com a que faz o Livro V da Parte Geral do Código de Processo Civil a propósito da disciplina dada à tutela provisória e à sua dupla fundamentação, a tutela provisória de urgência (art. 300, *caput*) e a tutela provisória de evidência (art. 311). Também é irrecusável, com base no desenvolvimento apresentado no mesmo n. 7.2 do Capítulo 1, que o apelante possa buscar, com o requerimento a que faz menção o § 3º do art. 1.012, o chamado ‘efeito ativo’ a seu apelo, significando sua iniciativa o proferimento de decisão não concedida na primeira instância e a viabilidade de sua fruição imediatamente. (...) A admissibilidade da iniciativa, ademais, repousa no próprio papel que a tutela provisória desempenha no sistema processual civil, como verdadeira técnica de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional por determinação judicial, tal qual propõe o n. 4.2 do Capítulo 5 da Parte I do v. 1, e, por isso mesmo, é irrecusável recordar de todo o referencial que embasam aqueles pedidos em sede recursal, com especial destaque à do inciso IV do art. 311 e a aptidão para se admitir o cumprimento provisório da sentença sempre que a prova que embasa a sentença não se mostrar apta a infirmar o quanto decidido, a despeito das razões de apelo” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2. [Livro eletrônico]).

³⁰⁵ “Aliás, o próprio art. 1.012, § 4º, do CPC (LGL\2015\1656), quando se refere à concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação, aponta para a existência da probabilidade do direito ou a existência de fundamentação que comprove a urgência, como requisitos necessários à sua concessão. Consequentemente, verifica-se a alternância e não a cumulatividade dos pressupostos, razão pela qual se admite o cabimento da tutela de evidência quando houver unicamente a

No mesmo sentido, Daniel Penteado de Castro³⁰⁶ expõe que, sem embargo de tal omissão legislativa, o art. 932, II, do CPC autoriza ao relator apreciar pedidos de tutela provisória em todas as modalidades de recursos em espécie, o que também resolveria a questão.

Em suma, a tutela da evidência poderá incidir em âmbito recursal sem o requisito da urgência, tanto para suspender a eficácia de decisões quanto para antecipar os efeitos da tutela.

Por fim, vale também pontuar algo a respeito de direito jurisprudencial. Como se sabe, tanto no caso de recursos extraordinário e especial repetitivos, quanto no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), uma vez admitido o recurso/incidente, opera-se a suspensão de todos os processos com a mesma temática, de modo que se possa dar uma única solução a todas as demandas após a uniformização jurisprudencial sobre a matéria.

Entretanto, no caso do IRDR, mesmo após o julgamento do incidente, se houver a interposição de recurso extraordinário e/ou especial, a eles será atribuído efeito suspensivo *ope legis*, nos termos do art. 987, § 1º, do CPC. Diferentemente dos recursos extraordinário e especial repetitivos, o IRDR pode ser instaurado nos

probabilidade do direito da parte. Igualmente, interpreta-se o dispositivo concernente ao efeito suspensivo e a tutela antecipada recursal no agravo de instrumento (art. 1.019, I) e quanto à possibilidade de efeito suspensivo para os recursos especial e extraordinário (art. 1.029, § 5º), uma vez que tais regras jurídicas não mencionam nenhum requisito específico que deve estar atestado para o seu deferimento por parte do julgador, prevendo, genericamente, a sua possibilidade de concessão. Tal regra não prevê os pressupostos para que seja concedido o efeito suspensivo. Logo, não se pode concluir que o efeito suspensivo somente possa ser concedido com a reunião da probabilidade do direito requerido em sede recursal e a urgência que sobre este recai. Havendo somente a probabilidade, e sendo a defesa da parte insuficiente para levantar dúvidas e incertezas acerca da sua existência, a tutela de evidência deverá ser concedida, a fim de proteger o direito que se mostra em alta probabilidade” (CAMBI, Eduardo. Questões procedimentais da tutela da evidência. **Revista dos Tribunais**, v. 1017, p. 159-201, jul. 2020).

³⁰⁶ “Diante de tamanhas inexactidões, uma leitura literal do art. 932, II, portanto, autoriza a tutela provisória a toda modalidade de recurso em espécie, porquanto referido dispositivo trata de poder inerente a atividade jurisdicional desempenhada pelo relator que, repita-se, é designado a todo e qualquer recurso. Ainda, referida a tutela provisória como gênero, há de se autorizar a concessão de efeito ativo ou suspensivo ao recurso, seja fundada na urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), seja na evidência (*probabilidade de provimento do recurso*)” (CASTRO, Daniel Penteado de. **Tutela da evidência em grau recursal**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/274888/tutela-da-evidencia-em-grau-recursal>. Acesso em: 13 jun. 2021).

Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, razão pela qual a decisão que julgar o incidente produzirá efeitos vinculantes na área de jurisdição do respectivo tribunal, o que, em tese, justifica essa previsão de efeito suspensivo automático em caso de interposição de recurso extraordinário e/ou especial de modo que as Cortes Superiores possam dar projeção nacional à jurisprudência.

A despeito dessa previsão legal, seria possível a concessão da tutela da evidência pelo juízo que decidiu o IRDR a exemplo do que sustentamos no item 5.3 no caso da tutela da evidência deferida em sentença para suprimir o efeito suspensivo automático do recurso de apelação? Em outras palavras, desde que haja pedido, o juízo que decidiu o IRDR poder dar eficácia imediata a sua própria decisão por meio da concessão da tutela da evidência a despeito da interposição de recurso especial e/ou extraordinário com base em uma interpretação sistemática do art. 1.012, § 1º, V, do CPC?

Parece-nos que o mais adequado seria que não houve a atribuição de efeito suspensivo automático ao recurso especial ou extraordinário nesse caso, até porque tal recurso poderia ser inadmissível. Basta verificar o teor da Súmula 280³⁰⁷ do STF, por exemplo, que não admite a interposição de recurso extraordinário por ofensa a direito local. Ora, se for decidida matéria de direito local no IRDR com base em casos repetitivos oriundos de leis municipais ou estaduais, por exemplo, não fará sentido que o STJ e/ou STF se debrucem sobre a matéria.

É por isso que sustentamos, como sugestão *de lege ferenda*, que o efeito suspensivo seja concedido *ope judicis* pelo juízo *ad quem*, aliás, exatamente como sugere o art. 1.029, § 4º³⁰⁸, do CPC.

³⁰⁷ Súmula 280: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

³⁰⁸ “Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: I – a exposição do fato e do direito; II – a demonstração do cabimento do recurso interposto; III – as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida. (...) § 4º Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto.”

Essa não foi, contudo, a opção do legislador e tampouco das decisões³⁰⁹ do STJ formadas até o momento, porém, assim como defendemos na hipótese de deferimento da tutela da evidência na sentença, parece-nos que seria viável a concessão da tutela da evidência em concomitância com a decisão que julga o mérito do IRDR de modo a suprimir o efeito suspensivo *ope legis* do recurso especial e/ou extraordinário, mas que poderá ser concedido *ope judicis* se houver a perspectiva de projeção nacional da controvérsia.

³⁰⁹ “Processual civil. Recurso especial. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Recursos extraordinário e especial. Efeito suspensivo automático. Necessidade de aguardar o julgamento dos Tribunais superiores. Arts. 982, § 5º, e 987, §§ 1º e 2º, do CPC. Recurso provido. (...) 3. Por sua vez, a sistemática legal do IRDR é diversa, pois o Código de Ritos estabelece, no art. 982, § 5º, que a suspensão dos processos pendentes, no âmbito do IRDR, apenas cessa caso não seja interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente. 4. Além disso, há previsão expressa, nos §§ 1º e 2º do art. 987 do CPC, de que os recursos extraordinário e especial contra acórdão que julga o incidente em questão têm efeito suspensivo automático (*ope legis*), bem como de que a tese jurídica adotada pelo STJ ou pelo STF será aplicada, no território nacional, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. 5. Apesar de tanto o IRDR quanto os recursos repetitivos comporem o microsistema de julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC), a distinção de tratamento legal entre os dois institutos justifica-se pela recorribilidade diferenciada de ambos. De fato, enquanto, de um lado, o IRDR ainda pode ser combatido por REsp e RE, os quais, quando julgados, uniformizam a questão em todo o território nacional, os recursos repetitivos firmados nas instâncias superiores apenas podem ser objeto de embargos de declaração, quando cabíveis e de recurso extraordinário, contudo, este, sem efeito suspensivo automático. 6. Admitir o prosseguimento dos processos pendentes antes do julgamento dos recursos extraordinários interpostos contra o acórdão do IRDR poderia ensejar uma multiplicidade de atos processuais desnecessários, sobretudo recursos. Isso porque, caso se admita a continuação dos processos até então suspensos, os sujeitos inconformados com o posicionamento firmado no julgamento do IRDR terão que interpor recursos a fim de evitar a formação de coisa julgada antes do posicionamento definitivo dos tribunais superiores. 7. Ademais, com a manutenção da suspensão dos processos pendentes até o julgamento dos recursos pelos tribunais superiores, assegura-se a homogeneização das decisões judiciais sobre casos semelhantes, garantindo-se a segurança jurídica e a isonomia de tratamento dos jurisdicionados. Impede-se, assim, a existência – e eventual trânsito em julgado – de julgamentos conflitantes, com evidente quebra de isonomia, em caso de provimento do REsp ou RE interposto contra o julgamento do IRDR. 8. Em suma, interposto REsp ou RE contra o acórdão que julgou o IRDR, a suspensão dos processos só cessará com o julgamento dos referidos recursos, não sendo necessário, entretanto, aguardar o trânsito em julgado. O raciocínio, no ponto, é idêntico ao aplicado pela jurisprudência do STF e do STJ ao RE com repercussão geral e aos recursos repetitivos, pois o julgamento do REsp ou RE contra acórdão de IRDR é impugnável apenas por embargos de declaração, os quais, como visto, não impedem a imediata aplicação da tese firmada. 9. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem a fim de que se aguarde o julgamento dos recursos extraordinários interpostos (não o trânsito em julgado, mas apenas o julgamento do REsp e/ou RE) contra o acórdão proferido no IRDR n. 0329745-15.2015.8.24.0023” (STJ, REsp 1.869.867/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, v.u., j. 20.04.2021).

5.6. Tutela de evidência na ação rescisória, reclamação e arbitragem

Conforme exposto ao longo deste estudo, não há limites para a aplicação da tutela da evidência. Seja no procedimento comum, nos procedimentos especiais e/ou na fase recursal, sempre que surgirem as condições para a sua concessão, e desde que haja pedido, ela poderá ser deferida.

Da mesma forma, tampouco se poderia afastar a aplicação da tutela da evidência em outros meios de impugnação, tais como na ação rescisória e na reclamação.

Em relação à ação rescisória, é certo que a sua mera propositura não é suficiente para suspender a decisão rescindenda, conforme determina expressamente o art. 969 do CPC, todavia, tampouco há óbice para a concessão da tutela de urgência e/ou evidência.

Nos termos já tratados anteriormente neste trabalho, decisões proferidas em sede de cognição exauriente e transitadas em julgado não são sinônimo de segurança jurídica irrestrita.

Um exemplo disso consta nos §§ 12 e 15 do art. 525 do CPC, que autorizam o ingresso de ação rescisória contra título executivo judicial transitado em julgado e fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Sem adentrar na discussão sobre a constitucionalidade desses dispositivos legais, ao menos em tese, parece-nos que essa seria uma hipótese cabível de tutela da evidência em ação rescisória fundada no art. 311, II, do CPC, tendo em vista que a decisão do Supremo Tribunal Federal produz efeitos *erga omnes* nessas circunstâncias e poderá ser utilizada como jurisprudência vinculante para embasar pedido de tutela da evidência.

Opinando pela viabilidade da concessão da tutela da evidência em sede de ação rescisória, destacamos Eduardo Arruda Alvim³¹⁰ e Kátia Aparecida Mangone³¹¹.

Em relação à reclamação, ela também é terreno fértil para a aplicação da tutela da evidência, sobretudo com base no inciso II do art. 311 do CPC, pois uma das funções da reclamação é justamente ser um instrumento à disposição do jurisdicionado para pleitear a aplicação de jurisprudência vinculante, o que se coaduna perfeitamente com o art. 311, II, do CPC.

Por fim, em relação à arbitragem, embora não haja dúvidas sobre o cabimento da tutela de urgência antes de sua instituição, o mesmo não se pode dizer para a tutela da evidência, afinal, não haveria nenhuma situação de perigo de dano a debelar antes da instauração do tribunal arbitral.

Conforme bem observou Eduardo Arruda Alvim³¹², a tutela da evidência poderia ser aplicável somente se as partes assim convencionassem expressamente

³¹⁰ “Para nós, assim como já defendíamos à luz do CPC/73, a redação do art. 969 do CPC/2015 tem cunho meramente expletivo. Se é correto afirmar que a Constituição Federal garante proteção contra ameaça de direito, e se, no caso concreto, chegar-se à conclusão de que há maior probabilidade de sucesso da ação rescisória, do que de fracasso, somando-se a isso a ‘urgência’, a tutela provisória de urgência é perfeitamente cabível, ou mesmo a tutela de evidência, nas hipóteses do art. 311 do CPC/2015” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 437).

³¹¹ “Salvo a concessão de tutela provisória, a ação rescisória não impede o cumprimento definitivo da decisão rescindenda. O art. 969 conserva, em substância, a regra do art. 489 do CPC de 1973. Conforme Rodrigo Barioni, atualmente, admite-se tranquilamente a concessão de tutela provisória antecipada na ação rescisória, seja de urgência ou de evidência, desde que preenchidos os requisitos legais, objetivando-se retirar a eficácia da decisão rescindenda” (MANGONE, Kátia Aparecida. A tutela provisória em ação rescisória. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 281-282).

³¹² “Com relação à tutela da evidência, o tema é mais delicado. A Lei n. 13.129/2015, que introduziu o Capítulo IV-A à Lei de Arbitragem, e que é posterior ao próprio CPC/2015 (Lei n. 13.105/2015), silenciou a respeito do cabimento de tutela da evidência no procedimento arbitral, de modo que o sistema extravagante da Lei n. 9.307/96 continua sem prever essa possibilidade. Não teria mesmo sentido, segundo pensamos, imaginar que, diante de cláusula compromissória, quando ainda não instituído o juízo arbitral, pudesse o Judiciário intervir se não há uma situação de urgência. Mesmo depois de instaurada a arbitragem, temos para nós que a resposta, em princípio, deve ser negativa. Isto porque não há aplicação automática das tutelas provisórias desprovidas de urgência no procedimento arbitral. Com efeito, não há a aplicação subsidiária automática do CPC/2015 à arbitragem. Tanto na cláusula compromissória como no compromisso arbitral, faz-se necessário que as partes especifiquem a opção pela aplicação do regramento previsto no CPC/2015, compreendida nele a tutela da evidência, ou, então, que apenas os artigos a ela pertinentes sejam aplicáveis (CPC/2015, arts. 294 a 299 e 311)” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 453-454).

ou se concordassem com a aplicação supletiva do Código de Processo Civil no compromisso arbitral, todavia, se não houver convenção nesse sentido, a tutela da evidência não será cabível, devendo prevalecer o procedimento da arbitragem.

Enfim, não se pretende esgotar o assunto neste item. O que se pretende é reiterar a ideia de que a tutela da evidência tem espaço de aplicação em todo o sistema processual, com algumas poucas exceções, tal como no procedimento arbitral.

5.7. Tutela da evidência e a Fazenda Pública

A história da tutela provisória, seja antecipada ou cautelar, sempre foi marcada por restrições em sua plena aplicação contra a Fazenda Pública. Isso infelizmente se confirmou no CPC/2015 com a edição do art. 1.059, o qual reafirmou a aplicação dos arts. 1º a 4º da Lei 8.437/1992 (que dispõe sobre restrições à concessão de medidas cautelares contra a Fazenda Pública) e também do art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009 (que dispõe sobre a vedação da concessão de medida liminar em mandado de segurança que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza).

Não iremos adentrar na discussão sobre a constitucionalidade de tais restrições à aplicação da tutela provisória contra a Fazenda Pública, muito embora seja relevante pontuar que, no julgamento da ADI 4.296, o Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional o art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009 por compreender que tal dispositivo conferia à Fazenda Pública tratamento não isonômico e incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Esse julgamento revela que, a despeito do histórico protetivo da Fazenda Pública ao litigar em juízo, o entendimento da Suprema Corte, ao menos por ora, inclina-se no sentido de reduzir o desequilíbrio de forças no processo entre a Fazenda Pública e os demais litigantes, bem como contribuir com a efetividade da tutela jurisdicional.

Essa decisão é um importante avanço, afinal, ainda que o STF venha decidindo que as legislações restritivas da aplicação da tutela provisória contra a Fazenda Pública não impeçam a concessão da tutela provisória em caso de lesão ou ameaça a direito³¹³, conforme julgamentos da ADI 223³¹⁴ e da ADC 4³¹⁵, os dispositivos de lei regulamentadores de tais restrições sempre foram considerados constitucionais pela Suprema Corte, muito embora não possam ser interpretados de forma lata como uma vedação geral para a concessão da tutela provisória, mas apenas constringidas as respectivas hipóteses tratadas em tais legislações.

Compreender esse contexto é importante para que se possa responder à seguinte pergunta: a vedação do art. 1.059 do CPC se aplica também à tutela da evidência ou apenas à tutela de urgência?

Parece-nos que referido artigo não se aplica à tutela da evidência. A despeito de a redação do art. 1.059 conter a expressão *tutela provisória*, gênero no qual se insere a tutela da evidência, não se mostra adequada uma interpretação literal do dispositivo de lei, mas, sim, sistemática.

E isso porque as Leis 8.437/1992 e 12.016/2009, a que se remete o art. 1.059 do CPC, disciplinam a tutela cautelar contra a Fazenda Pública e o mandado de segurança, respectivamente, sendo que em ambas as hipóteses se exige o requisito

³¹³ A esse respeito, vale mencionar a lição de Nelson Nery Junior: “Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando ou, ainda que haja lei proibindo a tutela urgente” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 187).

³¹⁴ Destaco a seguir um trecho do Voto do Ministro Moreira Alves no julgamento da ADI 223: “o proibir-se, em certos casos, por interesse público, a antecipação provisória da satisfação do direito material lesado ou ameaçado não exclui, evidentemente, da apreciação do poder judiciário, a lesão ou ameaça ao direito, pois ela se obtém normalmente na satisfação definitiva que é proporcionada pela ação principal, que, esta sim, não pode ser vedada para privar-se o lesado ou ameaçado de socorrer-se do poder judiciário”.

³¹⁵ Destaco a seguir um trecho da Ementa do acórdão promulgado no julgamento da ADC 4: “Importância do controle jurisdicional da razoabilidade das leis restritivas do Poder Cautelar deferido aos juízes e tribunais – inocorrência de qualquer ofensa, por parte da Lei nº 9.494/97 (artigo 1º), aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade – legitimidade das restrições estabelecidas em referida norma legal e justificadas por razões de interesse público – ausência de vulneração à plenitude da jurisdição e à cláusula de proteção judicial efetiva – garantia de pleno acesso à jurisdição do Estado não comprometida pela cláusula restritiva inscrita no preceito legal disciplinador da tutela antecipatória em processos contra a Fazenda Pública”.

da *urgência*. Uma vez que a tutela da evidência prescinde de urgência para ser concedida, o art. 1.059 não se aplica a ela. Esse entendimento é encampado pelo Enunciado 35³¹⁶ do FPPC, bem como pela doutrina de Cassio Scarpinella Bueno³¹⁷ e Leonardo Carneiro da Cunha³¹⁸, este último com a ressalva de que, se a tutela da evidência for concedida com fundamento no art. 311, IV, do CPC para condenação da Fazenda Pública em dinheiro, será aplicada a vedação ao pagamento ou expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor antes do trânsito em julgado da decisão, afinal, ainda vige o art. 2º-B³¹⁹ da Lei 9.494/1997.

De todo modo, diante da recente decisão do STF na ADI 4.296, é possível que esteja se abrindo um novo caminho para se admitir mais hipóteses de concessão de tutela provisória de natureza diferenciada, de urgência ou evidência, contra a Fazenda Pública.

Enfim, sobretudo em razão do grande potencial de aplicação da tutela da evidência para demandas tributárias nas quais a Fazenda Pública necessariamente

³¹⁶ Enunciado 35 do FPPC: “As vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência”.

³¹⁷ “Diante disso, questão que se mostra pertinente é saber se o art. 1.059 do CPC de 2015 alcança as novéis hipóteses de tutela provisória quando fundamentadas em evidência. Dadas as especificidades das remissões legislativas feitas por aquele dispositivo codificado, não há como querer alcançar as hipóteses em que a tutela provisória é concedida com fundamento na evidência. É que todos os casos vedados ou limitados pela Lei n. 8.437/92 e pela Lei n. 12.016/2009 pressupõem urgência, que era, à época de sua edição, o único critério autorizador de tutelas cautelares em face do Poder Público e de liminares em mandado de segurança. De outra parte, a evidência autorizadora das medidas previstas nos incisos do art. 311 é reveladora, por si só, da pouca probabilidade de reversão da medida e, conseqüentemente, o afastamento dos costumeiros receios quanto a eventual irreversibilidade da medida” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. [Livro eletrônico]).

³¹⁸ “Significa que as vedações legais à tutela antecipada contra a Fazenda Pública aplicam-se no caso do inciso IV do art. 311 do CPC. É preciso conciliar o art. 1.059 com o art. 311, IV, ambos do CPC. O juiz, na hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC, pode conceder a tutela de evidência para afastar o efeito suspensivo da apelação numa ação contra a Fazenda Pública, desde que isso não implique pagamento ou expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor. Sempre que houver julgamento antecipado do mérito por suficiência da prova documental, será possível a tutela provisória contra a Fazenda Pública, desde que a hipótese não se enquadre numa das vedações legais. Nos casos em que está vedada a tutela provisória, não é possível a tutela de evidência fundada no inciso IV do art. 311 do CPC contra a Fazenda Pública. (...) Enfim, cabe a tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública, ressalvados os casos de vedação legal quanto à hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 315).

³¹⁹ “Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.”

é parte, conforme abordado no item 4.3 deste estudo, é importante que fique claro que, em nossa opinião, o alcance do art. 1.059 do CPC não atinge a tutela da evidência.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, apesar da incipiência da aplicação ampla e sistemática da tutela da evidência, nós não esmoreceremos em nosso entusiasmo por ela, pois entendemos que o seu potencial de tornar o processo mais paritário, célere e eficiente é enorme.

Para tanto, assim como foi dito anteriormente, é preciso que a comunidade jurídica realmente se esforce em sua aplicação, fazendo valer o texto da lei na prática, aceitando-se definitivamente que os efeitos da tutela jurisdicional podem ser entregues de forma antecipada em sede de tutela com cognição sumária e sem a presença da urgência, compreendendo-se o transcurso do tempo não como algo neutro e indiferente, mas, sim, como um fator que efetivamente influencia o comportamento das partes, tanto para estimular a procrastinação quanto para promover condutas mais cooperativas.

Declinamos a seguir, portanto, a síntese das conclusões deste estudo, as quais, humildemente, esperamos que possam contribuir com o desenvolvimento teórico da matéria:

1. O inciso I do art. 311 do CPC contém a regra geral da tutela da evidência, qual seja, sempre que for demonstrada a alta probabilidade do direito de uma parte e a defesa inconsistente da outra parte, independentemente do momento do processo, inclusive em âmbito recursal, a tutela da evidência poderá ser concedida.

2. O inciso II do art. 311 do CPC contém previsão legal inovadora e interessante, pois, uma vez apresentada a prova pré-constituída que torne os fatos alegados pela parte verossímeis, o postulante à tutela provisória poderá se valer do caráter vinculante da jurisprudência para encurtar o caminho da discussão de direito.

3. Além dos recursos repetitivos e das súmulas vinculantes, todos os tipos de precedentes previstos nos incisos do art. 927 do CPC, bem como as súmulas não vinculantes, podem sustentar a concessão da tutela da evidência com fundamento

no art. 311, II, do CPC, que deve se guiar pela *ratio decidendi* de referidos precedentes e súmulas.

4. O inciso III destoa dos demais incisos do art. 311 do CPC, pois prevê hipótese específica de tutela da evidência (pedido reipersecutório fundado em prova documental do contrato de depósito) e não se funda em conceitos vagos e indeterminados, tal como ocorre nos incisos I, II e IV, o que denota uma falta de sistematização adequada da matéria, pois, do ponto de vista de técnica legislativa, não faz sentido equiparar cláusulas gerais com hipóteses específicas. No mais, sobre o conteúdo material do dispositivo legal, não se nega a sua utilidade prática para os titulares de direitos oriundos de contratos de depósito, porém não há motivo para tratá-los de forma distinta em relação a outros titulares de direitos reipersecutórios.

5. O inciso IV do art. 311 do CPC é aplicável se não for o caso de julgamento antecipado do mérito e o réu alegar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor que não possam ser comprovados de plano ao contestar por meio de prova documentada pré-constituída, mas que possam ser eventualmente comprovados durante a instrução processual.

6. Uma outra utilidade na aplicação do inciso IV do art. 311 é a supressão do efeito suspensivo automático do recurso de apelação via concessão da tutela provisória da evidência no bojo da sentença de mérito. Aliás, em nossa visão, uma vez concluído o procedimento e prolatada sentença de mérito de procedência dos pedidos da parte em sede de cognição exauriente, por imperativo lógico, o direito terá se tornado automaticamente evidente, e sujeito, portanto, de ser antecipado à parte que o solicitar por meio da tutela da evidência no corpo da sentença.

7. O diferimento do contraditório sem a presença de urgência é inconstitucional, pois não há lesão ou ameaça a direito a ser debelada. A caracterização do direito do autor como evidente passa necessariamente pela análise da resposta do réu, tendo em vista que a regra geral da tutela da evidência exige não somente a alta probabilidade do direito de uma parte, mas também a apresentação de defesa não séria pela outra parte. Por outro lado, quando a parte

não se portar de forma cooperativa para superar os entraves de tramitação do processo, tal como por meio de tentativas de ocultação/frustração da citação, independentemente de a hipótese se encaixar tipicamente nos incisos II e III do art. 311 do CPC, desde que haja probabilidade do direito, parece-nos a tutela da evidência poderá ser concedida mesmo sem contraditório prévio.

8. A tutela da evidência não possui perfil sancionatório; sua função primordial é a de redistribuir o ônus do tempo do processo em favor de quem demonstrou o direito mais provável.

9. A exemplo do que ocorre na França e em Portugal, que adotam procedimentos sumários de antecipação de tutela sem o requisito da urgência, o Brasil também pode fazê-lo via tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o qual comporta pedidos de tutela da evidência, sobretudo no caso do art. 311, II e III, do CPC. Para as demais hipóteses que não comportam deferimento sem contraditório prévio, seria necessária uma alteração legislativa no procedimento da tutela cautelar em caráter antecedente autorizando que o aditamento da petição inicial mencionado no art. 303, § 1º, I, do CPC pudesse se dar após a citação do réu.

10. O art. 311 admite aplicação ampla no ordenamento jurídico. As hipóteses elencadas em lei são exemplificativas e não taxativas. Aliás, mesmo antes da edição do CPC/2015, a tutela da evidência já se manifestava no CPC/1973 (art. 273, II) e também na legislação extravagante (despejo, posse e monitória, por exemplo).

11. A tutela da evidência não comporta concessão de ofício pelo juiz, muito embora nos pareça razoável que, ao identificar situação manifesta de cabimento da tutela provisória sem requerimento da parte, o juiz intime-a para dizer se deseja recebê-la antecipadamente sob o risco de responder objetivamente pelos danos que vier a causar à parte contrária na hipótese de revogação posterior da decisão em sentença de mérito.

12. A tutela da evidência é cabível na ação rescisória e na reclamação, porém não se aplica no procedimento arbitral, salvo se as partes assim

convencionarem ou concordarem com a aplicação supletiva do Código de Processo Civil.

13. A tutela da evidência se aplica contra a Fazenda Pública e não é atingida pelas limitações do art. 1.059 do CPC.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo. **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale**. Milano: Giuffrè, 1983.

ANDOLINA, Italo. Il tempo e Il processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 176, p. 259-274, out. 2009.

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (orgs.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada, v. 4)

ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza**. 2. ed. Padova: Cedam, 1985.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, 1992.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Ação rescisória. **Temas essenciais do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: ARMELIN, Donaldo (coord.). **Tutela de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). **CPC em foco** – temas essenciais e sua receptividade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Decisão antecipatória de tutela contida na sentença – recurso cabível – necessidade de que seja imediatamente eficaz – consequências no plano recursal. **Revista de Processo**, v. 138, p. 229-237, ago. 2006.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. Considerações sobre o inciso II do art. 311 do CPC/2015: perspectivas probatória e do uso dos precedentes. **Revista de Processo**, v. 282, p. 201-227, ago. 2018.

ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da Lei Processual Civil. In: FUX, Luiz et al. (coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ASSIS, Araken de. Execução da tutela antecipada. **ABDPC**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo5.htm>. Acesso em: 17 abr. 2021.

ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência, tutela inibitória antecipada. Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARBOSA, Ana Raquel Magalhães. **A inversão do contencioso no Código de Processo Civil português**. Dissertação (Mestrado em Solicitoria) – Escola Superior de Tecnologia e Gestão Politécnico do Porto, 2019.

BARIONI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM, Teresa. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. **Revista de Processo**, v. 296, p. 183-204, out. 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, v. 126, p. 137-142, maio 2015.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (Livro eletrônico)

BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). **Revista de Processo**, v. 273, p. 191-253, nov. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. (Livro eletrônico)

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2. (Livro eletrônico)

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 3. (Livro eletrônico)

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

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL, Antônio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, n. 2, maio-ago. 2021.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2020.

CAMBI, Eduardo. Questões procedimentais da tutela da evidência. **Revista dos Tribunais**, v. 1017, p. 159-201, jul. 2020.

CAPONI, Remo. **Piero Calamandrei e la tutela cautelare**. Disponível em: http://www.academia.edu/2225254/Caponi_2012_Piero_Calamandrei_e_la_tutela_cautelare. Acesso em: 2 maio 2021.

CAPONI, Remo. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição. **REDP**, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul.-dez. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARACIOLA, Andrea Boari; DELLORE, Luiz. Antecipação de tutela *ex officio*? In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARDIM, Gonçalo Nuno Azevedo e Castro de Almeida. **A inversão do contencioso. Em especial, a distribuição do ónus da prova na sequência da inversão do contencioso**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – FDUCP, Lisboa, 2018.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. atual. em conformidade com as Leis nº 10.352, de 26.12.2001, nº 10.358, de 27.12.2001 e nº 10.444, de 07.05.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CARVALHO, João Victor Carloni de. **Tutela da evidência no ordenamento processual civil brasileiro**. Mizuno, 2020.

CASTRO, Daniel Penteado de. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas**. 2014. 302p. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CASTRO, Daniel Penteado de. Responsabilidade pela fruição da tutela provisória. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CASTRO, Daniel Penteado de. **Tutela da evidência em grau recursal**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/274888/tutela-da-evidencia-em-grau-recursal>. Acesso em: 13 jun. 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940. v. I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas preventivas – Medidas preparatórias – Medidas de conservação**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Manual elementar de direito processual civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COUTURE, Eduardo J. **Proyecto de código de procedimiento civil (con exposición de motivos)**. Montevideo: Imprensa Uruguaya, 1945.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. A tutela de evidência no novo CPC e o processo tributário: comentários sobre instituto previsto no art. 311 do Código de Processo Civil e seus reflexos no processo tributário. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 133, p. 195-217, mar.-abr. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela de evidência. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: PUC-SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/191/edicao-1/tutela-de-evidencia>. Acesso em: 13 jun. 2021.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias,**

decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. III.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Polêmicas do processo civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Doutrinas essenciais de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.

DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. (Livro eletrônico)

DUARTE, Zulmar. Verdade sobre a prova. **Direito probatório**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

ENGLEBERT, Jacques. **Le référé judiciaire**: principes et questions de procédure. Bruxelles: éd. CJB, 2003.

FERREIRA, William Santos. As garantias constitucionais do jurisdicionado e a competência nas tutelas de urgência – um enfrentamento positivo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, William Santos. O equivocado tratamento discriminatório da antecipação da tutela recursal em relação ao efeito suspensivo – perspectiva dinâmica do devido processo legal e a razoável duração do processo. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo (coords.). **Recursos e a razoável duração do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERREIRA, William Santos. Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 188, 2010.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA, William Santos; ARMONI, Renato. A tutela da evidência na sentença com fundamento no artigo 311, IV do Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, set.-dez. 2020.

FERREIRA, William Santos; HOLZMEISTER, Verônica Estrella. Tempo, ideologia e graus de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade. **Revista de Processo**, v. 296, p. 151-180, out. 2019.

FINZI, Enrico. Questione controversa in tema di esecuzione provisoria. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, n. II, 1926.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ano 2, n. 16, 2000.

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

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 254, p. 195-223, abr. 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A ressurreição da ação de depósito no novo CPC**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-ressurreicao-da-acao-de-deposito-02032015>. Acesso em: 14 fev. 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015 – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016. v. 2.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigoza. Breve análise empírica da tutela da evidência (art. 311 do Código de Processo Civil) no âmbito do TJSP. **REDP**, Rio de Janeiro, ano 13, v. 20, n. 1, jan.-abr. 2019.

GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro: UERJ, ano 8, v. 14, jul.-dez. 2014.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, v. 121, p. 11-37, mar. 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1995.

JOBIM, Marco Félix; MACHADO, Milton Terra. A tutela provisória do art. 311, II, do CPC e a evidência por norma legal não controversa. **Revista de Processo**, v. 306, p. 205-222, ago. 2020.

JOMMI, Alessandro. **Il référé provision**: ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia. Torino: G. Giappichelli, 2005.

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Ed. Atlas, 2018.

LEONEL, Ricardo de Barros. Direito Processual Civil Francês. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Souza de. **Tratado prático compendiário de todas as ações sumárias**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1859.

LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. **Tutela antecipada sancionadora**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: de acordo com o novo CPC. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Castro Lopes, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. VI.

MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. **Revista de Processo**, v. 242, p. 523-552, abr. 2015.

MANGONE, Kátia Aparecida. A tutela provisória em ação rescisória. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Ed. Atlas, 2017. (Livro eletrônico)

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória em ação de resolução de contrato. **RePro**, v. 1, p. 257-269, out. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: soluções processuais diante do tempo da Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. (Livro eletrônico)

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZINI, Paulo Guilherme. **Tutela da evidência**: perfil funcional e atuação do juiz à luz dos direitos fundamentais do processo. São Paulo: Almedina, 2020.

MAZINI, Paulo Guilherme. **Tutelas sumárias satisfativas sem o requisito urgência – análise à luz do Código de Processo Civil**. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, v. 10, p. 15-30, jul.-dez. 2019.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Embargos de terceiro**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/181/edicao-1/embargo-de-terceiro>. Acesso em: 4 jul. 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (Livro eletrônico)

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na Reforma do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, n. 81, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **RePro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 77, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. **Temas de direito processual**: oitava série. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. **Novo Código de Processo Civil**. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **O poder geral de coerção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (Livro eletrônico)

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Verbatim, 2015. v. I.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010. v. 1.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Direito Processual Civil Italiano. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, v. 203, p. 99-118, jan. 2012.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a velha opção pelo efeito “suspensivo” no recurso de apelação. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 2, p. 17-36, jul.-dez. 2015.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, v. 91, p. 203-212, jul.-set. 1998.

PROTO PISANI, Andrea. Verso la residualità del processo a cognizione piena? **Revista de Processo**, v. 131, p. 239-249, jan. 2006.

RAMOS, Rodrigo. **A tutela provisória de evidência no novo Código de Processo Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

REIS, André Wagner Melgaço. **Standard de prova além da dúvida razoável**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-14/andre-melgaco-reis-standard-prova-alem-duvida-razoavel>. Acesso em: 28 jul. 2020.

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

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência do CPC/1973 ao CPC/2015**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RICCI, Edoardo Flavio. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba: Genesis, set.-dez. 1997.

RODRIGUES, Marco Antônio. **Manual dos recursos**: ação rescisória e reclamação. São Paulo: Ed. Atlas, 2017.

SCARPARO, Eduardo. **A supressão do processo cautelar como *tedium genus* no Código de Processo Civil de 2015**: estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCARSELLI, Giuliano. **La condanna con riserva**. Milano: Giuffrè, 1989.

SHIMURA, Sergio Seiji. **Arresto cautelar**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**: processo cautelar (tutela de urgência). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. v. III.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. Teoria da ação cautelar. **Revista de Processo**, v. 59, p. 187-200, jul.-set. 1990.

SIQUEIRA, Gustavo. “Justiça rápida e barata para todo o Brasil”, um “código para acabar com as chicanas do direito”: o Código de Processo Civil de 1939 e alguns discursos sobre o judiciário. **REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 2, maio-ago. 2017.

SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

SOUZA, Miguel Teixeira de. **As providências cautelares e a inversão do contencioso**. Disponível em: https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/pcn_ma_25215.pdf. Acesso em: 16 jan. 2021.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 209, p. 13-34, jul. 2012.

TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**, v. 125, p. 61-78, jul. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 157, p. 129-146, mar. 2008.

TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza**: struttura e limiti della tutela anticipatoria. Padova: Cedam, 1983.

TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Diretrizes do novo processo civil italiano. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, 1993.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. **Código de Processo Civil anotado**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. **Da ação e do processo civil na teoria e na prática**. São Paulo: Saraiva, 1978.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **REDP**, ano 11, v. 18, n. 3, set.-dez. 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre tutela da evidência. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS

NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.