

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

Natália Bertol

A TUTELA DA EVIDÊNCIA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO:
A Tutela Antecipada Fundada na evidência.

Porto Alegre
2017

Natália Bertol

A TUTELA DA EVIDÊNCIA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO:
A Tutela Antecipada Fundada na evidência.

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

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Scarparo

Porto Alegre
2017

Dedico este trabalho ao meu pai-avô Ivo, com **todo o meu amor**, e, na humilde intenção de orgulhá-lo, haja vista que ele é até hoje a pessoa de quem mais me orgulhei.

RESUMO

O presente artigo científico trará uma análise geral do instituto da tutela da evidência, que está prevista no artigo 311 do Novo Código de Processo Civil, a fim de delimitar qual a forma que este instituto poderá colaborar para o célere e efetivo acesso à justiça. Para que haja melhor compreensão da tutela da evidência, se estudará, também, a tutela definitiva; os tipos de tutela antecipada; a diferenciação entre antecipação dos efeitos da tutela e da tutela cautelar; a teoria dos modelos de constatação, para fins de prova do direito pleiteado; e os parâmetros utilizados para a concessão da tutela de urgência e da tutela da evidência e suas diferenciações no que diz respeito ao critério da (in)certeza.

Palavras-chave: Tutela. Antecipação. Evidência. Direito evidente. Não urgência. Cognição sumária.

ABSTRACT

This thesis aims at a general analysis of the institute of the evidence right, which can be found in the article 311 of the New Brazilian Civil Procedure Code, so that it will be possible to delimit in which way this institute will be able to help to make justice works in a faster and effective way, as well as...

In order to make it all easier to be understood, also are going to be studied the permanent custody; the early protection; the different things about early protection and the guardianship custody; the verification model theory; and the parameters used to decide about the concession or not of the evident pleaded right or the urgent pleaded right; all concerned about the criterion of the (un)certainty.

Key-Words: Provisional protection. Evidence. Evident right. Not urgency. Summary Cognition.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
I – PARTE GERAL	8
2 TUTELA PROVISÓRIA	8
2.1 As tutelas definitiva e provisória e suas principais diferenças	8
2.2 Os tipos de tutela provisória e suas diferenciações essenciais	10
2.2.1 A tutela provisória de urgência	10
2.2.2 A tutela provisória de evidência	12
2.2.3 Antecipação de tutela e tutela cautelar	18
3 CRITÉRIOS DE EXAME DE PROVA E DE PROBABILIDADE – A TEORIA DOS MODELOS DE CONSTATAÇÃO	21
3.1 A Teoria dos Modelos de Constatação: Prova Direta e Indireta	22
II – PARTE ESPECÍFICA	24
4 OS PARÂMETROS UTILIZADOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA	24
5 CONCLUSÃO	27
6 REFERÊNCIAS	30

1 INTRODUÇÃO

A morosidade na prestação jurisdicional é um problema que tem movido inclusive o legislador. No intuito de resolver tal óbice é que foi introduzido de maneira mais consubstanciada, o instituto da tutela de evidência, no Novo Código de Processo Civil, haja vista que é dever do Estado conceder o bem da vida, porém o fator “tempo” muitas vezes impede que isso ocorra em tempo hábil.

No presente artigo, será abordado o tema da tutela de urgência e da tutela definitiva, bem como suas principais diferenças e semelhanças: quanto à cognição, quanto ao rito, quanto à questão da não imutabilidade e não possibilidade de fazer coisa julgada em função dos critérios exigidos, que levam à incerteza em que foi fundado o conhecimento do juiz.

O instituto da antecipação de tutela é gênero do qual a tutela da evidência e a tutela da urgência são espécies. O tema da tutela de urgência será esmiuçado, bem como o da tutela de evidência, ambos de forma mais aprofundada, sob a ótica de vários autores, com exemplos práticos que facilitarão o leitor a se situar no assunto e se apropriar de seu domínio.

Também, irá se diferenciar a tutela de urgência da tutela cautelar, que em que pese alguns doutrinadores ainda a confundam ou mesmo as considerem equivalentes, tratam-se de institutos diferentes, com objetivos diferentes.

Será estudado o instituto da Teoria dos Modelos de Constatação, que diz respeito aos tipos e formas de provas e suas diferenças e semelhanças; dos seus objetivos e de que maneira o juiz pode formar o seu convencimento, dentre outras peculiaridades a respeito da prova; que é diretamente ligada ao tema do presente artigo.

Na parte específica do trabalho, serão cotejados os parâmetros e critérios utilizados para a concessão da tutela antecipada de urgência e de evidência, tudo direcionado para o critério da (in)certeza.

Ao final, será feita uma constatação sobre a existência ou não de diferenças nos critérios dos arts. 300 e 311 para concessão de suas respectivas tutelas.

I – PARTE GERAL

2 A TUTELA PROVISÓRIA

2.1 As Tutelas Definitiva e Provisória e Suas Principais Diferenças

Para que haja total compreensão do tema abordado na presente pesquisa, é fundamental que se apresente conceitos e definições sobre institutos básicos pertinentes ao assunto, de forma a melhor situar o leitor, o que passará a ser feito em seguida.

O objetivo do processo judicial, sabidamente, é se chegar a uma decisão de mérito justa e efetiva. No entanto, em alguns casos, o fator tempo pode comprometer a efetividade, e conseqüentemente a justiça e, para esses casos, é necessário que haja uma antecipação dos efeitos da tutela.

O Estado deve prestar tutela jurisdicional em tempo adequado. Isso quer dizer que a via ordinária, que exige cognição exauriente, pode ser inadequada para a solução tempestiva dos litígios.

Para isso, também, é que existe a tutela provisória, que é formada a base de cognição sumária, o que diminui o tempo da prestação jurisdicional – ainda que não seja em caráter definitivo – haja vista que a tutela definitiva, por exigir cognição exauriente, mostra-se incompatível com as tutelas provisórias, principalmente com a de urgência.

A tutela definitiva, prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, provém de um processo baseado na cognição exauriente; assume caráter de imutabilidade e de definitividade, fazendo coisa julgada. Ao passo que, a tutela provisória é formada a base de cognição sumária; e necessita de elementos que evidenciem a probabilidade, a verossimilhança, o *fumus boni juris*. Na tutela definitiva é necessária a certeza; a prova cabal, razão pela qual faz coisa julgada.

A tutela provisória é dotada de precariedade e de temporariedade. Ela é precária pois não se funda na certeza, mas sim, na evidência de probabilidade, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

A tutela provisória não está sujeita à imutabilidade, que é própria da coisa julgada, haja vista que a cognição sumária em que se baseia, não faz coisa julgada, e que esse tipo de tutela é totalmente incompatível com cognição exauriente, justamente pelo tempo que essa última demanda. No entanto, a tutela provisória está sujeita à estabilização.

Nos ensinamentos de Marina Vezioni Atchabahian, se a medida antecipatória de tutela for requerida de modo antecedente, e deferida não for confrontada pela parte contrária pelo recurso cabível, qual seja o agravo de instrumento, ela se estabiliza, isto é, conservará os seus efeitos práticos, independentemente da complementação da petição inicial e da defesa do réu. Sintetizando: se manterá no sistema, a despeito do exame mais profundo do mérito.

Se o maior interessado, ou seja, a parte contrária atingida pelo deferimento da medida antecipatória, se omite, significa que concorda com ela, não exigindo mais qualquer providência por parte de seu beneficiário. Ou seja, não será preciso que ele prove, de maneira exauriente, o que alegou.

Nada obstante, justamente por basear-se na probabilidade, não significa que a tutela se torne imutável, mas apenas *estável*, de sorte que a parte prejudicada com a medida (qualquer uma delas) poderá, se for de seu interesse, desarquivá-la (vez que a ausência do recurso, extingue o processo) com a finalidade de provar, de maneira mais profunda a inexistência ou a improcedência da demanda estabilizada. (ATCHABAHIAN, 2015)

A tutela provisória é, também, temporária pois possui eficácia necessariamente limitada no tempo, a tutela provisória não dura para sempre. O próprio vocábulo remete a isto; é destinada a durar até que sobrevenha um evento sucessivo que a substitua, quando passará a ser definitiva. Como exemplo disso temos as medidas antecipatórias do direito, que são provisórias, haja vista que

duram até a tutela definitiva. Serão substituídas por sentença, que, por sua vez, é definitiva.

O tipo de cognição é uma das diferenças essenciais entre a tutela provisória e a tutela definitiva, e por cognição se entende a atividade intelectual do juiz que consiste na análise minuciosa dos fatos e das provas, da veracidade das afirmações das partes, enfim, o tempo dedicado à análise do processo para firmar o seu conhecimento. (DIDIER JR., 2014, pg. 329)

Pode-se dizer que o nível de cognição do juiz está ligado à justiça das decisões. Uma decisão baseada em cognição exauriente tem muito mais chances de ser mais justa do que uma baseada em cognição sumária; haja vista que a cognição exauriente é dotada de certeza, o juiz esgotou todos os elementos probatórios, analisou e apreciou com afincos as provas do processo; ao passo que a cognição sumária é baseada em juízo de probabilidade, de evidência, de verossimilhança, apenas. Pode-se dizer que cognição exauriente é certeza ao passo que cognição sumária é probabilidade.

A tutela provisória, no entanto, não se restringe às decisões que necessitam de urgência, podendo ser concedida quando há evidência do direito pleiteado: a tutela da evidência, que é espécie do gênero tutela provisória.

A tutela antecipatória fundada na urgência tem relação com os casos em que há perigo na demora da prestação jurisdicional; ao passo que, a tutela fundada na evidência, ocorre nos casos em que a evidência do direito postulado em juízo não justifica qualquer retardo na sua realização. (RIOS GONÇALVES, 2017, pg. 367)

2.2 Os Tipos de Tutela Provisória e suas Diferenciações Essenciais

2.2.1 A tutela provisória de urgência

Para a concessão da tutela antecipada de urgência, o NCPC exige a demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou do risco ao

resultado útil do processo. A probabilidade do direito é aferida pelo juiz, através das provas produzidas pela parte interessada na tutela provisória e da aplicação do direito ao caso concreto.

No entendimento de Daniel Mitidiero, é absolutamente correto afirmar que a antecipação de tutela fundada na urgência tem como base o perigo na demora da prestação jurisdicional, perigo na tardança da tutela jurisdicional. Antecipa-se a tutela diante da impossibilidade de espera, dado o perigo a ela inerente. (2017, pgs. 154 – 155)

O conceito que importa para antecipação da tutela é o conceito de perigo na demora, consubstanciado na impossibilidade de espera para acautelamento ou satisfação do direito alegado em juízo, sob pena de frustrada a possibilidade de obtenção de tutela específica do direito ou mesmo de tutela pelo equivalente monetário em face do decurso do tempo. É o perigo ligado à espera, que pode acarretar a ocorrência, a reiteração ou a continuação, tanto de um ato ilícito como de um fato danoso capaz de frustrar a frutuosidade do direito. (MITIDIERO, 2017, pgs. 155 – 156)

Vejamos os termos do art. 300 do NCPC, que dispõe sobre a tutela provisória de urgência:

Art. 300: A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§1º: Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§2º: A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Pode-se afirmar que o art. 300 é de fácil interpretação e compreensão no que diz respeito às situações em que a tutela de urgência poderá ser concedida. Em seu próprio caput, já explicita que nos casos em que tiver componente que evidencie a probabilidade do direito juntamente com perigo de dano ou representação de risco ao resultado útil do processo.

A tutela de urgência será concedida quando houver “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Os requisitos são o *fumus boni iuris*, isto é, a probabilidade do direito e o *periculum in mora*, isto é, risco de que sem a medida o litigante possa sofrer perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Desta forma, o perigo poderá ser arredado pela satisfação antecipada do direito ou pelo deferimento de medida protetiva do direito.

O §1º traz a questão da possibilidade de prestação de caução para mitigar os danos que a parte adversa possa vir a sofrer, caso a tutela de urgência não seja mantida posteriormente; no entanto em casos de hipossuficiência da mesma parte, a caução será dispensada, tendo em vista a impossibilidade de ser oferecida.

O §2º, por sua vez, refere que não haverá antecipação dos efeitos da tutela de urgência nos casos em que houver possibilidade de irreversibilidade da decisão.

2.2.2 A tutela provisória de evidência

Em que pese houvesse no Código de Processo Civil de 1973 alguma referência que reportasse à tutela de evidência, podemos aferir que esta somente foi expressamente inaugurada no Novo Código de Processo Civil de 2015, especificamente em seu art. 311, trazendo mais um mecanismo para evitar a morosidade, possibilitando maior celeridade processual e segurança jurídica. Este dispositivo reflete um anseio da sociedade atual, haja vista que esta clama por instantaneidade e imediatismo.

Ao que se percebe, o legislador dispensou o requisito de evidenciar o perigo de dano e a probabilidade do direito, uma vez que, isto estaria já associado ao prejuízo com a demora da prestação jurisdicional.

Analisemos o artigo que versa sobre a tutela da evidência no Novo Código de Processo Civil:

Art. 311: A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

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

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

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

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

Destarte, o direito assentado em prova documental robusta é muito mais capaz de convencer o juiz do direito do autor, o que não parece fazer sentido – tanto do ponto de vista processual, quanto de justiça – condicionar o autor a aguardar todo o trâmite processual para encontrar a prestação jurisdicional que lhe cabe.

Segundo entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, a tutela do direito evidente é técnica de consignação sumarizada, ou seja, feita logo de início, *inaudita altera pars*, sendo a sua razão o fato de que, não havendo nada que possa ser oposto àquelas provas, havendo demonstração inequívoca da existência do direito, não faria qualquer sentido aguardar a citação e resposta do réu. (2011, pg. 34)

Afirma Daniel Mitidiero, a respeito da tutela da evidência, que:

A necessidade de tutela adequada aos direitos impõe ao legislador infraconstitucional não só o dever de viabilizar a técnica antecipatória diante do perigo na demora, isto é, nos casos em que a tutela jurisdicional deve ser prestada de forma urgente, mas também nos casos em que a evidência do direito postulado em juízo não justifica qualquer retardo em sua realização. E isso porque, a uma, é profundamente injusto fazer com que a parte aguarde para a fruição de um direito evidente à luz do direito fundamental à tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, CF), 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 (2017, pg. 157)

Ainda nas palavras de Daniel Mitidiero, acerca da tutela fundada na evidência e o que ela visa a promover:

A tutela antecipada fundada na evidência visa a promover a igualdade substancial entre as partes. Trata-se de expediente que tem como objetivo distribuir o peso que o tempo representa no processo de acordo com a maior ou menor probabilidade de a posição jurídica afirmada pela parte ser fundada ou não. Quando o legislador instituiu a tutela antecipatória baseada em abuso do direito de defesa ou contra o manifesto propósito protelatório do réu, seu objetivo estava em evitar que o demandante fosse prejudicado, e o demandado beneficiado em idêntica medida, pelo tempo do processo. O legislador tratou o tempo do processo como fonte potencial de dano às partes, sugerindo a sua distribuição isonômica a fim de que não represente prejuízo ao demandante que tem razão – que seria obrigado a suportá-lo integralmente – e benefício para o demandado que não a tem.

A premissa deste raciocínio está em que quem deve suportar o tempo que o processo normalmente leva para seu desenvolvimento e desenlace é aquele litigante que dele necessita para mostrar que tem razão. Só aí a tutela jurisdicional será realmente adequada à maneira como o direito material se apresenta em juízo. Aquele litigante que desde logo apresenta uma posição de maior evidência com relação à situação litigiosa, sendo provavelmente o titular do direito litigioso, deve fruir do bem da vida enquanto o seu adversário busca provar que a sua posição é merecedora de tutela jurisdicional.

Essas observações forçam reconhecer que a finalidade da antecipação de tutela baseada na evidência do direito alegado em juízo (art. 311, CPC) não está em sancionar eventual comportamento inadequado de uma das partes. Para punir o comportamento do litigante de má-fé, a propósito, a legislação alça mão de outras técnicas processuais – como, por exemplo, a sanção por ato atentatório à dignidade da jurisdição e a responsabilização por dano processual. (2017, pg. 158)

O fim a que se presta o instituto da tutela da evidência não se confunde com a tutela de urgência, sendo a da evidência, como muito bem referido pelo nobre doutrinador, a tentativa de tornar as partes em paridade de armas no que diz respeito ao peso que teria que ser suportado por aquele que tem o direito evidente; possibilitando que esse peso seja distribuído entre as partes, como forma de evitar o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu. Nos parece mais justo que a parte que litiga com quem tem direito evidente, tenha a si imputado o ônus de comprovar o contrário.

Para Marcus Vinicius Rios Gonçalves, a evidência é uma situação processual em que determinados direitos se apresentam em juízo com menor dificuldade do que outros. Ele entende que existem direitos que têm substrato fático cuja prova

pode ser realizada de maneira mais descomplicada. Esses direitos, cuja prova é mais fácil, são chamados de direitos evidentes e, justamente por assim serem – evidentes – merecem tratamento diferenciado dos demais. (2017, pg. 373)

Nas palavras de Daniel Mitidiero, seu entendimento sobre a natureza da antecipação de tutela fundada na evidência:

Isso quer dizer que a antecipação da tutela fundada na evidência (art. 311, CPC) não pode ser tomada como caso de tutela antecipada sancionatória. Não é essa a sua natureza. A tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu constitui mais propriamente antecipação da tutela fundada na maior probabilidade de veracidade da posição jurídica de uma das partes. Trata-se de tutela antecipada fundada na simples evidência, que pode inclusive servir para proteção imediata e provisória de casos repetitivos, cuja adequada solução já se encontra bem amadurecida na jurisprudência.

É preciso perceber, no entanto, que a evidência do direito para fins de antecipação de tutela é aferida mediante cognição sumária e não mediante cognição exauriente. É que o advento da instrução da causa pode revelar que a defesa do réu era fundada, fato que determina a revogação da antecipação da tutela e o consequente julgamento de improcedência do pedido formulado pelo demandante. (2017, pg. 158)

Para Daniel Mitidiero, a natureza da antecipação da tutela fundada na evidência não consiste em tutela antecipada sancionatória, ou seja, não tem natureza de sanção, de punição ao réu que age com abuso do direito de defesa ou que manifestamente age com propósito protelatório. Trata-se, tão somente, de uma forma de promover o equilíbrio entre as partes, haja vista uma das partes possui maior probabilidade de veracidade nas suas alegações e na sua posição jurídica. É só, e somente só, a antecipação dos efeitos da tutela fundada na simples evidência, a fim de que o peso da morosidade não recaia sobre apenas uma das partes, haja vista que o direito alegado é evidente.

No entanto, existe na doutrina posicionamento em sentido contrário, que afirma que a antecipação da tutela fundada na evidência pode sim ter caráter de sanção; contudo, tal entendimento é minoritário.

Repise-se: a evidência do direito para fins de antecipação de tutela é obtida através da cognição sumária do juiz, e por consequência, não dotada de

imutabilidade, e não faz coisa julgada. Por isso está enquadrada como uma tutela provisória e não definitiva.

Novamente, nas palavras de Daniel Mitidiero, sobre a tutela antecipada fundada na evidência:

O reconhecimento da possibilidade de antecipação de tutela fundada na simples evidência do direito postulado em juízo tem imediata repercussão sobre os pressupostos de aplicação do art. 311, CPC. Tem-se dito que “a simples probabilidade de existência do direito, desacompanhada do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu, não é suficiente para autorizar a antecipação” e que “o ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda, os atos processuais subsequentes não legitima a medida antecipatória”, com o que “a invocação, pelo réu, na contestação, de razões infundadas, por si só não justifica a antecipação de tutela”.

Não nos parece que esta seja a melhor orientação. Na verdade, basta para que haja a antecipação da tutela fundada no art. 311, CPC, a maior consistência de uma das posições jurídicas assumidas pelas partes no processo. Vale dizer: se a versão mais provável é a do demandante, este merece tutela imediata, ainda que provisória, a fim de que o tempo do processo não seja um peso exclusivamente por ele suportado.

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

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

Este artigo, 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 que houver apresentação de defesa inconsistente. (2017, pgs. 159 e 160)

Assim, compreende-se que o direito a ser alcançado pela tutela antecipada da evidência será aquele sustentado por si só, haja vista que consiste no direito evidenciado ao juízo, por meios de provas contundentes, ao ponto de tornar desnecessário impor às partes a penosa espera do deslinde da causa, tendo em vista que esta já se apresentou apta a encontrar a satisfação jurisdicional.

Como já brevemente referido, a tutela provisória pode ser concedida por outros fundamentos que não o da urgência, como nos casos em que a medida se justifica não como meio de afastar risco de prejuízo à parte, mas para modificar os ônus que normalmente são dirigidos ao autor do processo, e que se originam da demora na sua conclusão.

Neste sentido é o entendimento de Marcus Vinicius Rios Gonçalves, ao referir que, em regra é o autor quem suporta o ônus de provar e que tem de aguardar o desfecho do processo, assim como o processamento de recursos, algumas vezes dotados de efeito suspensivo, para só então alcançar – em caráter provisório ou definitivo – o bem ou a tutela do direito pretendido. E não raras são as vezes em que ao réu não haja interesse em uma rápida solução da demanda, e que, frequentemente faz uso de artifícios para a retardar, haja vista que a demora o beneficia. (2017, pg. 373)

A tutela de evidência, prevista no art. 311 do NCPC, também, visa a necessidade de dar respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores, especialmente quando debatidos amplamente, como no caso das Súmulas Vinculantes e dos Incidentes de Demandas Repetitivas. Nestes casos, o direito é tão evidente que, num mundo ideal, deve bastar provar documentalmente que o caso em tela é igual ao precedente. Devendo, então, ser concedida a antecipação da tutela fundada na evidência. Vale dizer que, todos os temas com tese firmada pelo STJ e STF se pode pedir aplicação imediata do entendimento consolidado com base na tutela de evidência.

Um exemplo prático de tutela antecipada fundada na evidência, é quando o autor propõe uma ação para obter a restituição de uma taxa que, em sede de recurso repetitivo, foi reconhecida como devida. Por que o processo deve tramitar segundo os rigores de todos os procedimentos, se já se sabe, de antemão, que o direito material é devido? Antecipa-se a tutela, que é evidente, em razão da tese firmada em recurso repetitivo.

Outro exemplo, poderia ser o de um litigante, com vários processos similares já tramitados ou tramitando, em que sempre apresenta defesa nos mesmos termos,

juntando as mesmas jurisprudências inadequadas ao caso, teses já superadas e que não se aplicam, em peças que não apresenta impugnação específica, e requerendo a produção de diversas provas de caráter manifestamente protelatório. Não há razão para o juiz cumprir todas as etapas padrão do processo, considerando que a intenção da defesa é meramente postergar um destino inevitável, o que é o mesmo de abusar de poder, do direito de defesa.

2.2.3 Antecipação de tutela e tutela cautelar

Quanto a sua natureza, a tutela provisória pode ser classificada como antecipada ou cautelar. Em que pese a diferença entre elas seja considerada discreta por uma menor parte da doutrina, ela existe sim. O art. 294 do CPC, em seu parágrafo único, menciona as duas naturezas diversas da tutela provisória de urgência, vejamos:

“Art. 294. *A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.*
Parágrafo único. *A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.* “

O critério mais eficiente para distinguir a tutela antecipada da cautelar é a satisfatividade. Ambas têm caráter provisório e possuem requisitos muito parecidos no que diz respeito à urgência; no entanto, apenas a tutela antecipada tem natureza satisfativa, autorizando ao juiz que já defira os efeitos que, sem ela, só poderia conceder no final.

Na cautelar, por sua vez, o juiz ainda não defere os efeitos pleiteados, mas somente determina uma medida protetiva, assecurativa, que preserva o direito do autor, em risco pela demora no processo.

Para Marcus Vinicius Rios Gonçalves, tanto a tutela antecipada quanto a cautelar podem ser úteis para afastar uma situação de perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Mas diferem quanto à maneira pela qual alcançam tal resultado: enquanto a tutela antecipada afasta o perigo atendendo ao que foi

postulado, a cautelar o faz tomando alguma providência de proteção do direito. (2017, pg. 353).

Imagine-se, por exemplo, que o autor corra um grave risco de não receber determinado valor. A tutela satisfativa lhe concederá a possibilidade de, desde logo, promover a execução do valor, em caráter provisório, alcançando-lhes os efeitos almejados, que normalmente só seriam obtidos com a sentença condenatória. Já por meio da tutela cautelar, o autor pode arrestar os bens do devedor, preservando-os em mãos de um depositário para, quando obtiver sentença condenatória e não houver recurso com efeito suspensivo, poder executar a quantia que lhe é devida. A tutela cautelar não antecipa os efeitos da sentença, mas determina uma providência que protege o provimento, cujos efeitos serão alcançados no final. (GONÇALVES, pg. 353)

Através dos exemplos mencionados se pode compreender que tanto a tutela satisfativa quanto a tutela cautelar mantêm correspondência com a pretensão final, mas de formas distintas. A primeira por conceder, antecipadamente, aquilo que só seria concedido ao final; e a segunda, por determinar providências que não satisfazem ainda a pretensão, mas viabilizam que, quando isso ocorrer, os efeitos decorrentes do provimento ainda sejam úteis para o credor.

Mitidiero, ao tratar do assunto, refere que os dois institutos não podem ser confundidos. A tutela cautelar não pode ser confundida com a tutela antecipada, eis que a primeira apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura de direito acautelado, ao passo que a segunda desde logo possibilita a imediata realização do direito. (2017, p. 53)

Para Daniela Jorge Milani, as tutelas de urgência podem ser necessárias para obter de pronto o bem da vida e, então, seriam satisfativas e veiculadas por tutela antecipada, ou então ser necessárias como garantias de efetivação de um processo futuro e ser, então, veiculada por ação cautelar. (2014, pgs. 86 - 105)

A doutrinadora, também entende que a tutela de evidência jamais servirá para garantir o resultado futuro de um processo, pois ela objetiva o bem da vida; esse é o seu escopo, do contrário, não será tutela da evidência. Assim sendo, as tutelas cautelares serão sempre tutelas de urgência, enquanto que as antecipações de

tutelas poderão ser tanto tutelas de urgência como tutelas de evidência. (2014, pgs. 86 - 105)

No entendimento de Misael Montenegro Filho, a tutela da evidência corresponde a uma espécie de julgamento antecipado do mérito, diferenciando-se das tutelas de urgência pelo fato de não exigir a demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. Como exemplo, cita a propositura de ação por parte do segurado que se envolve em acidente de trânsito, dirigindo veículo segurado. Por alegar que o segurado se encontrava embriagado no momento do acidente, a seguradora nega o pagamento da indenização na via administrativa, o que justificou a propositura da ação, na qual o autor solicita a condenação da ré ao pagamento da indenização securitária e indenização por danos morais, resultantes do descumprimento do contrato. Além da petição inicial, o autor junta documentação médica e exame laboratorial, que conferem a certeza de que o segurado não se encontrava embriagado no momento do acidente, não tendo sido encontrado mínimo vestígio de álcool na sua corrente sanguínea, em colheita de sangue procedida minutos depois do acidente. Após a apresentação da contestação, e como o réu não opôs prova capaz de gerar dúvida razoável, o magistrado pode conceder a tutela da evidência, consistente na condenação do réu ao pagamento da indenização securitária, prosseguindo o processo para a avaliação da questão relacionada aos danos morais. (2016, pg. 299)

Ainda no entendimento do doutrinador, a concessão da tutela da evidência depende da demonstração do preenchimento do requisito isolado. Se nos atentarmos ao artigo em exame, poderá se perceber que em grande parte dos casos, a tutela da evidência exigirá a formação prévia da relação processual, o que significa dizer que não poderá ser concedida antes do aperfeiçoamento da citação do réu, já que o *abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte* e a suficiência da prova documental que acompanha a petição inicial, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável só se caracterizam após a citação (o réu não tem como abusar do direito de defesa ou se contrapor aos documentos atados à petição inicial antes de ser citado, sem que tenha conhecimento da existência do processo). As únicas situações que permitem a concessão da tutela da evidência antes do aperfeiçoamento da citação do réu estão

previstas nos incisos II e III da norma, ou seja, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento em casos repetitivos ou em súmula vinculante ou quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. (2016, pg. 300)

3 CRITÉRIOS DE EXAME DE PROVA E DE PROBABILIDADE – A TEORIA DOS MODELOS DE CONSTATAÇÃO

Quando da existência de direito controvertido no processo, e a controvérsia for de fato, é necessário que se prove o direito alegado; o que praticamente não ocorre quando a controvérsia versar sobre matéria de direito.

As provas são os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo. O Código de Processo Civil considera as provas como formas de convencimento do juiz, a respeito de fatos controvertidos.

Grande parte da doutrina sustenta que a classificação das provas quanto ao objeto pode ser direta ou indireta; sendo, então, diretas, as provas que se ligam diretamente ao fato que se pretende demonstrar; e, por sua vez, as indiretas, as que não se prestam a demonstrar diretamente o fato a ser provado, mas algum outro fato a ele ligado e que, por meio de induções ou raciocínios, poderá levar à conclusão desejada. No entanto, tal entendimento não é absoluto, como se verá a seguir.

A respeito das provas, cabe-nos falar dos indícios e presunções. Conforme a preponderância doutrinária, tais institutos não se confundem, sendo os indícios considerados inícios de prova, sinais indicativos da existência ou veracidade de um fato determinado, mas que por si sós, não seriam suficientes para fazer prova; mas que, somados à outras circunstâncias ou a mais indícios no mesmo sentido, podem fazê-la. (GONÇALVES, 2017. pg. 479).

Pode-se dizer que objetivamente a prova é uma busca de um convencimento do juízo que previna o erro, e para tanto, procura-se uma reconstrução próxima da realidade, em que pese, a certeza seja bastante improvável em boa parte dos casos. (Knijnik, 2007, pg. 13).

3.1 A Teoria dos Modelos de Constatação: Prova Direta e Indireta

Como nem sempre é possível a produção da prova direta de determinado fato, nesses casos se devem usar os meios indiretos, como as presunções e indícios. Esse é um dos pontos que Knijnik nos traz à evidência e esclarece algo bastante interessante: saber se existiria ou não diferença ontológica entre prova direta e indireta.

É lugar comum a afirmação de que a prova obtida através de indícios – a dita prova indireta – seria inferior em relação à prova direta. No entanto essa forma de distinguir os dois institutos foi aos poucos sendo abandonada, justamente porque no princípio do livre convencimento, não há hierarquia entre provas.

Danilo Knijnik, em seu *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, aborda a questão de que a prova indiciária poderia ser de certa forma considerada inferior em relação à prova direta; no entanto refere que no princípio do livre convencimento do juiz não há hierarquia entre provas, tendo todos os meios e tipos de prova o mesmo valor.

Além disso, Knijnik afirma que nenhuma prova é puramente direta; que toda e qualquer prova é sempre indireta em alguma medida. Como exemplo cita que “*a prova testemunhal – em que o depoente afirma ao juiz ter visto algo – só se pode chegar ao factum probandum através de um juízo de credibilidade sobre a pessoa do depoente (o depoente é pessoa honesta e proba, logo o que ele diz ter ocorrido realmente aconteceu), sendo onipresente, destarte uma inferência.*” (Knijnik, 2007. pg. 26)

Haja vista que não é possível retornar no tempo para ter acesso à verdade real dos fatos, há de se resignar com a verdade processual, que nada mais é do que uma tentativa de aproximação do que aconteceu no passado, e do que não mais se terá acesso absoluto. A partir da falta de certeza que tal situação invariavelmente imputa, a conclusão do julgador, de forma inevitável, será baseada em probabilidades.

Nas palavras de Danilo Knijnik:

Com tais observações, pode-se afirmar que a rigor inexistente distinção no plano ontológico entre tais provas, justificando-se assim a construção jurisprudencial segundo a qual há igualdade entre os indícios e a prova 'direta' quanto à formação da livre convicção judicial. Assim, declarou-se que 'os indícios em nosso sistema processual penal, segundo jurisprudência da Corte Suprema, são considerados um meio de prova como qualquer outro', que, contendo os autos sucessão de indícios e circunstâncias, lógicas, coerentes e concatenadas, a apontarem com clareza a autoria, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação. (2007, pg. 27)

Segundo Daniel Mitidiero, a antecipação da tutela não trabalha nos domínios da verdade, haja vista que ainda não houve o contraditório; pela falta 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 gera apenas juízos de probabilidade. (2017, pg. 113)

A tutela provisória se vale de um critério de valoração de prova diferente daquele na cognição exauriente. Como já referido no presente artigo, a cognição em que se funda a tutela provisória é a sumária, ou seja, aquela em que não se exige um grau de certeza tão alto como a cognição exauriente exige para a concessão de tutela definitiva.

II – PARTE ESPECÍFICA

4 OS PARÂMETROS E CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA

Enquanto o Código de Processo Civil de 1973 buscava alcançar a maior segurança jurídica possível, o Novo Código de Processo Civil, como bem evidenciam os arts. 300 e 311, direcionou seu objetivo para a celeridade e eficiência do processo, buscando desconstruir a morosidade que caracteriza o cenário do judiciário atualmente.

Esta perspectiva salta aos olhos quando analisamos que ambas as formas aqui estudadas de antecipação de tutela, quais sejam, a fundada na urgência e a fundada na evidência, foram estruturadas de forma a amenizar o problema da demora do processo. Contudo, precisamente por ambas buscarem resguardar a eficiência do processo, é de suma importância distinguir a tutela de evidência e a de urgência, para fins de contextualizar e identificar os cenários em que cada uma é aplicada.

Ao passo que na tutela de urgência, como o próprio nome já sugere, o bem jurídico tutelado não pode esperar o curso normal do processo, pois pode causar dano irreparável à parte, se tornando processo, então, inócuo, como por exemplo, alguém que pleiteia em juízo medicamento essencial à sobrevivência que Estado deveria, de maneira rápida e eficaz, conceder; neste caso, se fosse aguardado o curso normal do processo, o autor poderia não resistir e vir à óbito antes mesmo da sentença.

Já, a tutela de evidência, não é caracterizada pela urgência, e como exemplo, uma ação que é proposta buscando obter a restituição de um tributo, já reconhecido pelo STJ ou STF, como devido, como o caso da exclusão do PIS/COFINS da base de cálculo do ICMS. Estamos diante de um caso em que referida restituição tributária é devida, conforme repetidas decisões e posicionamento bem sedimentado

dos tribunais superiores. Qual seria, então, o objetivo prático de se esperar todo o curso do processo, para, então, obter decisão no mesmo sentido narrado acima? Esse foi o espírito do legislador ao redigir o art. 311 do NCPC.

A respeito dos requisitos do artigo de que trata a tutela antecipada de urgência e do que trata a tutela antecipada da evidência, os do art. 300 (tutela de urgência) nos parecem menos exigentes do que o do art. 311 (tutela da evidência), vejamos:

“Art. 300: A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” A partir do caput do art., já fica estabelecido expressamente que a tutela de urgência será sim concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito. Frise-se, será concedida com a simples presença de **elementos que evidenciem a probabilidade**. É muito clara a precariedade quanto a certeza do juiz para a concessão da tutela em questão, tanto que do simples exame do caput já se percebe o quanto o artigo é pouco exigente.

No art. 311, por sua vez, o fundo do direito se mostra muito sólido, pelo fato de que nos casos de incidentes repetitivos e súmulas vinculantes, os casos são amplamente debatidos. *“Art. 311: a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; [...] IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.”* Da simples leitura do caput e dos incisos do artigo, percebe-se que os requisitos do artigo que trata sobre a tutela fundada na evidência são muito mais exigentes do que o que trata a tutela da urgência, principalmente naquilo que diz respeito ao critério da (in)certeza. O art. 311, para conceder a tutela de evidência, requer a caracterização do abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório; requer as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente; e que a prova do réu não seja

capaz de gerar dúvida razoável. Percebe-se claramente que o art. 311 é muito mais criterioso quanto à certeza, pois ao passo que exige tudo o que fora acima mencionado, o art. 300 exige apenas “elementos que evidenciem a probabilidade do direito”.

Tratando-se a urgência e a evidência espécies do gênero das antecipações dos efeitos da tutela, nos chama a atenção o fato de um ser muito mais exigente que o outro quanto à certeza. No art. 300, o fundo de direito é mais precário; ao passo que no art. 311, o fundo do direito é muito sólido.

5 CONCLUSÃO

Após a realização do presente artigo, foi possível ampliar de forma significativa a compreensão da tutela antecipada de evidência sobre várias vertentes.

Por ser um instrumento utilizado para garantir a defesa de direitos, uma paridade de armas das partes no processo e conseqüentemente uma melhor prestação jurisdicional, o instituto da tutela da evidência merece que tais valores sejam devidamente considerados e compreendidos a fundo.

O objetivo do processo judicial, sabidamente, é se chegar a uma decisão de mérito justa e efetiva. No entanto, em alguns casos, o fator tempo pode comprometer a efetividade, e conseqüentemente a justiça e, para esses casos, é necessário que haja uma antecipação dos efeitos da tutela.

O Estado deve prestar tutela jurisdicional em tempo adequado. Isso quer dizer que a via ordinária, que exige cognição exauriente, pode ser inadequada para a solução tempestiva dos litígios.

Para a concessão da tutela antecipada de urgência, o NCPC exige a demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. A probabilidade do direito é aferida pelo juiz, através das provas produzidas pela parte interessada e da aplicação do direito ao caso concreto.

É correto afirmar que a antecipação de tutela fundada na urgência tem como base o perigo na demora da prestação jurisdicional, e antecipa-se a tutela diante da impossibilidade de espera, dado o perigo a ela inerente.

A tutela provisória é gênero do qual a tutela da evidência e a tutela da urgência são espécies. A tutela de urgência, prevista no **artigo 300** do Novo Código de Processo Civil, assevera que *“será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. §1º: Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o*

caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. §2º: A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

Já, com relação à tutela da evidência, pode-se considerar como uma técnica de consignação sumarizada, ou seja, feita logo de início, *inaudita altera pars*, sendo a sua razão o fato de que, não havendo nada que possa ser oposto àquelas provas, havendo demonstração inequívoca da existência do direito, não faria qualquer sentido aguardar a citação e resposta do réu. Dessa forma, se proporcionaria uma paridade de armas às partes, para que uma parte só não tenha que arcar com o tempo que o processo leva para seu deslinde. Vejamos:

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

Estudou-se sobre a teoria dos modelos de constatação, onde se concluiu que as tutelas antecipadas fundam-se em cognição que não a exauriente, esta, própria das tutelas definitivas.

Diferenciou-se a tutela antecipada da tutela cautelar, com o que foi possível verificar que a tutela cautelar diz mais respeito ao processo do que ao direito material em si.

Na tutela de urgência, como o próprio nome já sugere, o bem jurídico tutelado não pode esperar o curso normal do processo, pois pode causar dano irreparável à parte, se tornando processo, então, inócuo.

Já, a tutela de evidência – que não é caracterizada pela urgência – trata-se de uma forma de promover o equilíbrio entre as partes, haja vista uma das partes possui maior probabilidade de veracidade nas suas alegações e na sua posição jurídica. É a antecipação dos efeitos da tutela fundada na simples evidência, a fim de que o peso da morosidade não recaia sobre apenas uma das partes, haja vista que o direito alegado é evidente. Não haveria nenhum objetivo prático em se esperar todo o curso do processo, para, então, obter decisão no mesmo sentido das provas apresentadas pela parte que possui direito evidente. Concluiu-se que esse foi o espírito do legislador ao redigir o art. 311 do NCPC.

A respeito dos requisitos do artigo de que trata a tutela antecipada de urgência e do que trata a tutela antecipada da evidência, em profunda análise aos mesmos, os do art. 300 (tutela de urgência) se mostraram menos exigentes do que o do art. 311 (tutela da evidência).

6 REFERÊNCIAS

ATCHABAHIAN, Marina Vezzoni. Novo CPC define regras para a estabilização da tutela antecipada. Consultor Jurídico. 17 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-17/marina-vezzoni-cpc-regrou-estabilizacao-tutela-antecipada>>. Acesso em 20 out. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

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

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 16. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. (Coordenador Pedro Lenza).

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MILANI, Daniela Jorge. Tutela de evidência: justiça em tempo hábil. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. vol. 59. Porto Alegre: Magister, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.