

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

LEÓN SANTOS BASTOS

**O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A
TUTELA DA EVIDÊNCIA NO NOVO CPC**

Porto Alegre

2017

LEÓN SANTOS BASTOS

**O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A
TUTELA DA EVIDÊNCIA NO NOVO CPC**

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

Orientador: Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin

Porto Alegre

2017

Dedico este trabalho a meus pais, Ângela e Marcelo, a meus irmãos Lênin e Léo e à minha namorada, Bárbara.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste na análise do direito fundamental à duração razoável do processo no Brasil, o qual deixa de ser considerado apenas corolário lógico do direito a uma tutela adequada, efetiva (Tutela Justa) e tempestiva, e passa a ser encarado como um direito autônomo, estudando-se a técnica antecipatória fundada na evidência do direito, como meio de distribuição do ônus do tempo de forma mais isonômica para as partes e concretizar, mesmo que provisoriamente, a pretensão postulada na relação jurídica posta a crivo do Estado.

Caracteriza-se por ser uma pesquisa baseada nas novas alterações do Código de Processo Civil do ano de 2015, em especial na técnica antecipatória disposta no art. 311 do referido diploma, observando-se o sistema da cooperação entre os sujeitos da relação processual e o papel do Juiz nesse contexto.

Conclui que a concessão da medida liminar fundada na “Tutela da Evidência” deve se tornar naturalmente mais presente no cotidiano do Poder Judiciário, e que o seu uso não necessita a demonstração da existência de um perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), bem como tal instituto possibilita uma distribuição mais equilibrada do tempo nas demandas judiciais, promove a unidade do direito e torna menos tormentosa a morosidade processual.

Palavras-chave: duração razoável- autonomia - efetividade - Estado Constitucional - colaboração - Juiz -morosidade processual - técnica antecipatória - tutela da evidência - direito evidente.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

atual. – Atualizada

ed. – edição

nº – número

NCPC – Novo Código de Processo Civil

p. – página

rev. – revista

SP – Estado de São Paulo

v. – Volume

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. O DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: ANÁLISE CONSTITUCIONAL, CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E A PARTICIPAÇÃO DAS PARTES NO MODELO COLABORATIVO.....	9
3. A TUTELA DA EVIDÊNCIA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....	17
4.1 Distinções conceituais.....	17
4.2 Hipóteses de cabimento.....	22
4.3 Tutela da evidência em sentença e tutela da evidência recursal.....	31
4. CONCLUSÃO.....	33
5. REFERÊNCIAS.....	35

1. INTRODUÇÃO

É incontestável que a morosidade processual é um problema enfrentado mundialmente, sendo o sistema judicial pátrio prejudicado em face disso. Nosso sistema não tem acompanhado a evolução social e, tendo em vista que as normas de direito são temporais, por vezes, isso possibilita o descompasso entre a efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade e a segurança jurídica.

Nesse contexto, a população insatisfeita anseia por transformações no Poder Judiciário e uma delas foi realizada com a Emenda Constitucional nº 45, a qual explicitou como um direito fundamental o que era tido antes como uma garantia constitucional: o princípio da duração razoável do processo, inserindo o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal.¹

Neste trabalho será feita, inicialmente, uma análise constitucional acerca deste direito fundamental, seguindo com uma breve abordagem sobre os principais marcos históricos que promoveram a sua evolução e, ao final, será estudada a técnica antecipatória fundada no direito evidente, como meio útil e célere à garantir a tutela preiteada antes do decurso normal da lide.

Será visto que a demora causada pela lentidão processual deve ser tratada de forma mais severa e a utilização da tutela da evidência é imprescindível para a eficácia do direito à razoável duração do processo no nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, serão verificadas as hipóteses de aplicabilidade da tutela da evidência no Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), como forma de contribuição à eficácia do direito fundamental à duração razoável do processo, distribuindo de forma isonômica o ônus do tempo do processo, em consonância com o modelo colaborativo.

Por fim, será demonstrado que o direito fundamental à duração razoável do processo deve ser tratado de maneira autônoma e se tornar cada vez mais presente no nosso ordenamento jurídico, compatibilizando-o e, também, distinguindo-o das demais garantias constitucionais processuais, tais como: do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sempre se buscando o

1 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jul. 2017.

princípio da segurança jurídica, para que, ao fim, haja proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana – princípio máximo do Estado Democrático de Direito.

2.0 DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: ANÁLISE CONSTITUCIONAL, CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E A PARTICIPAÇÃO DAS PARTES NO MODELO COLABORATIVO

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a garantia constitucional processual à duração razoável do processo foi positivada como um direito fundamental, havendo a inserção do inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, de acordo com o qual, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.²

A referida Emenda trouxe inúmeras inovações à carta política brasileira, entretanto, o objetivo do presente estudo está na inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, na medida em que a internalização do Pacto de San José da Costa Rica trouxe a incorporação de uma garantia para resguardar a dignidade da pessoa humana fundada na razoável duração do processo.

Nesse sentido, igualmente o Código de Processo Civil de 2015 consagra, em seu art. 4º, este direito fundamental, dispondo que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”³

Como bem refere Cândido Rangel Dinamarco:

Os reformadores estiveram conscientes de que a maior debilidade do Poder Judiciário brasileiro em sua realidade atual reside em sua inaptidão a oferecer uma justiça em tempo razoável, sendo sumamente injusta e antidemocrática a outorga de decisões tardas, depois de angustiosas esperas e quando, em muitos casos, sua utilidade já se encontra reduzida ou mesmo neutralizada por inteiro. De nada tem valido a Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor neste país desde 1978, incorporada que foi à ordem jurídica brasileira em 1992 (Dec. 678, de 6.11.92); e foi talvez por isso que agora a Constituição quis, ela própria, reiterar essa promessa mal-cumprida, fazendo-o em primeiro lugar ao estabelecer que “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.²

² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v 1, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 44.

Cabe, inicialmente, ressaltar o que são direitos fundamentais na definição de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.³

Na redação do inciso LXXVIII, destaca-se que duração razoável do processo não significa celeridade processual, uma vez que se deve observar o direito ao prazo adequado para a prática de atos processuais e direito de não ter a esfera jurídica restringida por tempo desnecessário, denotando que sua amplitude o faz incidir em todas as espécies de processo, judiciais ou não.⁴

Para o Professor Dr. Luiz Guilherme Marinoni, conforme o entendimento exposto acima, duração razoável seria um prazo adequado ao caso concreto, não havendo restrição dos outros direitos fundamentais edificações indevidas. Não se trata apenas a celeridade de todos os processos numa estipulação de tempo padronizada.

Nesse sentido, refere que:

Duração razoável, como o próprio nome indica, nada tem a ver com duração limitada a um prazo certo ou determinado. Se essa confusão fosse possível, não se trataria de “duração razoável”, mas de duração legal, ou do simples dever de o juiz respeitar o prazo fixado pelo legislador para a duração do processo. O direito à duração razoável faz surgir ao juiz o dever de, respeitando os direitos de participação adequada do autor e do réu, dar a máxima celeridade ao processo, assim como não praticar atos dilatatórios injustificados, sejam eles omissivos ou expressos.⁵

Ainda, menciona que um dos grandes desafios da processualística moderna é conciliar o direito à tempestividade jurisdicional com o tempo necessário aos debates

³ DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 49.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. **Revista Estação científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./ nov. 2009.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 21.

entre os litigantes, à investigação probatória e ao amadurecimento da convicção judicial.⁶

Assim, demonstra-se indispensável a observância de todos os atos do processo, sem dilações injustificadas, para que todas as partes envolvidas atuem em conjunto, havendo o amadurecimento da convicção judicial.

Enfim, tendo em vista as alterações trazidas pela Emenda nº 45, Marco Félix Jobim reforça a ideia de maior autonomia e força do direito em questão, afirmando que:

É a ocasião de o referido princípio finalmente conquistar sua posição como direito fundamental autônomo, retirando as amarras de ser considerado como apenas uma subespécie e ser estudado como os princípios constitucionais do mesmo escalão, tais como o devido processo legal, o acesso ao poder judiciário, o do contraditório e o da ampla defesa. Por essas e outras razões, que se verá no transcórre do estudo, não pode mais o direito fundamental à duração razoável do processo ser reduzido a um mero acessório do princípio da efetividade processual.⁷

O direito à razoável duração do processo cada vez mais adquire autonomia e força, devendo ser percebida sua relevância em todos ordenamentos jurídicos, bem como no nosso, não devendo ser considerado sub-princípio ou mero acessório das demais garantias constitucionais processuais, conforme se perceberá no transcórre do presente trabalho.

Ademais, é inegável que os males oriundos da morosidade processual trazem prejuízo à parte que tem razão na lide, independentemente do mérito da decisão, conforme leciona José Rogério Cruz e Tucci:

Um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão.⁸

⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 21.

⁷JOBIM, Marco Félix. **O Direito à Duração Razoável do Processo: Responsabilidade Civil do Estado em Decorrencia da Intempestividade Processual**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 70.

⁸CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a duração razoável do processo na Europa comunitária. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**, v. 44, 2011, p. 89.

Ainda, o Estado é parte devedora deste direito, porém, “*ele não apenas tem o Estado como seu devedor, como ainda incide, nos moldes de qualquer direito fundamental, sobre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário*”.⁹

No que concerne à atividade legislativa e fiscalizadora do Poder Público, aduz Paulo Hoffman que o sistema jurídico deve nortear-se de maneira a não permitir a elaboração de leis que causem maior lentidão, sob pena de serem inconstitucionais¹⁰, bem como:

Se da lei proposta se der uma interpretação que leve a caminhos mais tortuosos e burocráticos, com certeza, essa corrente estará agindo em desconformidade com a novel garantia constitucional. Sem dúvida há muito se busca um processo mais célere e mais efetivo, porém, a partir da Emenda Constitucional 45, necessariamente as medidas a serem tomadas deixam de ter um caráter único de boa vontade e passam a ser mero cumprimento de um dever.¹¹

No mesmo sentido, sustenta que:

O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere - ou com duração razoável - impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais.¹²

Conforme se observa, com a positivação desse direito, torna-se evidente que o Poder Público deve observar e garantir a sua aplicação de forma mais eficaz.

Ainda, corroborando com o explicitado acima, o legislador deve viabilizar técnicas processuais que permitam a prestação tempestiva da tutela jurisdicional,

⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

¹⁰HOFFMAN, Paulo. Princípio da Razoável duração do processo..., In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 324-325.

¹¹HOFFMAN, Paulo. Princípio da Razoável duração do processo..., In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 325.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 393.

normas que reprimam comportamentos atentatórios à duração razoável e a responsabilidade civil do Estado pelo seu descumprimento.¹³

Por fim, para terminar essa breve análise, o professor Guilherme Marinoni refere que:

É chegado o momento do “tempo processual” tomar o seu devido lugar dentro do direito processual civil, uma vez que o tempo não pode deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo ou com aquele destinado a realizar concretamente os princípios contidos na Constituição federal.¹⁴

Há menção à apenas o processo civil, porém o direito à duração razoável está presente em qualquer processo, judicial ou administrativo, conforme se vê na redação do artigo 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal.

A fim de que se faça uma breve contextualização histórica acerca da evolução e ascensão do Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo, o marco, sem dúvida, mais significativo para que tivesse uma maior posição de destaque nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo ou, como alguns doutrinadores conceituam como alienígenas, foi, sem sombra de dúvidas, a realização da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), pois teria servido de base para que outras nações adotassem medidas em seus ordenamentos para combater o problema da demora processual.¹⁵

A referida Convenção, em seu artigo 6º, §1º, dispõe:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, **num prazo razoável** por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; MSARIONI, Luiz Guilherme; e MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 678.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17.

¹⁵ JOBIM, Marco Félix. **O Direito à Duração Razoável do Processo: Responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 74-75.

sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.¹⁶

Com efeito, antes de ser positivado em nossa Constituição Federal, já estava implicitamente previsto no ordenamento jurídico por meio jurisprudencial, em julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em processos criminais, segundo a tese de haver constrangimento ilegal pela longevidade do julgamento por desídia do juízo, tendo em vista sua previsão no artigo 8.1 do Pacto de San José da Costa Rica, firmado no ano de 1969, do qual o Brasil é signatário¹⁷, o qual dispõe:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.¹⁸

Antes mesmo das convenções internacionais, no ano de 1920, o grande intelectual Rui Barbosa já havia feito um discurso paraninfando seus alunos, no qual já referia esse problema, dizendo: *“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”*.¹⁹

Com isso, a preocupação com a demora ou morosidade processual no Brasil iniciou-se com a discussão acerca do §2º do artigo 5º da Constituição Federal, que elenca os direitos e garantias expressos nesta Constituição, não excluindo outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados

¹⁶ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção europeia para salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais**.1950 Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2017.

¹⁷ LEAL, Fábio Resende. **A celeridade processual como pressuposto da efetividade dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 91.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**.1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

¹⁹ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 53.

internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte²⁰. Após, conforme vistono segundo capítulo, através da Emenda Constitucional nº 45, esse direito fundamental foi expressamente introduzido (positivado) no nosso ordenamento jurídico, inserido no inciso LXXVIII do art. 5º da nossa Constituição Federal.

Após essa rápida digressão acerca dos marcos que fundamentaram e ocasionaram a ascensão e reconhecimento desse direito, cabe mencionar e esclarecer que, com a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, a necessidade de uma decisão “justa” fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, e que promovesse a unidade do direito observando-se a segurança jurídica, acarretou três alterações no nosso ordenamento jurídico. A primeira quanto à norma, a qual antes era tida como regra, sendo os princípios fundamento da norma, passando a nos fundamentar próprios princípios, nas regras e nos postulados normativos.

Do mesmo modo, surgiram os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. Por fim, a interpretação jurídica das normas alterou-se, ocorrendo a reconstrução do sentido normativo das proposições e enunciados fático-jurídicos. Desse modo, houve a separação entre o texto e a norma, segundo a qual o legislador outorga textos e as normas são fruto da outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários, ou Julgadores.²¹

Tais mudanças foram sendo introduzidas no nosso cotidiano e influenciaram o surgimento do modelo colaborativo de processo, o qual é formado por pressupostos sociais, lógicos e éticos, e constitui a superação dos modelos isonômicos e assimétricos.²²

Colaboração como princípio significa mudança de postura dos Juízes para com as partes. Deve ser isonômico na condução do processo e assimétrico nas

²⁰ JOBIM, Marco Félix. **O Direito à Duração Razoável do Processo: Responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76.

²¹ MITIDIERO, Daniel, **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.57.

²² MITIDIERO, Daniel Francisco, **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 53.

decisões²³. É comum entre todos a difusão da doutrina de Miguel Teixeira de Souza acerca do princípio da colaboração atribuindo ao Juizdirigir o processo de forma igualitária, cooperando com as partes, possuindo os deveres de esclarecimento, prevenção, debate e auxílio para com os litigantes.²⁴

Nesse sentido, o art. 6 do CPC/2015 dispõe que “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”.²⁵

Assim, o modelo cooperativo nos convida a ter presente a concepção do processo como método de solução estatal de conflitos. Seria uma “comunidade de trabalho” sustentado por doutrinadores com base na doutrina alemã.²⁶

Dessa forma, conforme leciona o Professor Daniel Mitidiero:

O Estado Constitucional revela aqui a sua face democrática, fundando o seu Direito Processual Civil nos valores da *igualdade* e da *participação*, traduzidos normativamente na igualdade e no contraditório. Desses valores – devidamente normatizados – ressaí a base constitucional para a colaboração no processo, que constitui a resposta à necessidade de participação equilibrada dos juízes e das partes no processo civil.²⁷

Por fim, cabe ressaltar a distinção existente entre “tempo fisiológico” e “tempo patológico”, pois, a natureza do processo já repele a instantaneidade e remete o tempo como algo inerente a fisiologia processual não implicando direito a um processo rápido ou célere. Entretanto, o que a nossa Constituição Federal determina e a eliminação do tempo *patológico*, que seria a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa.²⁸

²³MITIDIERO, *Ibidem*. p. 64.

²⁴ BUENO, Cássio Scarpinella, **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 95.

²⁵BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

²⁶ BUENO, Cássio Scarpinella, **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

²⁷MITIDIERO, Daniel, **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 71.

²⁸SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 766-767..

3. A TUTELA DA EVIDÊNCIA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Conforme referido anteriormente, como o tempo e concomitantemente inerente à fisiologia do processo e fonte de dano ao autor que tem razão em seu pleito, é necessário distribuí-lo isonomicamente para que não haja violação do princípio da igualdade (arts. 5, I da CF/1988, e 7 do CPC).²⁹

Assim, a técnica antecipatória que se presta a dar lugar as tutelas provisórias, tem a função de distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo e, dessa forma, efetivar o direito à duração razoável do processo.

Para tanto, fundamenta-se ora na urgência, ora na evidência do direito postulado em juízo, conforme será estudado no presente capítulo.

4.1 DISTINÇÕES CONCEITUAIS

A tutela definitiva é formada em procedimento necessariamente contraditório, de cognição exauriente, que, por mais sumário que seja sempre demanda bom espaço de tempo entre o pedido e a entrega da prestação jurisdicional.³⁰ Entretanto, em certas situações, os fatos tornam prejudicial o tempo para a parte que tem razão na lide. A dilapidação do patrimônio e a necessidade de prover meio de subsistência, são alguns exemplos disso.

Nesse sentido, conforme aduz o falecido Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki:

Em situações de risco, de perigo de dano, de comprometimento da efetividade da função jurisdicional, será indispensável, por isso, alguma espécie de providência imediata tomada antes do esgotamento das vias ordinárias. Daí a razão pela qual se pode afirmar que a tutela destinada a prestar tais providências é tutela de urgência.³¹

²⁹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. Rev, atual e ampl. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 208-209.

³⁰ZAVASCKI, Teori Albino, **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28.

³¹ZAVASCKI, Teori Albino, **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 29.

A urgência, no sentido que aqui se utiliza, está presente em qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição. Diante disso, “a técnica antecipatória pode viabilizar a conservação do direito para realização eventual e futura ou a fruição imediata do direito alegado em juízo”.³²

Conforme o disposto no parágrafo único do art. 294 do CPC/2015, “a tutela de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.³³

Denota-se do referido dispositivo que o novo Código não está organizado do ponto de vista estrutural como o Código Buzaid, não prevendo um processo cautelar. No novo Código de Processo Civil, o procedimento comum e os procedimentos diferenciados podem viabilizar tanto a prestação de tutela satisfativa como de tutela cautelar de maneira antecedente ou incidental. Daí se preferiu introduzir a técnica antecipatória dita “tutela provisória” na parte geral.³⁴

Entretanto, tal embaraço pode ocorrer sem que o direito afirmado esteja sob risco de dano irreparável ou difícil reparação (tutela de urgência), tais como nas hipóteses de abuso de direito de defesa, em que parte do direito seja evidente e demais hipóteses que possuem como denominador comum a noção de defesa inconsistente³⁵, e que são o objeto do presente estudo.

O NCPC, em seu artigo 311º ocupa-se com a “tutela da evidência”, ou mais precisamente, a tutela provisória fundada no direito evidente, que não é propriamente a tutela efetiva, mas sim uma forma de suprir a necessidade da distribuição isonômica do tempo no processo, observando-se o direito a duração razoável e o princípio da igualdade.

³² MITIDIERO, Daniel, **Antecipação de Tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 3. ed. revista, atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 153.

³³BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27jul. 2017.

³⁴MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel, **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 376.

³⁵MARINONI, *Ibidem*. p. 311.

A concessão dessa tutela independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, ou seja, o “*periculum in mora*”.³⁶

A evidência não deve ser interpretada no sentido literal, mas sim de forma mais genérica, no sentido de que o requerente da medida tem direito mais provável. Nas palavras do Professor Mitidiero:

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. 5.º, 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 tempodo processo ser jogado nas costas do autor, independentemente de quão provável seja a sua posição processual, com evidente afronta à igualdade no processo (arts. 5.º, I, CF, e 125, I, CPC).³⁷

Em suma, a parte que pleiteia tem que ser merecedora da tutela. Trata-se da defesa inconsistente da parte requerida na medida e permite a fruição imediata do direito da parte.³⁸

Poucas pessoas percebem que, em regra, nas demandas judiciais o autor pretende a modificação de uma realidade empírica e o réu deseja a manutenção do *status quo*. Em todos os processos existe a luta por um bem da vida que somente pode prejudicar o autor que tem razão e beneficiar o réu que não a tem.³⁹

Assim, demonstra-se uma forma de reduzir o desequilíbrio na distribuição do ônus do processo contra a parte que possui o direito mais provável, ou evidente:

No processo civil, a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for demora do processo, maior ser o dano imposto ao autor e, por consequência, maior será o benefício ao réu.⁴⁰

³⁶ BUENO, Cássio Scarpinella, **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 267.

³⁷ MITIDIERO, Daniel, **Antecipação de Tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 3. ed. revista, atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 157.

³⁸ MITIDIERO, *Ibidem*. p. 153.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, **Antecipação da tutela**. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 272.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, **Antecipação da tutela**. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 272.

A tutela fundada no direito evidente não é novidade no NCPC/2015 e, também, não se trata de uma tutela que se preste à punição de quem se utilize de argumentos mais frágeis, tanto que no Código de Buzaid (CPC/1973), já estava prevista no art. 273^o, inciso II. Porém, era “*uma idéia pouco explorada na prática e cuja correta utilização poderia contribuir enormemente para o alcance do tão almejado processo justo*”.⁴¹

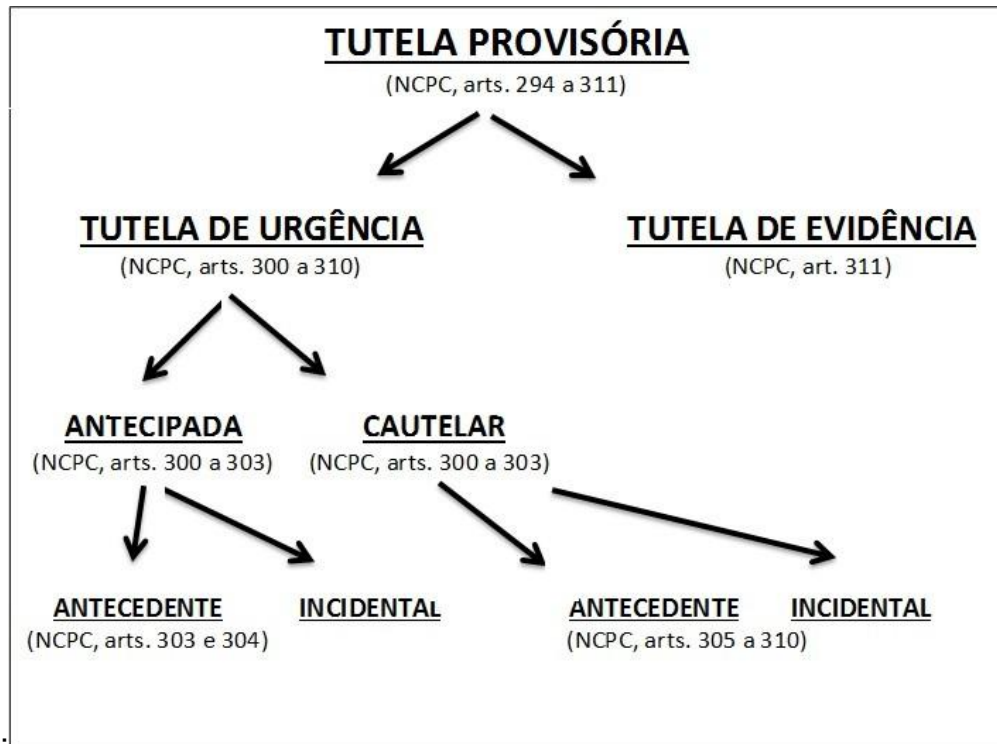
Em contrapartida, o réu que sofre a execução de uma medida liminar, ou alguma forma de execução provisória, depois declarada ilegítima, terá direito de pedir indenização dos danos que essas normas de realização antecipada lhe tiverem causado. O autor, ao contrário, que suporta os males do tempo, como instrumento de uma “lide integral” não terá qualquer direito de reclamar os prejuízos, às vezes gravíssimos, que esse retardamento causar.⁴²

Portanto, o NCPC/2015 dispõe o Livro V chamado “Da Tutela Provisória”, sendo o Título I do capítulo dedicado às “Disposições Gerais”, o Título II “Da Tutela de Urgência” e o Título III denominado “Da Tutela da Evidência”.

⁴¹ MILANI, Daniela Jorge. Tutela de evidência: justiça em tempo hábil. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v.10, n.59, mar./abr. 2014. p. 88.

⁴²MARINONI, Luiz Guilherme, **Antecipação da tutela**. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 273.

Com o intuito de elucidar melhor esta nova sistemática, segue o gráfico



abaixo:

Dessa forma, se a tutela provisória for utilizada em razão da urgência, ela será uma tutela satisfativa ou cautelar. Porém, em caso de utilização em razão da evidência, ela será necessariamente uma tutela satisfativa, ao menos na concepção do CPC/2015, incidental, embora, como se verá mais adiante, seja possível pensar numa tutela da evidência antecedente.

Por fim, antes de adentrar nas hipóteses de cabimento da Tutela da Evidência, resta esclarecer a diferenciação existente entre inconsistência da defesa e parte incontroversa da demanda.

A Tutela de Evidência é uma tutela provisória de cognição sumária e não faz coisa julgada. Por outro lado, a técnica do julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356 CPC/2015), é uma tutela definitiva e necessita cognição exauriente, dando aptidão para formação de coisa julgada material.

Nas palavras do Professor Daniel Mitidiero:

O julgamento a partir da incontrovérsia é tomada através de cognição exauriente das alegações da causa. É por essa razão, aliás, que o Código de 2015 resolveu deixar absolutamente claro que a tutela definitiva da parcela incontroversa representa efetivo julgamento imediato de parcela do pedido (art. 356, CPC).⁴³

3.2 HIPÓTESES DE CABIMENTO

As hipóteses de cabimento da Tutela da Evidência estão elencadas em diversos diplomas legais do NCPD, tais como os arts. 701º e 562º, bem como fora do referido Código, como por exemplo, no art. 59º da Lei de Locações. Entretanto, os incisos do art. 311º do Código de Processo Civil de 2015 destacam as hipóteses de cabimento:

TÍTULO III DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

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

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

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas 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.⁴⁴

Como se percebe, as situações previstas no dispositivo acima independem da demonstração de urgência, como visto anteriormente. Da mesma forma, as hipóteses possuem três pontos em comum, quais sejam: a) a necessidade de oitiva

⁴³MITIDIERO, Daniel, **Antecipação de Tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 3. ed. revista, atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 162.

⁴⁴BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21jul. 2017.

da parte contrária (que pode ser previa ou posterior) para que seja possibilitado o exercício do contraditório e da ampla defesa; b) a defesa inconsistente do réu, como dito anteriormente; e c) deve ser concedida apenas em caráter incidental, na ação em que a parte autora está requerendo a tutela definitiva.

Quanto ao caráter desta, se existe a dispensa da comprovação do perigo de dano ao direito, não pensou o CPC/2015 na possibilidade de se requerer a tutela da evidência em caráter antecedente. A comprovação de urgência se presta à Tutela da Urgência, e não a de Evidência. Posicionamento diverso, entretanto, é sustentado por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, bem como outros doutrinadores:

(...) nada obstará a possibilidade de tutela da evidência antecedente, como mostra a experiência do *référé provision* francês (art. 809, Code Procédure Civile); porém, intencionalmente ou não, nosso legislador parece ter optado por limitar a tutela antecipada antecedente aos casos de urgência. A opção, por óbvio, não merece respaldo. O ônus do tempo do processo não pode ser atribuído àquele que aparentemente tem razão. Por isso, examinando o regime da tutela antecipada antecedente à luz da garantia fundamental da tempestividade da jurisdição, evidencia-se a necessidade de se interpretar extensivamente o contido no art. 303, do CPC, de modo a abarcar também, por analogia, as tutelas da evidência.⁴⁵

Quanto às hipóteses de cabimento da medida, o Professor Cássio Scarpinella Bueno aduz que a situação prevista no inciso I do art. 311 do NCPC deve ser compreendida no sentido de haver elementos que evidenciem a probabilidade, sempre compreendida no sentido de maior juridicidade do direito. Isto porque o mau comportamento do réu pressupõe o elemento da juridicidade do direito, porém é mister conjugar esse inciso com a exigência genérica do *caput* do art. 300 do CPC/15.⁴⁶

Ainda, refere 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”.⁴⁷

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 223.

⁴⁶BUENO, Cássio Scarpinella, **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 268.

⁴⁷BUENO, *Ibidem*. p. 232.

A primeira hipótese de Tutela de Evidência relembra a redação do art. 273, II, do CPC/73 (Código de Buzaid). Trata-se de dispositivo protetor da boa-fé e lealdade processual, reprimindo práticas protelatórias ou que caracterizem abuso do direito de defesa, também chamada por alguns doutrinadores, como o professor Bruno Bodart, de Tutela de Evidência Sancionatória.⁴⁸

Diferentemente do entendimento de autores como Teori Zavascki, Fredie Didier Jr. e Bruno Bodart, a maior parte dos doutrinadores brasileiros não vislumbram esta hipótese como uma sanção à outra parte, sustentando que há outros dispositivos no NCPC que se prestam à punição de atos protelatórios como, por exemplo, “a sanção por ato atentatório à dignidade da jurisdição e a responsabilização por dano processual”.⁴⁹

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, a hipótese prevista no inciso I do art. 311 do CPC/15, constitui mais propriamente “*antecipação de tutela fundada na maior probabilidade de veracidade da posição jurídica de uma das partes*”⁵⁰, e queo caso de abuso de direito de defesa permite ao juiz, a partir da incontrovérsia do fato constitutivo, antecipar a realização do direito, deixando à fase processual sucessiva a cognição da defesa de mérito indireta (alegação de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos) infundada.⁵¹

Ainda, este inciso deve ser lido e interpretado, nas palavras de Mitidiero, Marinoni e Arenhart:

Como uma regra abertaque permite a antecipação de 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*

⁴⁸BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de Evidência – Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. – (Coleção Liebman / Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini). p. 175.

⁴⁹MITIDIERO, Daniel, **Antecipação de Tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 3. ed. revista, atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 158.

⁵⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 56 - 57.

⁵¹MARINONI, *ibidem*. p. 56.

produzida – na petição inicial. Em suma, toda vez que houver apresentação da defesa inconsistente.⁵²

Este caso não requer apenas a incontrovérsia dos fatos constitutivos. Além disso, não pode se basear em prova documental, uma vez que deve exigir a produção de outras provas e, ainda que se abra oportunidade de prova pericial ou testemunhal, as alegações de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos deve ser infundada. Tal técnica permite que o réu suporte o tempo para a demonstração destes fatos.⁵³

Ademais, há casos em que os fatos constitutivos são evidenciados e, ainda assim, postos em dúvida pela defesa direta de forma a abrir ensejo à instrução probatória. Nesta hipótese há defesa direta, porém não é capaz de abalar a convicção formada pelos fatos constitutivos.⁵⁴

De outra banda, no entendimento de Bruno Bodart, a concessão desta medida é possível antes mesmota apresentação de defesa pelo Réu, quando este se utiliza de práticas protelatórias antes mesmo da citação, como no caso do Réu que, já ciente da existência do processo, passa a se esquivar da citação com o intuito de atrasar a marcha processual.⁵⁵

Por fim, há também o entendimento de que pode ser concedida de ofício na hipótese do artigo 311, I, em prol da defesa da ordem e probidade processual, visando coibir prejuízos à outra parte, bem como ao próprio processo, porquanto muitas das práticas nocivas perpetradas pelo Réu configuram ato atentatório à dignidade da justiça.⁵⁶

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel, **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 311.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 57.

⁵⁴ MARINONI, Ibidem. p. 57.

⁵⁵BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de Evidência – Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. – (Coleção Liebman / Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini). p. 176.

⁵⁶BODART, Ibidem. p. 176.

A segunda hipótese elencada no art. 311 do NCPC/2015 permite a concessão da Tutela da Evidência com ademonstração da maior juridicidade do direito apreciado pelo julgador, na medida em que o fato puder ser comprovado documentalmente e a tese do autor encontrar-se fundamentada em “julgamentos de casos repetitivos” (incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 978 a 987, NCPC, e recursos repetitivos, arts. 1.036 a 1.041, NCPC) ou em súmula vinculante.

Nas palavras de Daniel Mitidiero:

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. Estes precedentes podem ou não ter suas razões adequadamente retratadas em súmulas vinculantes.⁵⁷

Esta hipótese é bastante útil e muito importante para o efetivo cumprimento do direito fundamental à duração razoável do processo, bem como para que as decisões dos Tribunais Superiores sejam cumpridas desde o início da lide, contribuindo para que haja uma distribuição mais isonômica do ônus do tempo no processo.

A razão para a inserção desse inciso é que os Tribunais Superiores possuem função de interpretar o direito a partir do caso concreto e dar a última palavra a respeito de como deve ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso país.⁵⁸ Ou seja, “*jurisprudência formalmente vinculante*”.⁵⁹

Frisa-se que há necessidade de prova documental (pré-constituída) do direito e o referido inciso, na verdade, se refere e reforça o sistema de valoração de precedentes e não apenas súmulas vinculantes e julgamentos repetitivos. A tendência é dar interpretação extensiva a esse artigo.

⁵⁷MITIDIERO, Daniel, **Antecipação de Tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 3. ed. revista, atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 160.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 202.

⁵⁹ MARINONI, Ibidem. p. 322.

No caso dos recursos repetitivos julgados em recurso especial e extraordinário, como também nos casos de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, os artigos 927º e 928º do Novo CPC estabelecem:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no [art. 10](#) e no [art. 489, § 1º](#), quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

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

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Conforme entendimento do Professor Fredie Didier Junior, propõe-se interpretação teleológica e extensiva da regra, para que se estenda de que deve ser possível a concessão da tutela da evidência também quando houver tese jurídica assentada em outro precedente obrigatório, como no caso do art. 927º do NCPC/2015. Sendo caso de tese fixada em decisão do STF dada em sede de controle concentrado e dos enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional.⁶⁰

Quanto ao inciso III, trata-se de hipótese que substituiu o antigo procedimento especial de depósito. Presta-se a definir a tutela antecipada em relação ao contrato de depósito, em que, de acordo com os arts. 646º e 648º do Código Civil do ano de 2002, o juiz deve determinar a entrega da coisa, sob pena de multa. Assim, o contrato de depósito é considerado o direito evidente do autor por ser uma prova documental apta a demonstrar a proposição jurídica do autor.

Substitui, dessa forma, o procedimento especial dos arts. 901º-906º do CPC/1973 para que as partes contratem o depósito ciente de que haverá uma resposta imediata para o seu inadimplemento.

Por fim, a quarta hipótese trazida no inciso IV do art. 311º do NCPC é a *“hipótese clássica em que o tempo para produção da prova deve ser suportado pelo réu – e não pelo autor que já se desincumbiu de seu ônus probatório documentalmente.”*⁶¹ Nessa hipótese o Réu apresenta defesa de mérito indireta infundada ou defesa de mérito inconsistente.

Será uma defesa direta quando o réu atacar os fatos alegados pelo autor, negando a ocorrência; ou quando atacar as consequências jurídicas pretendidas pelo autor em virtude dos fatos ocorridos, ou seja, o réu reconhece a veracidade dos fatos, mas contesta os efeitos que o autor requer ao magistrado. Nessas duas hipóteses há uma defesa direta.

⁶⁰Didier JR., Fredi, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** - 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2, p. 625.

⁶¹MITIDIERO, Daniel, **Antecipação de Tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória.** 3. ed. revista, atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 160.

Por outro lado, a defesa do mérito será indireta quando o réu, apesar de concordar com os fatos expostos na inicial, apresente ao magistrado novos fatos, capazes de extinguir, modificar ou impedir o direito do autor, conforme determina o art. 326 do CPC.⁶²

Um exemplo seria a prescrição, pois no caso concreto, embora o autor tenha razão em sua exposição, pelo decurso do tempo previsto em lei, houve a perda da possibilidade de reivindicar judicialmente o direito.

Cumprido ressaltar que o autor, ao ajuizar determinada ação tem a obrigação de provar os fatos constitutivos de seu direito. Contudo, essa obrigação passa para o réu, quando for elaborada uma defesa de mérito indireta, vez que o réu trará ao processo fatos novos que impedem, extinguem ou modificam o direito do autor. Essa é a regra presente no art. 333^o, I e II do CPC:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Nas palavras do Professor Fredie Didier Júnior, o inciso IV exige o preenchimento de 3 pressupostos:

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

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

E o terceiro é ausência de contraprova documental suficiente do réu, que seja apta a gerar “dúvida razoável” em torno: a) do fato constitutivo do

⁶²Art. 326^o. Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental.

direito do autor; ou b) do próprio direito do autor quando adequadamente demonstrado fato que o extinga, impeça ou modifique.⁶³

Tal tutela se confunde com o julgamento antecipado do mérito, entretanto, cabe reforçar que tutela provisória de cognição sumária e não faz coisa julgada e a técnica do julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356 CPC/2015), é uma tutela definitiva e necessita cognição exauriente, dando aptidão para formação de coisa julgada material.

O parágrafo único do art. 311 ainda admite que as hipóteses II e III sejam “decididas liminarmente”, o que leva a crer que o magistrado pode conceder a tutela provisória antes e independentemente da oitiva do réu. Entretanto, como já verificado, grande parte da doutrina entende que é necessário o exercício do contraditório e da ampla defesa em qualquer das hipóteses do art. 311 do NCPC.

Tal previsão consubstancia-se no inciso II do §º do art. 9º do CPC/15, dispondo:

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

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no [art. 311, incisos II e III](#);

III - à decisão prevista no [art. 701](#).⁶⁴

⁶³Didier. JR., Fredie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito p robatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. - 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2, p. 629.

⁶⁴BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

4.3 TUTELAS DA EVIDÊNCIA EM SENTENÇA E TUTELA DA EVIDÊNCIA RECURSAL

É plenamente cabível a concessão da tutela da evidência para retirar ou evitar o efeito suspensivo do recurso de apelação preservado como regra no art. 1012, caput, CPC/15:

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: (...)

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória; (...)

§ 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.

Assim, concedida a tutela da evidência nos referidos casos dos incisos I, II e III, e IV do art. 311 do NCPC e demais diplmas legais, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório após publicada a sentença. Isso significa que a apelação eventualmente interposta pelo sucumbente não será recebida no efeito suspensivo.⁶⁵

Nos termos do artigo 1.012º, §4º do NCPC, é possível se retirar efeito suspensivo automatico do recurso de apelação quando o juiz concede a tutela da evidencia em sentenca. Entretanto, pode ser concedido se houver pedido da parte contraria, mediante decisão monocrática proferida pelo Relator. Neste caso, portanto, o efeito suspensivo se dá “*ope iudicis*” e é uma forma de tutela provisória, mas a favor do requerido/recorrente, não do autor.

Ainda, o § 4º do 1012º deixa bem claro que esse efeito suspensivo pode ser concedido sob a roupagem da tutela de urgência ("se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação") ou com os requisitos da tutela de evidência mesmo ("o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso").

⁶⁵BUENO, Cássio Scarpinella, **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 269.

Por essa razão que o Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC aprovou Enunciado distinguindo o tema em tutelas da evidência na sentença e tutela da evidência recursal:

ENUNCIADO Nº 217, DO FPPC: (arts. 1.012, § 1º, V, 311) A apelação contra o capítulo da sentença que concede, confirma ou revoga a tutela antecipada da evidência ou de urgência não terá efeito suspensivo automático.

ENUNCIADO 423, DO FPPC: (arts. 311; 995 parágrafo único; 1.012, §4º; 1.019, inciso I; 1.026, §1º; 1.029, §5º) Cabe tutela de evidência recursal.

Importante mencionar que, nos termos do artigo 1.010º, §1º, do NCPC, a tutela de evidência recursal somente pode ser concedida após a apresentação das contrarrazões ao recurso de apelação, em razão do Devido Processo Legal, podendo a outra parte impugnar a tutela fazendo uso dos meios autônomos de impugnação, tais como o mandado de segurança.⁶⁶

⁶⁶BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de Evidência – Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. – (Coleção Liebman / Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini). p. 176.

5. CONCLUSÃO

Torna-se indispensável para o direito processual civil que se viabilize, conforme o caso concreto, a tutela adequada, efetiva e tempestiva do direito pretendido, sendo fundamental o estudo da relação tempo, processo e direito, para que se busque a efetivação de uma tutela afastando os males do tempo.

Essa preocupação vem sendo observada pelos recentes diplomas legislativos, os quais tentam possibilitar ao magistrado afastar as trágicas e injustas consequências da excessiva demora na prestação jurisdicional. Para tanto, o direito fundamental à duração razoável do processo consagrado pela Emenda Constitucional 45 é um relevante avanço no direito brasileiro, e que agora vem previsto em diversos diplomas legais no novo Código de Processo Civil.

Além de direito fundamental, é um princípio e garantia constitucional processual do Estado democrático de direito brasileiro, positivado na Constituição Federal, devendo ser imposto e protegido pelos três poderes do Estado: Legislativo, Judiciário e Executivo.

Da mesma forma, o NCPC dispôs de maneira mais minuciosa a “tutela da evidência”, cobrando do legislador o seu efetivo cumprimento. Conforme visto, diante de uma tese jurídica em que se demonstrar o direito evidente, o julgador deve deferir a medida sem a necessidade da demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Esta medida se harmoniza com modelo colaborativo de processo e, da mesma forma, assenta para o cumprimento do direito fundamental à duração razoável do processo e o CPC/15 cobra do legislador o seu efetivo cumprimento.

Por outro lado, o legislador também promoveu a unidade do direito inserindo o inciso III no art. 311 do NCPC, devendo ser observadas as decisões dos Tribunais desde o início do processo.

Mesmo com o avanço consubstanciado na densificação da referida “tutela da evidência”, o processor Dr. Luiz Guilherme Marinoni critica a falta de executividade

da sentença enquanto não confirmada pelo Tribunal de Segunda Instância – de que *“a tutela da evidência pressupõe um sistema de tutela dos direitos aberto à execução imediata da sentença, aduzindo que a primeira sem a segunda é uma contradição em termos.”*⁶⁷

Diante o exposto, conclui-se que a tutela da evidência deve proporcionar a fruição imediata do direito de quem a requer, devendo ser aplicada sempre que houver defesa inconsistente do réu, bem como nos demais casos previstos no NCCP. Ao juiz, é atribuído os deveres de auxílio, diálogo, prevenção e esclarecimento, para o efetivo cumprimento do modelo de processo colaborativo e do direito fundamental à duração razoável do processo, a fim de que seja distribuído de forma mais isonômica o ônus do tempo no processo.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo CPC ainda deixou pendente garantia sobre duração razoável do processo. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/direito-civil-atual-cpc-deixou-pendente-garantia-duracao-razoavel-processo?imprimir=1>. Acesso em: 31 jul. 2017.

REFERÊNCIAS

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de Evidência – Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. – (Coleção Liebman / Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini).

BRASIL. Código de processo civil. Brasília: Presidência da República, 1973. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21, julho, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. acesso em: 20, julho, 2017.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção europeia para salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais**. 1950 Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a duração razoável do processo na Europa comunitária. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**, v. 44, 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella, **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 49.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v 1, 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

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

JOBIM, Marco Félix. **O Direito à Duração Razoável do Processo: Responsabilidade Civil do Estado em Decorrência da intempestividade Processual.** 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LEAL, Fábio Resende. **A celeridade processual como pressuposto da efetividade dos direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme, **Antecipação da tutela.** 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 273.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. **Revista Estação científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./ nov. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel, **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjos e.htm>>. Acesso em: 17, julho, 2017.

ROFFMAN, Paulo. Princípio da Razoável duração do processo.... In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino, **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.