



A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

LUIZ GUSTAVO SIMÕES VALENÇA DE MELO¹

RESUMO: O problema da (in)efetividade do processo desde há muito aflige os estudiosos do direito processual, mas, sobretudo, afeta a população que busca os serviços judiciários de uma forma geral. Exercendo o Estado, precipuamente por intermédio do Poder Judiciário, função de grande relevância social garantidora dos direitos, sobressai como uma condição primeira de legitimidade, que ofereça a prestação jurisdicional em um tempo razoável, com interferência mínima no exercício natural dos direitos dos que postulam, no desiderato de garantir o acesso à justiça e cidadania plena. É certo que a evolução normativa contribui na busca do almejado processo justo e efetivo, entretanto, é insuficiente, devendo ser aliada ao cambio de postura dos seus aplicadores que haverão de aguçar sua sensibilidade aos valores sociais e às mutações axiológicas da sociedade. De toda forma, o aperfeiçoamento legislativo é sempre necessário. Nessa perspectiva é que se almejou, de forma breve e concisa, fazer uma análise do instituto da tutela de evidência proposto pelo novo Código de Processo Civil. Observou-se que, no que tange à tutela jurisdicional, que o novo Código representará, sem dúvida um avanço, tanto do ponto de vista doutrinário como de efeitos práticos.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade processual, Direito Fundamental, Razoável duração do processo, tutela de evidência.

¹ Doutor em Direito pela Universidad de Castilla - La Mancha – Espanha (UCLM), mestre em Direito pela Universidad de Salamanca – Espanha (USAL). Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco. Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil da Faculdade ASCES. E-mail: lgustavo22@hotmail.com.

ABSTRACT: The problem of (in) effectiveness of the process long afflicted scholars of procedural law, but above all affects the population that seeks the judiciary in general. Exercising the state, primarily through the judiciary, large function guarantor social relevance of rights, stands as a first condition of legitimacy, which offers adjudication in a reasonable time, with minimal interference in the natural exercise of the rights of those who posit, the desideratum to ensure access to justice and full citizenship. Admittedly, the regulatory developments contribute in finding the desired process fair and effective, however, it is insufficient and should be combined with the posture of exchange of the applicators that there will be to sharpen their sensitivity to social values and axiological changes in society. Anyway, the legislative improvement is always needed. This perspective is that it craved, briefly and concisely, to analyze the evidence of guardianship of the Institute proposed by the new Civil Procedure Code. It was observed that, with regard to judicial review, that the new Code will represent undoubtedly a breakthrough, both the doctrinal point of view of practical effects.

KEYWORDS: Procedural Effectiveness, Fundamental Right.

Introdução

A questão da efetividade do processo é um tema que desde há muito aflige os estudiosos do direito processual, mas sobretudo que afeta a população que busca os serviços judiciários de uma forma geral. Exercendo o Estado, precipuamente por intermédio do Poder Judiciário, função de grande relevância social garantidora dos direitos, sobressai como uma condição primeira de legitimidade, que ofereça a prestação jurisdicional em um tempo razoável com interferência mínima no exercício natural dos direitos dos que postulam. Ademais, por se tratar de uma função soberana insubstituível e monopolizada.

É certo que a evolução normativa contribui na busca do almejado processo justo e efetivo, entretanto, é insuficiente, devendo ser aliada ao cambio de postura dos seus aplicadores que haverão de aguçar sua

sensibilidade aos valores sociais e às mutações axiológicas da sociedade.

De toda forma, o aperfeiçoamento legislativo é sempre necessário, pois “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”.²

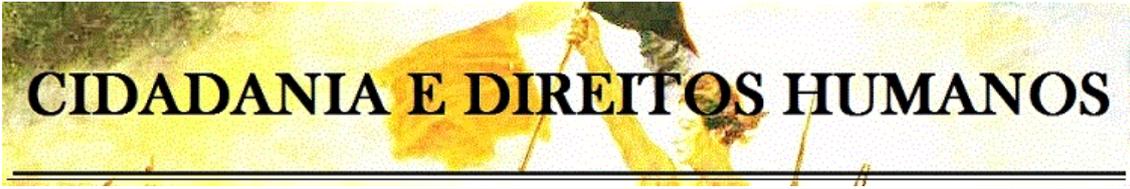
Nessa perspectiva é que se almeja, de forma breve e concisa, trazer neste trabalho uma análise do instituto da tutela de evidência adotada pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015) atualmente no período de *vacatio legis*. Para tanto, partiu-se do estudo conceitual da tutela jurídica para, ao depois, fazer uma análise crítica comparativa da sistemática atual do Código de Processo Civil e daquela trazida pelo projeto de novel estatuto de ritos, buscando-se fazer uma abordagem à luz dos direitos fundamentais sobretudo à razoável duração do processo judicial.

Da tutela estatal (jurídica e jurisdicional)

A formação do Estado moderno, com a tripartição das funções em legislativa, administrativa e judicial, pressupõe a criação de uma proteção estatal advinda de suas funções típicas, genericamente denominada de tutela jurídica.

A tutela legislativa decorre da constituição de um conjunto de normas (ordenamento) que rege a vida em sociedade e, por conseguinte,

² Exposição de motivos do novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015). Dispõe ainda a exposição que “Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.^[4] **Não há fórmulas mágicas.** O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogadas alterações significativas, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições”. (Sem grifo no original).



CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

as relações entre os indivíduos como entre estes e o ente estatal.

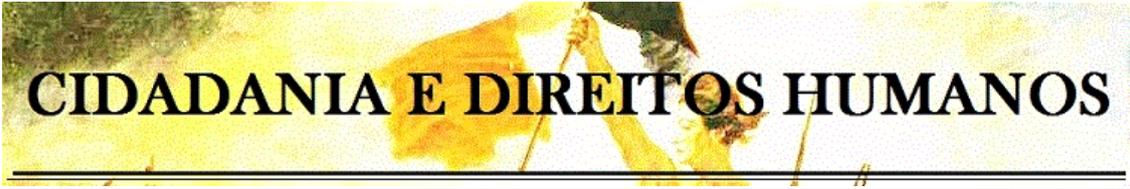
Demais disto, por meio da tutela administrativa, a cargo da Administração Pública em geral, em consonância com o ordenamento jurídico estabelecido, há que se agir concretizando os direitos materiais previstos.

Nesse diapasão, ao se falar em tutela jurisdicional, o tema deve ser contextualizado dentro destas espécies de “tutelas” (proteção, amparo) estatais ou tutela jurídica. Ocorre, que a tutela jurisdicional (proteção por meio do Judiciário) é a *ultima ratio* procurada pelo indivíduo vez que, apenas é buscada quando insuficientes a tutela legislativa e administrativa. Deveras, a tutela jurisdicional é o tipo de tutela que o Estado se obriga a prestar para tornar efetivos os direitos que reconheceu por meio das demais tutelas jurídicas. Como ensina BEDAQUE (1995: 31) é “um conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial”.

Essa proteção estatal decorre de sua prerrogativa de solucionar os conflitos entre os indivíduos, pois GRINOVER (2012: 129):

(...) uma das funções do estado, mediante a qual este substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça (...) mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; (...) sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Na exata medida em que o Estado tem o monopólio da prestação jurisdicional, esta se converte em uma garantia fundamental, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição, cujo desiderato tem caráter concreto, vez que “*la diferencia de la tutela genérica que es toda*



CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

ley, la jurisdicción relaciona la norma con el caso concreto de un derecho o interés que se considera vulnerado” (CASANOVA, 1989: 295).

Distante de alcançar o seu objetivo constitucional de tutelar pela jurisdição, está a mera decisão do conflito, vez que a “tutela jurisdicional relaciona-se, pois, com o direito material; distinguindo-se de prestação jurisdicional (serviço jurisdicional) ou dever de resposta ao poder de ação”. (BEDAQUE, 1995: 25).

Nesse sentido, esclarecedora é a lição de DINAMARCO (1995: 25):

Tutela jurisdicional não é mero exercício da jurisdição, ou outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever que tem contraposto o poder de ação. A ação está satisfeita com a emissão de provimento de mérito, favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados. O resultado desejado é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito.

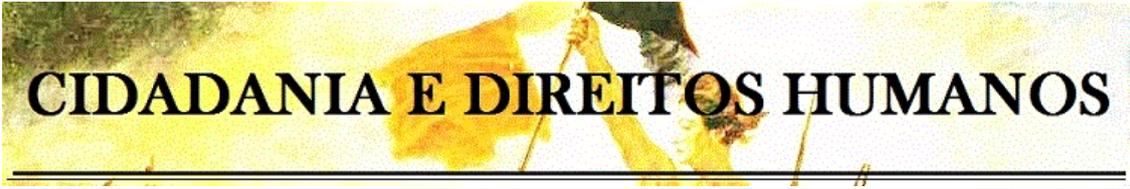
Arrematando a questão BEDAQUE (1995: 25), leciona que:

Importante estabelecer o exato significado de tutela jurisdicional. É a análise do fenômeno processual do ângulo de quem tem razão. O escopo do processo é a tutela, seja da situação material do autor, seja do réu. Somente com ela obtém-se a pacificação definitiva. Está consubstanciada no provimento jurisdicional que acolhe a pretensão de uma das partes.

Ressalte-se, que a tutela jurisdicional é a única espécie de tutela estatal típica que demanda um requerimento formal do interessado para que possa ser prestada, vez que a jurisdição, por sua vez, é a única das funções típicas de Estado que tem por características a inércia e imparcialidade, necessitando de provocação para que seja prestada.

Conforme ensina DANTAS (2007: 57):

Se a tutela jurídica é a tutela de interesses por intermédio da qual o Estado privilegia os interesses, transformando-os – mercê da incidência da norma jurídica – em direitos subjetivos, a tutela



CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

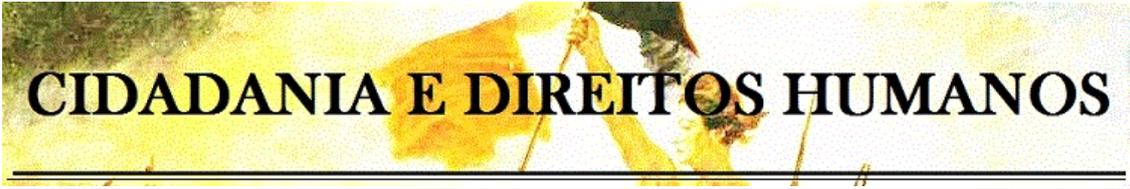
jurisdicional é a garantia que o Estado dá de que os direitos por ele reconhecidos serão realizados, ou seja, satisfeitos. Em consequência, a tutela jurisdicional é a tutela de direitos.

Nesse contexto, a preocupação inicial que se demonstra com o tema da tutela jurisdicional se dá na forma com se coloca, por vezes, tratando-a como se fora a única ou a primeira forma de tutela jurídica, o que, definitivamente, não se dá. Assim, parece claro que o Estado tem a obrigação de prestar um serviço jurisdicional efetivo, célere e em um tempo razoável, buscando-se, constantemente aperfeiçoá-lo. De outro aspecto, também resta patente que essa busca deve se dar em um contexto onde também se procure aprimorar as demais tutelas jurídicas estatais (legislativa e executiva).

Da tutela jurisdicional

Tomando-se por parâmetro a estabilidade da tutela jurisdicional prestada, recordando ser a definitividade uma das características da jurisdição, como também levando em consideração a divisão da tutela em seus diferentes planos (horizontal e vertical) é que far-se-á sua classificação.³ No plano horizontal – cuja cognição tem por limite os elementos objetivos do processo, quais sejam: questões processuais, condições da ação e mérito, a tutela pode ser prestada com base em uma cognição plena ou parcial. A tutela jurisdicional prestada com cognição plena é denominada ordinária (aquela definitiva prestada depois de se seguir o rito determinado pela norma processual, com asseguramento às partes do devido processo legal), de outra banda, a tutela baseada em cognição parcial é tida como extraordinária, excepcional ou de urgência vez que é provisória, prestada em situações atípicas de modo que

³ Para um estudo mais aprofundado: WATANABE, K. (2000). *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller.



CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

posteriormente será substituída pela definitiva, com eficácia enquanto se aguarda a solução definitiva do conflito).

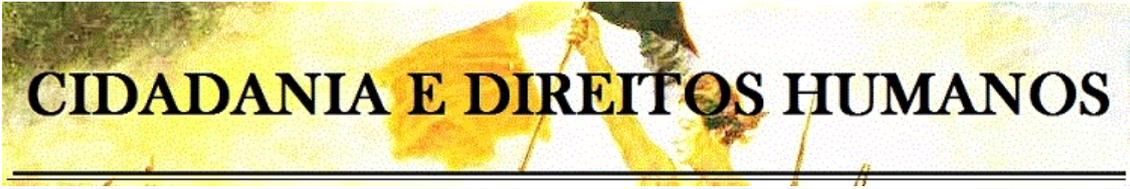
Deveras, a técnica de cognição permite a construção de procedimentos adequados às verdadeiras necessidades dos indivíduos na prestação da tutela, vez aquela concebida pelo atual procedimento comum ordinário, como regra, se revelou insuficiente para alcançar o desiderato constitucional que lhe foi imposto.

MARINONI (2000: 14) preleciona que:

A doutrina, ao estabelecer o procedimento ordinário como o procedimento padrão de tutela de direitos, mostrou-se despreocupada e indiferente em relação às diversas necessidades do direito material e da realidade social. O procedimento ordinário, como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito substancial e, portanto, a sua universalização é algo impossível. Aliás, o que hoje se assiste nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência deste procedimento.

Não é viável, em um sistema racional de resolução de conflitos, que o ônus do tempo do processo recaia, unicamente, sobre uma das partes, no caso, o autor. Sendo o Estado, em última análise, o responsável pela atribuição dos direitos a seus respectivos titulares, não pode se manter alheio à realidade social. Considerando-se que, no plano do direito substancial, há situações que evidenciam a titularidade do direito, desde logo, o tempo na tramitação do processo deve ser dividido de forma distinta se adequando os procedimentos à realidade, vez que o contrário não é possível. Conforme TUCCI (1992: 73):

(...) o fator tempo que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo da crise da justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice* o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os



CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

membros da comunhão social.

Sendo o tempo uma das dimensões fundamentais da vida e sendo o buscado por meio do processo um fator que interfere na felicidade do cidadão que o reivindica, se pode concluir que a demora no processo gera insatisfação e infelicidade pessoal (MARINONI, 2000: 17). O Estado, pelo Judiciário, não pode desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo, vez que é uma de suas obrigações propiciar o bem-estar social.

Há que se ter em conta, ainda, que a tutela de direitos, por si só, deve ser tida como um direito fundamental, pois (MARINONI, 2000: 27).

(...) a categoria do direito à tutela dos direitos permite a elaboração de uma dogmática capaz de responder mais adequadamente às relações entre direito material e o direito de ação. Essa nova construção teórica, além de preocupada com a proteção do direito material, evidencia que a ação, embora abstrata, deve estar adequada às formas de tutela prometidas pelo direito material. Trata-se, assim, de uma concepção de ação fundada na teoria dos direitos fundamentais, fixando-se nas idéias de dever de proteção (ou de tutela) estatal e de direito fundamental de ação.

Estabelecidas as bases teóricas do presente estudo, a análise recairá sobre o sistema processual civil pátrio, a partir do prisma comparativo da norma atual e o Código de Processo Civil que entrará em vigor.

Sistemática do atual Código de Processo Civil

Na busca de se estabelecer um processo justo, com maior grau de efetividade, o direito processual civil, em especial o Código de Processo Civil, sofreu nos últimos anos várias reformas. Acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica, desburocratizada, flexível e

efetiva tem sido o desiderato principal dos estudiosos do direito processual.

No atual sistema do Código de Processo Civil brasileiro, a denominada tutela de urgência é prestada por intermédio das medidas cautelares e da antecipação dos efeitos da tutela definitiva. MONTENEGRO FILHO (2011: 275-279) lembra que a medida cautelar e a tutela antecipada, são espécies de mesmo gênero, justificando a semelhança pela existência do *periculum in mora*, como regra, assim como na possibilidade de que ao deferir a tutela antecipatória seja verificada a característica incontroversa do pedido. Afirma que “tanto a medida cautelar propriamente dita como a medida antecipatória representam providências, de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório”, distinguindo-as no que se refere à garantia de uma pretensão no caso da cautelar, enquanto já a realização de imediato da pretensão na antecipação da tutela.

É certo, que tem sido grande a preocupação do legislador com as chamadas tutelas de urgência, imprescindíveis para a efetividade do processo: elas preservam o resultado e evitam que o réu possa aproveitar-se da demora para auferir vantagens indevidas. A ampliação das hipóteses de cabimento é prova inequívoca dessa preocupação do legislador (GONÇALVES, 2011: 241-242). Sem embargo, antes mesmo das reformas referidas e até da Constituição Federal em vigor, já havia procedimentos especiais, no Código de Processo Civil/1973 e na legislação extravagante, com a possibilidade de obtenção de tutelas urgentes, de forma imediata e satisfativa, do bem de vida, à guisa de exemplo temos que o Código admitia a proteção possessória, com evidente caráter satisfativo, desde o início do trâmite do processo respectivo (artigo 928 CPC); a lei que regulava o processo de mandado de segurança (Lei 1.533/51), em seu artigo 7º, previa a hipótese da concessão da ordem,

também em caráter liminar.

Desde então, já era possível estabelecer uma distinção entre as medidas cautelares e as de antecipação dos efeitos da tutela, posto que as primeiras, trazidas nos artigos 796 e seguintes do Código Processual Civil, objetivavam garantir o resultado prático do processo e não visando à satisfação imediata com a entrega do bem perseguido. Enquanto a segunda, mesmo não prevista expressamente no Código, àquela época, acontecia, na prática, por intermédio das liminares em procedimentos especiais, sendo que, nestes casos, havia a plena satisfação com a obtenção do bem buscado.

Há diferenças de requisitos, objetos e alcance das medidas, como preleciona MARCATO (2008: 826), que ponderando sobre a tutela antecipada, afirma que nesta “predomina o entendimento de que não se trata de cautelar, pois não se limita a conservar situações para assegurar a efetividade do resultado final, mas implica antecipação do próprio resultado”.

Acentuando esta diferença tem-se (DIDIER JR, 2012: 452):

Sob essa perspectiva, somente a tutela antecipada pode ser satisfativa e atributiva, quando antecipa provisoriamente a satisfação de uma pretensão cognitiva e/ou executiva, atribuindo bem da vida. Já a tutela cautelar é sempre não-satisfativa e conservativa, pois se limita a assegurar a futura satisfação de uma pretensão cognitiva ou executiva, conservando bem da vida, embora possa ser tutelada antecipadamente.

Nesse direção, também o entendimento de BEDAQUE (2001: 27):

(...) Distinguem-se, todavia, pelo caráter satisfativo de uma, inexistente na outra. As medidas cautelares exerceriam em nosso sistema apenas a função de assegurar a utilidade do pronunciamento futuro, mas não antecipar seus efeitos materiais, ou seja, aqueles pretendidos pela parte no plano substancial. A diferença fundamental entre ambas residiria, pois, nesse aspecto provisoriamente satisfativo do próprio direito material cuja tutela é pleiteada de forma definitiva, ausente na cautelar e inerente na

antecipação.

Mesmo com tão nítidas diferenças, a simples semelhança de gênero, estas medidas de urgência ainda não vinham sendo manejadas de modo satisfatório pelos profissionais do direito inviabilizando, por vezes, a prestação jurisdicional em razão da inércia que a deve permear. Assim, a não adequação formal do pedido era suscetível de obstaculizar a concessão de tutela urgente adequada ao caso concreto. Visando superar tal circunstancia foi introduzida em nosso código processual civil, a figura da fungibilidade das medidas de urgência, prevista no artigo 273, § 7º.⁴

A evolução do direito processual tem que levar em consideração, como dito, o direito material, “na medida em que se reconhece a necessidade de o instrumento se adequar ao objeto, o processo e seus institutos fundamentais devem ser amoldados à luz das necessidades sociais, que fazem surgir novas relações jurídicas” (BEDAQUE, 1995: 46-47). Assim, leciona MARINONI (2011: 29):

A tutela antecipatória prevista no Código de Processo Civil (art. 273), é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A tutela antecipatória constitui instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio

⁴ CPC, artigo 273, § 7º, “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental ao processo ajuizada”. “Assim, em casos urgentes, o juiz não pode deixar de conceder a medida simplesmente por reputar que ela não foi requerida pela via que considera cabível. Nessa hipótese, se presentes os requisitos, o juiz tem o dever de conceder a tutela urgente pretendida e, se for o caso, mandar a parte posteriormente adaptar ou corrigir a medida proposta. O texto do artigo 273, do parágrafo 7º, deixa clara a antes mencionada fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar. Diversamente do que pode parecer com uma leitura rápida, a providência de natureza cautelar pode ser postulada ainda que não tenha expressado pleito de antecipação de tutela. Pode ocorrer de o autor não ter pedido antecipação de tutela (até mesmo por eventualmente não lhe interessar tal antecipação), mas ter pedido providência de natureza diversa do provimento final almejado, com os requisitos suficientes para a concessão de medida cautelar. Nessa hipótese, a norma autoriza o pedido (cautelar)em processo de conhecimento. Por outro lado, e embora a regra não o diga expressamente, as razões antes expostas evidenciam que fungibilidade também haverá de ser reconhecida no sentido oposto – ou seja, poderá haver deferimento de tutela antecipada requerida sob a forma de “medida cautelar”. (WAMBIER, L., 2006: 37-38).

de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I), mas também porque permite a antecipação da realização dos direitos nos casos de abuso do direito de defesa (art. 273, II) e de parcela incontroversa da demanda (art. 273, § 6º). Desta forma concretiza-se o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, mais do que isso, restaura-se a idéia que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material de que o tempo do processo não pode ser ônus suportado unicamente pelo autor.

Desse contexto se extrai a importância da tutela de urgência, como técnica que permite tratamento diferenciado aos direitos evidentes e que correm risco de lesão, merecendo imediata resposta estatal para que o processo alcance um grau de efetividade suficiente para que seja aceito no seio social não apenas como instrumento técnico de resolução de conflitos, mas como um instrumento ético de realização de direitos. Daí a necessidade de analisar o novel estatuto de ritos civis, em vista desta espécie de tutela.

Tutela de evidência no novo Código de Processo Civil

Sistemática adotada

A tutela baseada em cognição parcial do novo Código de Processo Civil é tratada na Parte Geral, Livro V, denominado "Tutela Provisória", compreendendo os artigos 294 a 311.

Em termos formais, a virtude inicial da norma é a adequada sistematização do tema das tutelas e, sobretudo, sua diferenciação. Põe-se fim ao atual Livro III, relativo apenas ao processo cautelar. Cria-se, em sede legislativa, o gênero tutelas provisórias das quais são espécies a tutela de urgência e a tutela de evidência.

A tutela de provisória de urgência, cautelar ou satisfativa, será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a

plausibilidade do direito, bem como o risco de dano ou risco ao resultado útil do processo (artigo 300); de outra parte, a tutela de evidência deverá ser prestada quando, em cognição sumária, o direito pleiteado estiver evidenciado em juízo, obtido por meio de provas incontestáveis, líquidas, certas, notórias, incontroversas, impassíveis de contestação séria. Ambas poderão ser requeridas de modo autônomo ou incidental, conforme artigo 294.⁵

Por derradeiro, apenas a título de passagem por não ser o objeto principal deste estudo, dispositivo que merece atenção e crítica, devido a sua duvidosa constitucionalidade, é o trazido no artigo 302 do projeto, que dispõe:

Artigo 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

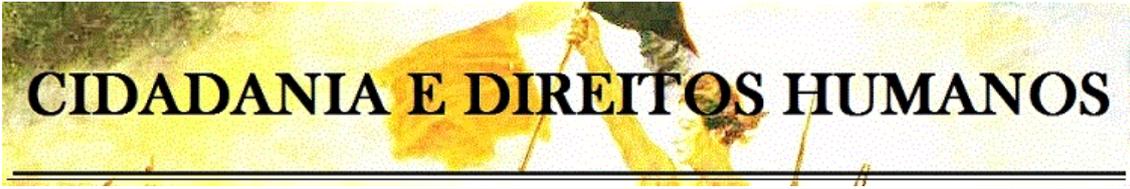
IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Ao que parece, o legislador quis transferir à parte a responsabilidade civil objetiva por um dano causado por ato do Estado, responsável pela decisão concessiva da medida pleiteada ao particular requerente.

Dos direitos evidentes

⁵ 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.



CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

O direito evidente não é propriamente uma categoria de direito material, sendo, de fato uma manifestação, uma demonstração do direito. Sua conceituação, toma em conta o grau de possibilidade de ser acolhido junto ao Poder Judiciário, em um processo instaurado. No magistério de FUX (2000: 23-24):

A expressão vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente. São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada.

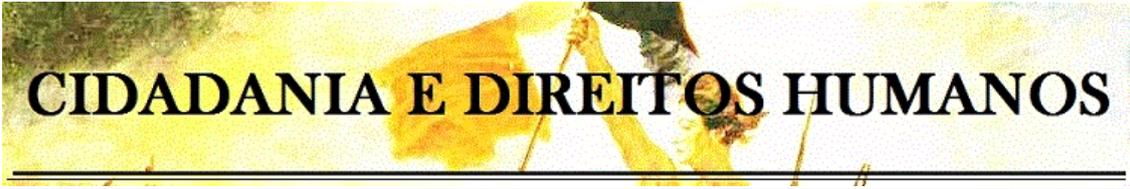
Assim, a evidência representa uma situação que a probabilidade de certeza é quase absoluta, há nela uma verossimilhança preponderante, ou seja, se leva em consideração a expectativa de êxito e não o conteúdo.

DIDIER JR (2010: 408), a define como:

(...) uma situação processual em que determinados direitos se apresentam em juízo com mais facilidade do que outros. Há direitos que têm um substrato fático cuja prova pode ser feita facilmente. Esses direitos, cuja prova é mais fácil, são chamados de direitos evidentes, e por serem evidentes merecem tratamento diferenciado.

Na lição de FUX (2000: 34):

(...) a evidência não se cinge ao plano objetivo-normativo, por isso que, nesse sentido, todos os direitos são evidentes, na medida em que se exige do legislador ao estabelecer direitos que o faça imune de dúvidas. O problema se põe no plano fático, sobre ser evidente ou não o direito demonstrado ao juízo para viabilizar a tutela sumária não cautelar, de satisfatividade plena e por vezes irreversível. Os fatos, como sabido, são levados ao juízo através das provas, razão pela qual, quando se aduz a direito evidente, diz-se direito evidenciado ao juízo através das provas. Essa característica tem natureza mista material e processual. Sob o



CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria. (...).

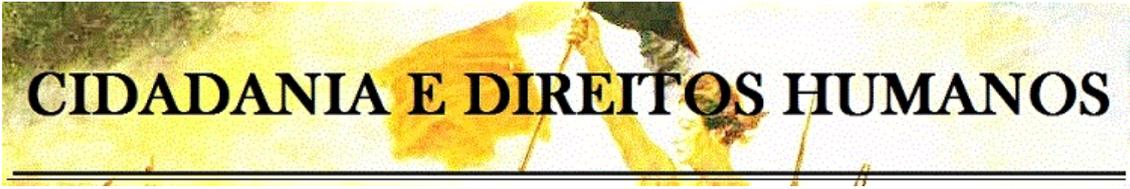
Assim, é evidente o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em "manifesta ilegalidade", o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição.

Cabe aqui frisar que a situação de evidência reclama uma proteção diferenciada, afastando-se a aplicação do procedimento ordinário, vez que há que se introduzir no processo uma logicidade cidadã, de continuidade da vida cotidiana com exercício natural dos direitos proclamados no ordenamento, sem que o processo sirva apenas de obstáculo a este. Se o Estado veda ao indivíduo a justiça de mão própria, fazendo incontinentemente valer seu direito, contrai, ao mesmo tempo, a obrigação de fazer com que o seu substituto constitucional faça o mesmo, sob a advertência de ANDOLINA (1983: 21) de que:

Se o processo retira da vida o seu próprio impulso, ele não pode – apenas porque se destina a “descobrir a verdade” – deixar de considerar as necessidades do autor, a menos que deseje celebrar, através de um procedimento fúnebre, não só o seu rompimento com a vida, mas também a sua completa falta de capacidade para realizar os escopos do Estado.⁶

Ora, se o direito discutido está claro em favor de uma das partes, não há porque não entregá-lo, ainda que provisoriamente a ela. Já pregava FUX (2000: 29) que se devia:

⁶ Tradução livre



CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

(...) estender aos direitos evidentes o regime jurídico da tutela de urgência segurança, no sentido da concessão de provimento imediato, satisfativo, realizador e mandamental, admitindo-se na mesma relação processual eventuais perdas e danos caso advenha a reforma diante da irreversibilidade gerada pela decisão.

Não é em outra direção que o novel Estatuto de ritos civis consagra a tutela aos direitos evidentes uma seção própria no livro relativo à tutela provisória da parte geral, como adiante se verá.

Previsão normativa

A disciplina específica, relativa à concessão da tutela de evidência, está explicitada no artigo 311, do novo Código de Processo Civil, dispondo que:

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;

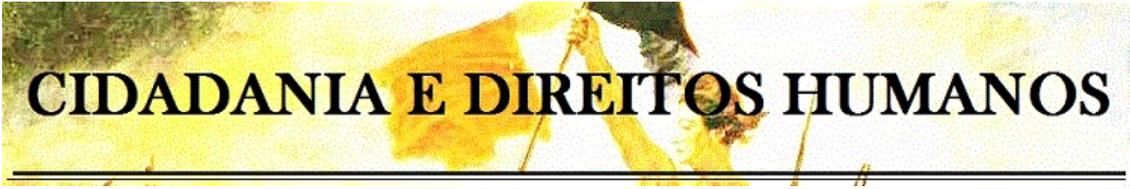
II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

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.

Ainda que em seu bojo o dispositivo contemple algumas situações atualmente alcançadas pela figura da antecipação dos efeitos da tutela a grande inovação introduzida será no sentido de se subtrair o clássico requisito da “possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação”, restando cristalina que a urgência da medida não se funda na



CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

probabilidade de dano, mas na probabilidade de acolhimento da pretensão.⁷

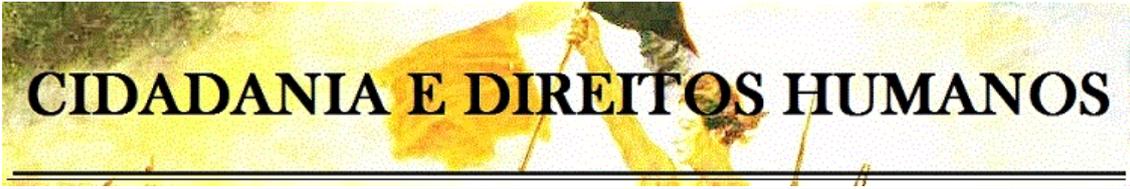
A tutela do direito evidente pertence ao campo da "justiça", e não estritamente ao campo do direito. A Escola da "norma fundamental" de Kelsen, bem como os neopositivistas, não enxergaram o valor "justiça" como fundamento do direito senão como uma "aspiração emocional". Entretanto, convence-nos a doutrina de Miguel Reale de que a "teoria da justiça" como fundamento do direito nunca alcançou contornos tão vivos e originais como em nosso tempo, sobretudo à medida que vieram adquirindo maior profundidade os estudos de axiologia ou teoria dos valores. (FUX, 2008: 57).

O texto da norma revela o pensamento de seus idealizadores de que "o direito evidente, fartamente comprovado, admite cognição rápida, sumária e exauriente" (FUX, 2008: 57).

Traz o dispositivo quatro hipóteses onde o julgador deve conceder a tutela jurisdicional, como dito, "independentemente da demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo".

Na primeira, prevista no inciso I, quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte. Tal dispositivo põe termo a qualquer dúvida que ainda pudesse permear a possibilidade de concessão da tutela em favor do réu, em pedido reconvenicional, vez que extirpou a restrição terminológica do vocábulo "réu". Atualmente existe previsão semelhante no artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil (antecipação dos efeitos da tutela), onde se busca a evidência do direito requerido na postura do réu, vez que ao tentar retardar indevidamente o trâmite do processo demonstra, no mínimo, o receio da decisão definitiva estatal incompatível com o sentimento de titularidade do direito disputado.

⁷ HARTMANN (2012: 155) já observa a existência de mecanismos previstos no Código de Processo Civil que autorizam a tutela de evidencia, citando como exemplos a resolução liminar do mérito na forma do artigo 285-A, a resolução liminar do mérito na forma do artigo 739, inciso III, e a antecipação dos efeitos da tutela da parte incontroversa do pedido.



CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

Como dito, diversamente do atual Código de Processo Civil, na previsão da antecipação dos efeitos da tutela a tutela de evidência não está a exigir a existência do *periculum in mora* ou prova inequívoca da verossimilhança da alegação, somado ao do manifesto propósito protelatório do réu, mas sim este requisito isolado (MONTENEGRO, 2011: 275-279).

Há que se ressaltar que, da mesma forma que o preceito atual, não se cuida de uma sanção processual por litigância de má fé, prevista em dispositivo próprio, mas da percepção de verossimilhança do direito pelos elementos de convicção trazidos por uma parte somados á postura da parte adversa.⁸

A segunda hipótese normativa do projeto se dá quando “as alegações puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (sic). É o que a doutrina denomina de precedentes obrigatórios, quando uma questão de direito já tem sua decisão consolidada nos tribunais superiores, podendo ser prestada tutela imediata em favor daquele cujo direito foi, em caso análogos, ainda que em instâncias diversas, reconhecido pelo Poder Judiciário. Trata-se de evidência do direito pela força dos precedentes judiciais demonstrados documentalmente. Entendo que, em vista do princípio constitucional da isonomia, deveria o legislador ter estendido o alcance do dispositivo a

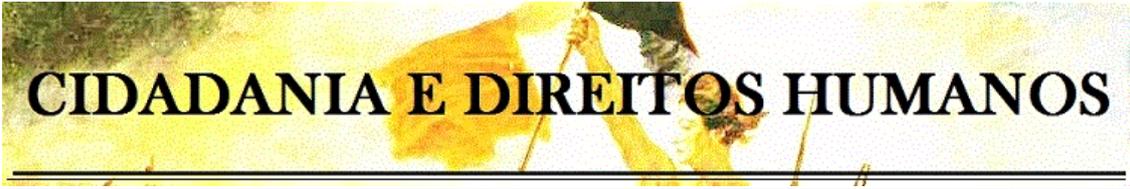
⁸ Como assevera MARCATO (2008: 830), comentando a legislação atual: “Na situação do inciso II do art. 273, a razão de ser da antecipação é completamente outra, não vinculada ao perigo concreto de dano. Revela a existência de postura assemelhada à litigância de má-fé, já regulada pelos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. De fato, a possibilidade de os efeitos serem antecipados em razão do comportamento assumido pelo réu, consistentes em apresentar defesa despida de seriedade, não esta ligada a perigo de dano concreto. Destina-se tão somente a acelerar o resultado do processo, pois o direito afirmado pelo autor é verossímil, circunstância que vem reforçada pela inconsistência dos argumentos utilizados pelo réu em sua resposta. Ou seja, a existência do direito é provável não só pelos argumentos deduzidos pelo autor, como também pelos apresentados na defesa”.

todas as hipóteses do artigo 332 do novo CPC,⁹ vez que se trataria simetricamente as partes. Ora, não é razoável, equânime nem tampouco isonômico determinar que o magistrado julgue liminarmente improcedente o mérito, rechaçando o direito pleiteado pelo autor quando contrariar os referidos precedentes e não possa assegurar, ainda que provisoriamente, o direito quando a inicial estiver embasado nestes.

Também deve ser concedida a tutela, desde logo, quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa” (sic). O texto não olvidou a prontidão da tutela os casos típicos de alienação fiduciária em garantia, desde muito, inclusive em afronta a constituição, tratados com privilégios não explicáveis do ponto de vista estritamente jurídico.

Por derradeiro se contempla a hipótese da inicial vir instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Tal situação, não prevista no ordenamento atual, representa significativa inovação no caminho da efetividade processual, na medida em que aproxima o direito material de seu titular, de modo que não sofrerá o ônus do tempo decorrido no processo, sem que para isso tenha que demonstrar a existência de perigo na demora do trâmite. Como enfatizado, não é razoável que alguém que demonstre, de modo cristalino, seu direito tenha que sofrer com o decurso do tempo necessário ao processo, beneficiando aquele que não trouxe, em sua defesa, oposição consistente ao pleito que lhe é dirigido.

⁹ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.



CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

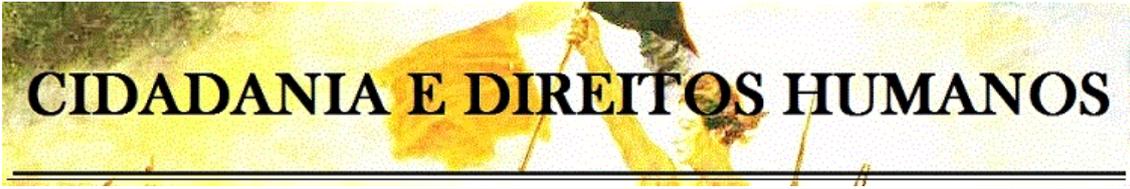
Deveras, a tutela deve ser imediatamente prestada ou negada¹⁰ quando houver evidência da existência ou falta do direito pretendido, vez que não é razoável alongar indevidamente um processo quando, de pronto ou em seu curso, ficar constatada a razão ou sua ausência em relação ao demandante.

Considerações Finais

Ao atinente à tutela jurisdicional, o novo Código representa, sem dúvida um avanço, tanto do ponto de vista doutrinário como de efeitos práticos. Em termos acadêmicos é salutar a distinção clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. A resposta do Judiciário, por mandamento constitucional, deve ser sempre rápida, sobretudo em situações de urgência quando decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Entretanto não se pode olvidar que a urgência não é a única situação em que a tutela dever ser prestada de modo diferenciado, também nas hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva, evidente, ainda que não haja o *periculum in mora*, pois inexistente motivo relevante para a espera até o final do procedimento, o que, no mais das vezes, apenas agrava o dano sofrido pela parte titular do direito.

Desde o ponto de vista prático, há que se avançar em direção à efetividade, com diminuição do formalismo burocrático, vez que a razão de ser do processo é instrumental, justamente permitindo a discussão acerca do direito material. Com efeito, temos que buscar cada vez mais transformar o processo em um instrumento de aproximação entre o

¹⁰ Verificadas, por exemplo, a ocorrência da prescrição ou decadência, se tem como evidente a ausência do direito pretendido.



CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

direito material e o seu titular (entre o crédito e o credor, a posse e o possuidor), impedindo que se transforme em um mero obstáculo técnico-formal entre ambos. Assim, há que se trazer ao processo uma maior carga de justiça do que chamo de “lógica cidadã” no sentido da lógica processual não contrariar o movimento natural de exercício dos direitos decorrentes da realidade social.

Nessa direção parece apontar a inovação legislativa do novo Código ao contemplar a tutela de evidência, conferindo um tratamento sumário de rápida solução aos casos em que o direito alegado aparecer, de plano, manifesto, sem subterfúgios aos olhos do julgador que deve proceder sempre com a percepção dos fatores axiológicos e éticos que precedem a formal aplicação jurisdicional da norma.

Referências

ANDOLINA, I. (1983). **“Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizional.** Milão: Giuffrè.

BEDAQUE, J. (1995). **Direito e Processo.** São Paulo: Malheiros.

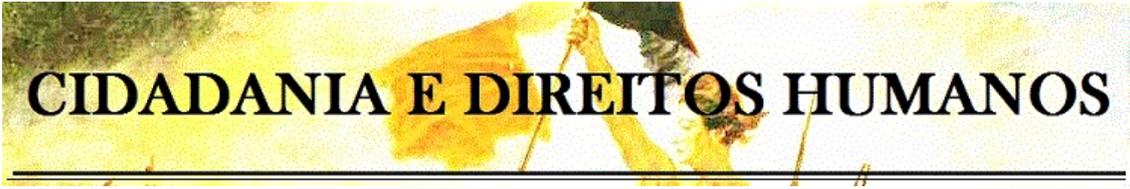
_____. (2001). **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgências (tentativa de sistematização).** São Paulo: Malheiros.

CASANOVA, J. (1989). **Teoría del Estado.** Barcelona: Editorial Vicens-Vives.

DANTAS, F. (2007). **Teoria Geral do Processo (jurisdição, ação (defesa), processo).** São Paulo: Método.

DIDIER JR. F., BRAGA P., OLIVEIRA, R. (2012). **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: JusPodivm.

DIDIER JR. F, CUNHA, L, BRAGA, P, OLIVEIRA, R. (2010). **Curso de direito processual civil – Execução.** Salvador: JusPodivm.



CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

FUX, L. (2000). **A tutela dos direitos evidentes**. In: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Brasília, ano 2, número 16: 23-43.

_____. (2008). **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense.

GONÇALVES, M. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva.

GRINOVER, A, DINAMARCO, C, CINTRA, A. (2014) **Teoria Geral do Processo**. São Paulo Malheiros.

HARTMANN, R. (2012). **Curso de Direito Processual – Teoria Geral do Processo**. Niterói: Impetus.

MARCATO, A. (2008). **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas.

MARINONI, L. (2011). **Antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. (2000). **Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MONTENEGRO FILHO, M. (2011). Projeto do Novo Código de Processo Civil – Confronto entre o CPC atual e o Projeto do Novo CPC: com comentários às modificações substanciais. São Paulo: Atlas.

TUCCI, R. (1992). **Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal**. In: REPRO, vol. 66.

WAMBIER, L, ALMEIDA, F, TALAMINI, E. (2006). **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

WATANABE, K. (2000). **Da cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller.