

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND**

ANGELO MARSILI DE MENEZES

**AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA NO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

RIO DE JANEIRO

2022

ANGELO MARSILI DE MENEZES

**AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA NO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Haroldo de Araújo Lourenço da Silva.

RIO DE JANEIRO

2022

CIP – Catalogação na Publicação

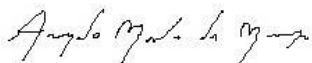
dM543h

de Meneze, Angelo Marsili de
As Hipóteses de Cabimento da Tutela da Evidência
no Código de Processo Civil de 2015 / Angelo Marsili
de de Meneze. -- Rio de Janeiro, 2022.
60 f.

Orientador: Haroldo de Araujo Lourenço da Silva.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Tutela. 2. Evidência. 3. Morosidade. 4.
Tempo. I. de Araujo Lourenço da Silva, Haroldo, orient. II.Título.

Autorizo, apenas para fins acadêmico e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia, desde que citada a fonte.



Rio de Janeiro, 2 de março de 2022

Assinatura

Data

ANGELO MARSILI DE MENEZES

**AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA NO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Haroldo de Araújo Lourenço da Silva.

Data: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2022

RESUMO

MENEZES, Angelo Marsili de. AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA. Rio de Janeiro, 2022. Monografia de final de curso. Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

A prestação jurisdicional é adaptável de acordo com as circunstâncias específicas do quadro probatório que se apresenta diante do magistrado. Nas hipóteses em que há alta probabilidade do direito alegado, seria injusto que a técnica processual não se adequasse. Por conta disso, a tutela da evidência desponta como mecanismo apto a equacionar o ônus do tempo de trâmite processual e a clareza do direitos alegado pela parte. O objeto deste trabalho é explorar as quatro hipóteses de cabimento da tutela da evidência do Código de Processo Civil de 2015 em diálogo com as principais características do instituto, aliando o estudo da jurisprudência e doutrina.

Palavras-Chave: Tutela; Evidência; Morosidade; Tempo.

ABSTRACT

MENEZES, Angelo Marsili de. *The hypotheses for tutelage of evidence in Civil Procedure Code of 2015.* Rio de Janeiro, 2022. Monografia de final de curso. Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Jurisdiction is adaptable according to specific circumstances of the evidentiary framework presented to the magistrate. In cases where there is a high probability of alleged right, it would be unfair for the procedural technique not to be adequate. Because of this, the tutelage of evidence emerges as a mechanism capable of equating the burden of procedural time and the clarity of the rights claimed by the party. The object of this work is to explore the four hypotheses for the protection of evidence of the Civil Procedure Code of 2015 in dialogue with the main characteristics of the institute, combining the study of jurisprudence and doctrine.

Keywords: Tutelage; Evidence; Slowness; Time.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC/02	Código Civil de 2002
CJF	Conselho da Justiça Federal
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
ABSTRACT	6
LISTA DE ABREVIATURAS.....	7
INTRODUÇÃO	2
1 A temática da tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015	2
2 A jurisprudência e a doutrina na aplicação da tutela da evidência.....	5
3 A relevância do estudo da tutela da evidência.....	6
CAPÍTULO I – A TUTELA DA EVIDÊNCIA	7
I. 1 A transição da tutela da evidência para o Código de Processo Civil de 2015	7
I. 2 A evidência.....	10
I. 3 Conceito de tutela da evidência.....	12
I. 4 A tutela da evidência e a duração razoável do processo	14
I. 5 A tutela da evidência e o contraditório.....	15
I. 6 Tutela da evidência e tutela de urgência	17
I. 7 Procedimento.....	17
I. 8 Tutela da evidência e julgamento antecipado do mérito	19
I. 9 Tutela da evidência cautelar	20
CAPÍTULO II – TUTELA DA EVIDÊNCIA PUNITIVA	22
II. 1 Contornos gerais da tutela da evidência punitiva	22
II. 2 A dimensão principiológica da tutela da evidência punitiva	25
II. 3 Distinções terminológicas	26
II. 4 Atos anteriores à instauração do processo	29
II. 5 Tutela antecipada sancionatória e a litigância de má-fé	30
II. 6 Tutela antecipada sancionatória e litisconsórcio.....	32

CAPÍTULO III – TUTELA DA EVIDÊNCIA FUNDADA EM PRECEDENTE OBRIGATÓRIO.....	34
III. 1 Contornos gerais da tutela da evidência fundada em precedente obrigatório	34
III. 2 Extensão do termo “prova documental”	36
III. 3 Tutela da evidência e o sistema de precedentes vinculantes	36
III. 4 Tutela da evidência e o dever de fundamentação judicial	39
CAPÍTULO IV – TUTELA DA EVIDÊNCIA DOCUMENTADA DE CONTRATO DE DEPÓSITO	41
IV. 1 Contornos gerais da tutela da evidência documentada de contrato de depósito ...	41
IV. 2 O contrato de depósito e a exclusão do procedimento especial de depósito.....	41
IV. 3 Prova documental adequada.....	42
IV. 4 Exigibilidade da mora	43
IV. 5 Cominação de multa.....	44
CAPÍTULO V – TUTELA DA EVIDÊNCIA DOCUMENTADA NA AUSÊNCIA DE CONTRAPROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE	46
V. 1. Contornos gerais da tutela da evidência documentada na ausência de contraprova documental suficiente	46
V. 2 Alcance da evidência documentada.....	46
V. 3 A que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável	47
V. 4 Tutela da evidência ou julgamento antecipado do mérito?	47
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

1 A temática da tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015

A discussão sobre a relação estabelecida entre o direito material e processual gastou rios de tinta das canetas dos juristas. Na doutrina pátria, o consenso parece ter sido aparentemente alcançado, embora poucos autores ainda resistam pontualmente.

Inicialmente, vigorou como concepção da relação entre o processo e o direito material a teoria imanentista ou civilista. Encabeçados por Savigny, os adeptos dessa corrente entendiam que o direito material e o direito de ação seriam um só ente. A distinção se daria apenas em relação ao estado em que o direito se encontra em determinado momento. Quando agredido ou ameaçado, o direito material seria posto em movimento para se transformar em direito de ação.

Com severas críticas à teoria, assentadas principalmente na distinção entre os pressupostos processuais e pressupostos materiais, a doutrina aderiu à teoria concreta do direito de ação. O direito material seria distinto do direito de ação. Enquanto o direito material é oposto à parte contrária, o direito de ação é oposto ao Estado. Mesmo essa teoria, aproximando-se da concepção majoritária da doutrina pátria, sofreu críticas diante da falta de explicação sobre a autonomia do direito de ação nos casos de sentença de mérito de improcedência ou sentença de procedência de ações declaratórias negativas, por exemplo.

Chega-se, por fim, à teoria abstrata do direito de ação, que parte da premissa de que o direito de ação é distinto do direito material, sendo amplo, abstrato e incondicionado. Essa teoria foi liderada por Ovídio Baptista e Calmon de Passos. Por essa linha doutrinária, busca-se apartar plenamente o direito de ação de qualquer possível influência do direito material.

Independentemente das demais escolas que se formaram em torno desse debate, é certo que se chegou ao consenso de que o direito processual é disciplina autônoma em

relação ao direito material, variando o grau de independência de acordo com a corrente doutrinária adotada. Ainda assim, existe uma relação estrita entre esses dois polos: a efetividade do processo é medida a partir da concretização do direito material. Por isso, é impossível apartar absolutamente um do outro.

E é por meio da tutela jurisdicional adequada, verificada por intermédio do processo, que se alcança a concretização do direito material. Essa ideia é brilhantemente exposta por Marinoni (2017, p. 7):

O mais grave é que a pretendida indiferença do processo em relação ao direito material faz com que o sistema jurídico, que obviamente depende do processo para que as normas sejam atuadas e os direitos sejam efetivados, não tenha a possibilidade de atender às necessidades reveladas pelo direito material. Ora, os institutos do processo dependem da estrutura não apenas das normas que instituem direitos, mas também das formas de proteção ou de tutela que o próprio direito substancial lhes confere.

Portanto, a forma de prestação da tutela jurisdicional determinará se a relação estabelecida entre direito material e direito processual é harmônica. Se cada situação fática é distinta e particular, é natural que a forma de prestação jurisdicional seja plural. O processo será conformado ao quadro encontrado. Em alguns casos, será exigida uma resposta rápida, com cognição sumária. Em outros, cognição exauriente.

É dessa distinção que o legislador criou o mecanismo da tutela provisória, compreendendo que, em determinadas situações fáticas, o juízo de cognição sumária é adequado à prestação jurisdicional. Esse juízo de probabilidade cabe como ferramenta para garantir o direito material pleiteado pela parte.

A tutela provisória pode ser concedida em duas espécies: tutela de urgência e tutela da evidência (art. 294, CPC/15). A tutela de urgência é concedida nas hipóteses em que há elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, CPC/15). A tutela da evidência, por outro lado, se contenta com a probabilidade de direito, independentemente do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 311, *caput*, CPC/15).

Na tutela de urgência, fica clara a preocupação do legislador em solucionar a eterna reclamação acerca do trinômio processo-tempo-direito. No Poder Judiciário

brasileiro essa questão é ainda mais urgente diante da cultura do litígio e da morosidade dos tribunais. É tanto que o constituinte e o legislador infraconstitucional explicitamente estamparam o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88; art. 139, II, CPC/15). E nessa linha Rogéria Dotti (p. 715) enquadra a problemática:

Por outro lado, o tempo pode tornar inúteis e ineficazes as decisões concedidas tardiamente, gerando uma perda de confiança dos jurisdicionados. Nessas situações, a justiça corre o risco de perder toda sua legitimidade. A própria garantia constitucional do devido processo legal guarda profunda vinculação com a celeridade e a efetividade. Como bem esclarece Andrea Proto Pisani, a jurisdição estatal e o correlato direito de ação representam a contrapartida da vedação à autotutela privada. E, se assim o é, tal contrapartida deve necessariamente ser efetiva. Se o cidadão não encontra proteção adequada à situação urgente na qual se encontra, ele pode ser tentado a voltar a utilizar a Lei do Talião. É por isso que em um Estado de Direito existe não apenas o direito de proteção jurisdicional como também o direito à proteção jurisdicional provisória. Daí se afirmar que não é, nem de longe, devido processo legal aquele que se arrasta por longos anos para dar resposta ao jurisdicionado.

É certo que a urgência é elemento essencial de consideração na prestação da tutela jurisdicional. É triste aguardar uma resposta do Judiciário enquanto seu direito material perece a cada batida do ponteiro do relógio. Mas igualmente triste é a complexificação excessiva do problema – na língua popular, fazer chuva em copo d'água. Se é maximamente provável que o autor tenha direito ao que pleiteia no Tribunal, qual seria a necessidade de estabelecer um procedimento demorado e com voltas e reviravoltas?

A tutela da evidência é justamente o mecanismo processual que almeja o que se abordou desde o início deste trabalho: a harmonização entre o direito material e o direito processual, entre os fatos e o processo. Se é evidente que o autor é titular do direito material alegado, nada mais justo que a adequação do procedimento nos tribunais.

É importante destacar que basta a probabilidade de o autor ter razão na tutela da evidência. Não existe qualquer requisito ligado ao tempo ou à urgência:

Relevante também perceber que se operou no sistema brasileiro uma grande transformação no que diz respeito aos objetivos dessa espécie de antecipação. Se antes o *periculum in mora* constituía a justificativa para a inversão das atividades de execução e cognição, atualmente isso decorre da aplicação dos direitos fundamentais e da lógica de que o ônus do tempo no processo deve ser suportado por aquele que ainda não produziu prova de suas alegações. Independentemente do risco, o legislador nesse caso contenta-se com a probabilidade de o autor ter razão. (DOTTI, p. 5.804)

O Código de Processual Civil elencou quatro hipóteses de cabimento da tutela da evidência (art. 311, CPC/15): (i) abuso de direito e manifesto propósito protelatório da parte; (ii) fato provável e tese jurídica pacificada nos tribunais superiores; (iii) prova documental em ação reipersecutória; e (iv) prova do documental sem prova do réu capaz de gerar dúvida razoável no juiz.

2 A jurisprudência e a doutrina na aplicação da tutela da evidência

Os poderes da República são independentes. Todavia, isso não significa que não ocorrerá interação entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. O funcionamento harmônico do Estado se encontra precisamente na relação adequada entre esses três poderes. Em suma, é necessário que ocorra cooperação sem invasão.

Quando o Legislativo elabora um projeto de lei, posteriormente sancionado pelo Presidente da República, a tarefa não está acabada. É no Poder Judiciário que serão estabelecidos os contornos dos institutos estabelecidos por lei. Essa tarefa é feita tanto por dentro do Judiciário – pela jurisprudência e regimentos internos – quanto pelos membros que atuam junto ao Judiciário – pelos juristas.

Em verdade, existe uma interação entre as diversas fontes do direito que contribuem para a construção da experiência jurídica:

Por "fonte do direito" designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa. O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas fôrmas, ou estruturas normativas, que são o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial. (REALE, p. 109)

É função precípua do jurista – aqui agregados os magistrados, advogados, promotores, defensores etc. – dar forma aos institutos criados por lei. Caso contrário, posta a lei, resolvido o problema. Mas é o jurista que tem o olhar afinado para o que é justo, não os legisladores. Enquanto um atua na política, o outro atua na justiça.

Promulgada a legislação, um mármore mais ou menos talhado, os juristas, delicadamente, aperfeiçoam os detalhes e dão forma à escultura final.

Embora o legislador tenha elencado as hipóteses de cabimento da tutela da evidência (art. 311, CPC/15), ainda restam muitos fios soltos. Isso se dá tanto no sentido da taxatividade ou não do rol quanto no significado dos termos e de sua aplicação exata. É justamente essa zona cinzenta que exige aprofundamento e estudo dos seus contornos.

3 A relevância do estudo da tutela da evidência

Conforme exposto, a tutela da evidência atua essencialmente na adequação da prestação jurisdicional. A adequação procedimental permite que o jurisdicionado tenha a sua esfera jurídica material protegida por meio do bom uso do processo.

O ordenamento pátrio não permite que os particulares busquem a tutela de seus interesses por conta própria. É necessário que os jurisdicionados busquem o Judiciário, sem usar as próprias mãos – princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB/88). Daí se conclui a necessidade de uma prestação rigorosamente qualificada. A obrigatoriedade de que o particular busque o Judiciário para tutelar seus interesses – a desobediência a essa prescrição é crime (art. 314, CP/40) – combinado com uma Justiça morosa e ineficiente é uma piada de mau gosto.

Daí a importância do estudo das hipóteses de cabimento da tutela da evidência. A análise aprofundada permitirá que o instituto seja aplicado de forma mais justa e congruente, aperfeiçoando a tutela dos direitos. Não traçadas as linhas corretas de aplicação da tutela da evidência, o instituto pode ser desnaturado e transformado em letra morta no Código de Processo Civil de 2015. A análise do cabimento é ainda mais essencial. O cabimento é a porta de entrada para a utilização do instituto. Um erro de aplicação do procedimento, da natureza e dos efeitos de um instituto processual já são suficientes graves, mas um erro no cabimento esteriliza, já na partida, a chance de se obter a satisfação do direito pleiteado.

CAPÍTULO I – A TUTELA DA EVIDÊNCIA

Embora o objeto deste trabalho sejam as hipóteses de cabimento da tutela da evidência, é natural que sejam abordados, antes, os contornos que dão forma ao instituto. Isso porque, isolado o tema das hipóteses de cabimento, parece que se aborda só o meio, sem início nem fim.

As linhas que seguem no primeiro capítulo servirão como introdução; e, naturalmente, a conclusão, como conclusão. Mas, como os temas selecionados servem unicamente a amparar a discussão sobre as hipóteses de cabimento da tutela da evidência, a exploração não será exaustiva. O estudo será tão profundo quanto útil para a discussão sobre o objeto desta monografia.

Então será mais do que natural a remissão ao primeiro capítulo da tese ao longo dos capítulos centrais, do segundo ao quinto – e vice-versa. O estudo das hipóteses de cabimento da tutela da evidência, como será visto no decorrer do texto, acaba por tangenciar questões diversas, tanto no próprio escopo do direito processual como no direito material.

I. 1 A transição da tutela da evidência para o Código de Processo Civil de 2015

Há críticas por toda a parte quanto às introduções históricas nas monografias. Chegou-se ao ponto – e este trabalho circulou em todas as aulas de métodos e técnicas de pesquisa das faculdades de direito – de se redigir o famoso texto “Não Fale do Código de Hamurabi”¹, diminuindo o papel dessas seções nos escritos jurídicos.

Não se desmereça qualquer argumento válido que possa ter sido desenvolvido nesse texto. Mas a verdade é que as introduções históricas servem a um propósito muito

¹ OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp. 137-167.

claro: nenhum instituto jurídico surge por geração espontânea, mas é gestado a partir de uma tradição que o antecede. Esse olhar para trás pode ser lançado a outro instituto a partir do qual foi originado, ao direito estrangeiro ou – como é o caso deste trabalho – à sua regência em uma legislação anterior.

Com o breve estudo da regência da tutela da evidência no Código de Processo Civil de 1973, será estabelecido o *status questionis* das hipóteses de cabimento da tutela da evidência. Isto é, de onde viemos, onde estamos e para onde vamos. E essa rápida introdução histórica pode lançar luz, ainda, sobre questões controversas na aplicação da tutela da evidência atualmente.

Por esses comentários já se percebe que a tutela da evidência não é novidade do Código de Processo Civil de 2015. O instituto já era abordado – embora de forma distinta – no Código de Processo Civil de 1973.

No Código de Processo Civil de 1973, a tutela da evidência era regida de forma esparsa pelo diploma legal. Enquanto, hoje, o Código de Processo Civil de 2015 concentrou as hipóteses de cabimento genéricas em um único artigo, o que se tinha eram hipóteses de cabimento específicas espalhadas pela legislação processual extravagante. As únicas hipóteses que se poderiam falar genéricas foram insculpidas no art. 273, II e § 6º, CPC/73, estabelecendo-se que o juiz poderia “a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” – incluído pela Lei n. 8.952 de 13 de dezembro de 1994 – e que também poderia deferir a tutela antecipada quando “um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles mostrar-se incontroverso” – incluído pela Lei n. 10.444 de 7 de maio de 2002.

É verdade que essas hipóteses já antecipavam os desígnios do legislador para o Código de Processo Civil de 2015. De fato, como é estabelecida na legislação atual, a tutela da evidência se mostra como um instituto – diga-se – bem contornado. Isto é, como uma clara espécie de tutela provisória antecipada que se distingue da tutela de urgência.

É o que nos informa Daniel Pontes em sua monografia (p. 38):

A tutela do direito evidente, em si, não é um ineditismo do Novo Código de Processo Civil. É possível encontrar em dispositivos esparsos, no nosso ordenamento pátrio, alguns exemplos pretéritos de antecipação de tutela com base na evidência da pretensão. A **Lei de Locações** – Lei n. 8.245 de 1991, portanto anterior à instituição da tutela antecipada no CPC de 1973 pela Lei n. 8.952 de 1994 – prevê o cabimento do despejo liminar em seu **art. 59**. Como aponta Luiz Fux, esse seria um exemplo de tutela dos direitos evidentes, sendo certo que o permissivo legal não exige o requisito do risco de o direito perecer para o deferimento da medida. Mesmo antes disso, a tutela de evidência poderia ser observada nas liminares previstas no âmbito das **ações possessórias**. O art. 928 do CPC/73, similar ao art. 371 do CPC/39 e correspondente aos arts. 561 e 562 do CPC/2015, dispõe que, estando a petição inicial devidamente instruída, ou seja, contendo os elementos necessários à constatação da evidência do direito, será concedida liminar que confira a adequada proteção da posse do autor. O maior mérito da nova codificação, contudo, é sistematizar um modelo de tutela de evidência que atenda, no rito ordinário, à generalidade das pretensões discutidas em juízo. Permite-se, dessa forma, uma universalização da possibilidade de melhor gerenciamento do ônus do tempo nas relações jurídico-processuais.

Era o quadro do direito processual civil antes do Código de Processo Civil de 2015: artigos específicos e esparsos pela legislação processual. Além das hipóteses comentadas, podem ainda ser acrescentadas as possibilidades de liminares satisfativas fundadas na evidência nos procedimentos especiais do mandado de segurança, da ação monitória, da ação de busca e apreensão promovida pelo credor com garantia de alienação fiduciária, da ação de depósito, da ação de despejo por falta de pagamento, da ação declaratória de inconstitucionalidade, da ação popular e da ação de improbidade administrativa.

O Código de Processo Civil de 2015, portanto, tem mérito no que se refere à universalização e ao isolamento do instituto. Com a concentração da tutela da evidência em um único artigo, a aplicação deixou de se dar apenas nos procedimentos especiais e passou a figurar como caminho aberto também ao procedimento comum – aplicado à maioria dos processos judiciais. Além da genericidade conferida à tutela da evidência, essa concentração também permitiu a sua delimitação como tutela provisória antecipada distinta da tutela de urgência. Embora presente no mesmo capítulo, agora, a tutela da evidência está posta em um artigo distinto, diferentemente do que ocorria no Código de Processo Civil de 1973, em que as hipóteses esbarravam umas nas outras no art. 273.

Eis, portanto, a configuração atual da tutela da evidência na codificação processual vigente: universalidade de cabimento e individualidade de contornos; e, ainda,

as hipóteses específicas que permanecem insculpidas na legislação com as modificações pertinentes.

I. 2 A evidência

Chama a atenção, de imediato, a denominação dessa espécie de tutela jurisdicional. Em primeiro lugar, se questiona o que seria essa tal evidência. E, logo após, é curioso notar que os doutrinadores se referem ora à tutela *da* evidência – como disposto em lei –, ora tutela *de* evidência. E parece que ambas as denominações ressaltam traços importantes do instituto.

A referência tutela *de* evidência ressalta a individualidade do instituto, como comentado no subcapítulo anterior. Transmite-se a ideia de verdadeira espécie de tutela jurisdicional provisória, distinta da tutela de urgência.

Mas é necessário pontuar o uso do termo *espécie*. Aqui se emprega esse termo apenas para fins de deixar claro o enquadramento no gênero tutela provisória. A rigor, essa tutela não é um tipo de tutela jurisdicional. Nas hipóteses de cabimento, o que se tem é uma adaptação do procedimento conforme o quadro que se apresenta ao magistrado. Trata-se de uma técnica aceleração do resultado do processo.

Diante dessa possibilidade de confusão, talvez seja melhor empregar a designação tutela *da* evidência. Essa alternativa parece também mais adequada à definição correta do termo *evidência*. A evidência é “fato jurídico processual. É o estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas” (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 630). A evidência, portanto, designa o quadro fático probatório apresentado pelo demandante, com correspondência a uma situação já abstratamente disposta na legislação processual.

Naturalmente, esse fato jurídico processual não é um conceito jurídico indeterminado a ser integrado por interpretação do magistrado. Esse fato jurídico corresponde precisamente às hipóteses de cabimento estipuladas no Código de Processo

Civil de 2015. A evidência não é achismo do magistrado, não é uma sensação, uma intuição que indica a posse do direito alegado pelo demandante. A evidência é uma situação de fato abstratamente tipificada, imune a prognósticos infundados.

Pelo senso comum e pelo uso corrente, já se sabe que a evidência é um situação em que algo está patente. No entanto, na linguagem jurídica, a evidência das hipóteses de cabimento dessa tutela não é de certeza, mas de alta probabilidade.

Evidência na linguagem comum significa clareza, visibilidade ou *certeza manifesta*. Na teoria do conhecimento evidência é um "caráter de objeto de conhecimento que não comporta nenhuma dúvida quanto à sua verdade ou falsidade". Mas a "evidência" com base na qual o juiz pode conceder essa espécie de tutela é menos que isso. Não passa de uma grande *probabilidade* com fundamento na qual o juiz poderá conceder essa espécie de tutela - a qual, justamente por não traduzir uma *certeza*, é suscetível de revogação ou modificação a qualquer tempo, sendo por isso *provisória* (CPC, art. 296). No fundo é um *fumus boni iuris* qualificado, ao qual o legislador, em disposição discricionária, entendeu de atribuir o efeito de autorizar a antecipação do julgamento da causa, independentemente da concreta presença de uma urgência (DINAMARCO; LOPES, pp. 29-30)

Em linhas de didática brilhante, a processualista Rogéria Dotti (pp. 2.737-2.745) nos fornece um conceito claro de *direitos evidentes*:

A evidência se refere à probabilidade da alegação feita em juízo, aliada à fragilidade da defesa. Evidente significa claro, patente, óbvio. Os direitos evidentes são aqueles que carreguem em si a alta probabilidade de reconhecimento judicial futuro, independentemente de sua natureza ou da relação jurídica de direito material em que estejam inseridos. Nesse passo, a tutela da evidência consiste na técnica especial (mais célere, antecipada em relação à final) que se aplica àquelas situações em que a probabilidade de a parte requerente estar com a razão se alia à defesa inconsistente apresentada pelo réu.

E daí salta para a justificação de os direitos evidentes serem dignos de antecipação da tutela:

A consequência da caracterização de um direito como evidente é justamente a possibilidade da antecipação de sua tutela. A ideia que está subjacente à noção de direitos evidentes é a da dimensão dinâmica do ônus da prova, isto é, a concepção de que não só a produção da prova, mas também o tempo para tanto, constituem ônus que devem ser repartidos entre os litigantes. (DOTTI, p. 2.769)

Diante da possível confusão a ser causada pela expressão tutela *de* evidência – e pela correção da expressão tutela *da* evidência – este trabalho fica com a segunda. Pela simplicidade da dedução, já se adianta superficialmente o que será explorado no

subcapítulo seguinte. A tutela da evidência, por conseguinte, é a tutela de um fato jurídico processual específico.

I. 3 Conceito de tutela da evidência

Definido o que o processo civil chama por *evidência*, conceituar tutela da evidência acaba por se tornar um mero raciocínio de dedução. Se evidência é um fato jurídico processual, a tutela da evidência é a tutela desse fato jurídico processual. E, como dito, esse fato jurídico processual consiste justamente nas hipóteses de cabimento. Esses casos explicitam o que o magistrado há de entender por evidente.

Em conceito mais desenvolvido e com maior precisão, explica Rogéria Dotti (p. 5.407):

Assim, a tutela da evidência consiste em uma técnica de inversão entre as atividades de execução e de cognição, mediante a antecipação de tutela dissociada da urgência e aplicada genericamente nos casos em que, apesar da continuidade instrutória, já estejam caracterizadas a probabilidade do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu. A evidência também poderá ser fixada a priori pelo legislador, em situações específicas de direito material.

Há quatro hipóteses de evidência no Código de Processo Civil de 2015 dispostas nos incisos do art. 311, ocorrendo quando:

- “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte” (inciso I);
- “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (inciso II);
- “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” (inciso III);
- “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” (inciso IV).

A doutrina divide, ainda, esses casos em tutela da evidência documentada – hipóteses dispostas nos incisos II a IV – e tutela da evidência punitiva – inciso I (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 633). Em relação à tutela da evidência documentada, é percebido um entrelaçamento com o instituto do negócio jurídico processual (art. 190, CPC/15). Com efeito, é possível que as partes celebrem, dentro dos limites da norma, a atribuição a um documento de aptidão ou não para suscitar a tutela da evidência.

Embora se trate de quatro situações distintas, é curioso notar que todas essas hipóteses podem ser abarcadas na expressão *defesa inconsistente*. No primeiro e último incisos, essa ideia é patente. Nos incisos II e III, o raciocínio não é transparente, mas é simples. Se o demandante expõe alegações de fato comprovadas documentalmente e amparadas em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, é natural que a defesa haverá de ser inconsistente – a não ser, é claro, nas hipóteses em que o demandado demonstra a ocorrência de *distinguishing* ou *overruling*. Da mesma forma, se o demandante pede a devolução da coisa, amparado em prova documental adequada do contrato de depósito, a defesa provavelmente se demonstrará inconsistente.

É o que explicam os processualistas Marinoni, Arendhart e Mitidiero (2020, p. 212):

Na realidade, o conceito de *defesa inconsistente* já seria suficiente para abarcar todas as hipóteses previstas no art. 311. Esse era o conceito, aliás, que mais bem servia para iluminar os conceitos de “abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” constantes do direito anterior como hipóteses autorizadoras de antecipação da tutela não fundada no perigo. O que o legislador fez nos incisos do art. 311 foi especificar aquilo que entende como defesa efetiva ou potencialmente inconsistente.

Com isso não se está falando que a defesa nas hipóteses de evidência é inútil. O legislador apenas estipula que, dada a altíssima probabilidade do direito do demandante, seria injusto que suportasse o ônus da duração do processo em vez do demandado. Mas a defesa é, sim, essencial nos pedidos de tutela da evidência. Mais importante, até, que nos casos ordinários de tutela jurisdicional, já que o pedido foi concedido antecipadamente ao demandado.

I. 4 A tutela da evidência e a duração razoável do processo

O Código de Processo Civil de 2015 é famoso por sua abordagem principiológica. E, já no início da codificação, é identificada uma série de normas que explicita os fundamentos que hão de sustentar a aplicação dos institutos processuais. Em relação à tutela da evidência, são especialmente importantes os princípios da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88; art. 4º, CPC/15) e do contraditório (art. 7º, CPC/15), cada qual a ser abordado em um subcapítulo distinto.

O primeiro aspecto da tutela da evidência que mais chama a atenção talvez seja de direito material. Isso porque se pensa que o demandante, como demonstrou a sua incorrência no que a legislação entende por evidência, verá logo deferido provisoriamente o seu pedido. Mas, com isso, perde-se de vista que uma das implicações mais importante da aplicação do instituto é de ordem processual.

Quando o magistrado concede o pedido de tutela da evidência, o efeito prático é a inversão do sujeito que irá suportar o ônus do tempo do processo. Trata-se de consequência absolutamente razoável. Se o demandante demonstra com propriedade que seu pedido está excepcionalmente bem fundamentado no plano dos fatos e no plano jurídico, é inadmissível que, ainda assim, tenha de aguardar pacientemente por uma sentença concessiva em vez do demandado.

Assim, a tutela da evidência satisfaz não só os desígnios do legislador ordinário, mas também do constituinte derivado. Com efeito, a morosidade do judiciário era – e, infelizmente, ainda é – problema tão grave à época da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 que o princípio da duração razoável do processo tomou proporções constitucionais.

Por essa razão se diz que o direito fundamental à *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF) exige que o ônus do tempo processual seja gerido com comedimento e moderação, considerando-se não só a razoabilidade do tempo necessário para concessão da tutela definitiva, como também a razoabilidade na escolha da parte que suportará o estorvo decorrente, concedendo uma tutela provisória para aquela cuja posição processual se apresenta em estado de evidência e com mais chances de sucesso (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 631)

É interessante notar o aspecto temporal da tutela da evidência tanto pelo lado do autor quanto do réu. Da parte do autor, a decisão concessiva da tutela da evidência impede que suporte injustamente o ônus do tempo do processo. Da parte do réu, não só será desinteressante atrasar o feito por meio de uma litigância de má-fé como haverá de tentar adiantar o andamento do feito.

É resultado logicamente esperado. Se o tempo do processo corre a seu desfavor, já que o demandante obteve uma decisão concessiva, é natural que tente, a todo custo e o mais rapidamente possível, a persuasão do magistrado em sentido contrário. A tutela da evidência, portanto, reforça também o princípio da boa-fé (art. 5º, CPC/15), posto que o réu não irá tentar qualquer empreitada ímproba de atrasar o feito (art. 80, IV, V, VI e VII, CPC/15).

I. 5 A tutela da evidência e o contraditório

Na análise das hipóteses de cabimento da tutela da evidência, deduz-se facilmente que duas delas admitem uma decisão *inaudita altera parte* (art. 311, II e III, CPC/15) e outras, não (art. 311, I e IV, CPC/15). A menção a uma atitude do réu como requisito para configuração da situação de evidência, obviamente, impede que sua concessão se dê liminarmente. Ainda assim, o legislador optou por deixar explícito que as hipóteses de cabimento dispostas no incisos II e III poderiam ser concedidas antes da citação do réu (art. 311, *parágrafo único*, CPC/15).

Porém, a admissão da concessão liminar da tutela da evidência se distingue da imposição. Embora explicitamente admitida a restrição do contraditório (art. 9º, *parágrafo único*, II, CPC/15), trata-se de princípio constitucional e processual. A decisão liminar desfavorável ao réu, portanto, há de ser absolutamente excepcional, limitando-se à finalidade de resguardo dos direitos fundamentais.

É claramente irrazoável e desproporcional ferir o contraditório – princípio constitucional – a fim de resguardar direitos de importância diminuta em relação aos direitos fundamentais. É ideia corretamente abordada por Alexandre Câmara (p. 156):

Isto porque, como reiteradamente tem sido dito ao longo deste trabalho, o contraditório – entendido como garantia de participação com influência na formação das decisões judiciais e de não surpresa – é uma exigência do Estado Democrático de Direito, e só pode ser excepcionado em casos nos quais seu afastamento se revele necessário para a proteção de algum direito fundamental que seria sacrificado com sua observância. Ter-se-á, então, de compreender a autorização para concessão *inaudita altera parte* da tutela de evidência como mecanismo assegurador de direitos fundamentais que poderiam ser postos em risco se exigida a observância do contraditório prévio.

O doutrinador Cassio Scarnipella Bueno (p. 830) explica que não se pode sacrificar o contraditório em toda hipótese em nome do princípio da efetividade, de forma que o exame há de ser casuístico:

Admitir, como o parágrafo único [do art. 311, CPC/15] o faz, a concessão *liminar* nas hipóteses destacadas deve conduzir o magistrado a um redobrado cuidado na análise do pedido respectivo para não arranhar, em nome do princípio da efetividade, o do contraditório e o da ampla defesa. É imaginar, para mostrar o quanto de polêmica existe atrás da previsão legislativa, lembrando do quanto escrito sobre o art. 9º no n. 2.9 do Capítulo 1, que os documentos apresentados pelo autor para dar fundamento ao seu pedido contenham alguma falsidade imperceptível pelo magistrado, podendo, contudo, ser descortinada pelo réu. Na dúvida quanto à “evidência” do substrato fático dos incisos II e III do art. 311, destarte, o caso é de *indeferimento* do pedido *liminar*. É interpretação que, além de chamar a atenção do indispensável exame casuístico dos pedidos, evita a pecha de inconstitucionalidade genérica da previsão legislativa.

É preciso recordar, ainda, que o fato jurídico processual é da evidência, não certeza do direito. Essa técnica processual se fundamenta em um juízo de probabilidade da detenção do direito alegado – cognição sumária. Portanto, o réu está incumbido de apresentar uma defesa que persuada o magistrado em sentido contrário.

Na hipótese de cabimento estabelecida no art. 311, II, CPC/15, por exemplo, caberia ao réu alegar prescrição ou decadência do direito do demandante ou, ainda, demonstrar a ocorrência de *distinguishing* ou *overruling* do precedente invocado. Na hipótese do art. 311, III, CPC/15, seria factível a apresentação de algum fato superveniente que tenha afastado a existência do direito do autor à restituição do bem, como uma doação superveniente ou direito de retenção (art. 644, CC/02).

I. 6 Tutela da evidência e tutela de urgência

Como apresentado anteriormente, um dos méritos do Código de Processo Civil de 2015 foi atribuir unicidade à tutela da evidência, definindo-a como instituto distinto da tutela de urgência. No entanto, isso não implica completa inexistência de semelhanças entre essas duas espécies.

A tutela da evidência e a tutela de urgência integram o gênero tutela provisória (art. 294, *caput*, CPC/15). Ambas, portanto, se fundamentam em um juízo de probabilidade, proferido em cognição sumária – *fumus boni iuris* –; conseqüentemente, não formam coisa julgada material (arts. 502 e 503, CPC/15).

Mas a tutela da evidência não exige a urgência – *periculum in mora* – como requisito para a sua concessão. Trata-se de técnica jurisdicional que se baseia unicamente na alta probabilidade do direito alegado – um *fumus boni iuris* qualificado (DINAMARCO; LOPES, p. 30; LOURENÇO, p. 390).

A tutela da evidência não se funda no *fato* da situação geradora do *perigo de dano*, mas no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. Justifica-se pela possibilidade de aferir a *liquidez* e *certeza* do direito material, ainda que sem o caráter de definitividade, já que o debate e a instrução processuais ainda não se completaram. No estágio inicial do processo, porém, já se acham reunidos elementos de convicção suficientes para o juízo de mérito em favor de uma das partes. (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 811)

Daí se concluir, por conseguinte, que a distinção da tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015 não equivale à total inexistência de semelhanças com a tutela de urgência. Em verdade, a distinção reside na prescindibilidade do perigo de dano, mas ainda se resguardam os atributos comuns do gênero tutela provisória.

I. 7 Procedimento

A tutela da evidência pode ser requerida tanto na petição inicial quanto em petição avulsa. É cabível em qualquer procedimento (art. 318, CPC/15), incluído o Juizado

Especial Cível (NEVES, 2018, p. 558), como, por exemplo, no mandado de segurança (Enunciado 49, I Jornada de Direito Processual Civil, CJP). Porém sua concessão de ofício está afastada, como dita a maior parte da doutrina (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 821; SANTOS, p. 134). O instituto também é aplicável à seara recursal, embora o raciocínio seja contraintuitivo (Enunciado 423, FPPC; arts. 995, *parágrafo único*; 1.012, § 4º; 1.019, I; 1.026, § 1º; 1.029, § 5º, CPC/15; BUENO, p. 823).

Talvez o ponto mais controverso em relação ao procedimento da tutela da evidência seja quanto à possibilidade de requerimento de forma antecedente. A doutrina majoritária defende a instauração unicamente incidental, de forma que seria necessária, sempre, uma demanda principal já ajuizada (DINAMARCO; LOPES, p. 30; CÂMARA, p. 156 ; PINHO, 2018, p. 500; PINHO; PORTO, 2021, p. 416, LOURENÇO, p. 390). Portanto, a eventual estabilização da tutela da evidência seria impossível, mesmo nos casos de alimentos provisórios (LOURENÇO, p. 394).

Em contrapartida, há quem defenda a possibilidade de tutela da evidência antecedente, ao menos nos casos em que é admitida a concessão liminar (NEVES, 2018, p. 563; BUENO, p. 823). Nesses casos, é defendida a aplicação por analogia do procedimento estipulado para o pedido antecedente de tutela antecipada.

Também não há por que negar a viabilidade de a tutela da evidência ser requerida *antedecedentemente*, não apenas de modo incidental, ao menos nos casos em que o parágrafo único do art. 311 admite sua concessão liminarmente. Neste caso, desde que ostente natureza antecipada, ela pode vir a se *estabilizar* consoante se façam presentes as exigências do art. 304 (BUENO, p. 823).

Mesmo que a tutela da evidência seja majoritariamente recusada de forma antecedente, o caso excepcional dos alimentos provisórios ganhou notoriedade na doutrina, a ponto de o entendimento se consolidar em enunciado (Enunciado 500, FPPC²).

É muito questionável o posicionamento da doutrina minoritária em admitir o procedimento da tutela da evidência antecipada antecedente. A estabilização da tutela antecipada é regime desenhado precisamente para a tutela de urgência – e se encaixa perfeitamente, dado que o jurista tem de redigir uma petição às pressas em virtude do

² O regime da estabilização da tutela antecipada antecedente aplica-se aos alimentos provisórios previstos no art. 4º da Lei 5.478/1968, observado o §1º do art. 13 da mesma lei.

perigo de dano. Mas, na tutela da evidência, há apenas um *fumus boni iuris* qualificado, restando injustificado o motivo pelo qual seria necessário um pedido antecedente. Portanto, o posicionamento abre portas para o uso indevido do procedimento antecedente a quem queira adiantar a prestação jurisdicional sem nenhum fundamento.

I. 8 Tutela da evidência e julgamento antecipado do mérito

É muito comum a comparação entre a tutela da evidência e o julgamento antecipado do mérito, porque ambos são pronunciamentos jurisdicionais que se dão, geralmente, ao início do processo. Entretanto, esses dois institutos não se confundem e suas aplicações são munidas de efeitos práticos distintos. A tutela provisória da evidência somente será adequada quando houver necessidade de continuidade da instrução. Caso não haja requerimento de provas pela parte contrária, o caso será de julgamento antecipado do mérito, e não de tutela da evidência.

Em primeiro lugar, a espécie de decisão pela qual se defere ou indefere a tutela da evidência e se julga antecipadamente o mérito se diferem. A tutela da evidência é resolvida, majoritariamente, por decisão interlocutória (art. 203, § 2º, CPC/15) – a não ser nas hipóteses em que é decidida na sentença. Por outro lado, o julgamento antecipado do mérito é decidido por sentença (art. 203, § 1º, CPC/15) – excepcionalmente por decisão interlocutória quando o julgamento antecipado de mérito é parcial. Com efeito, a solução da tutela da evidência não põe fim ao processo cognitivo, diferentemente do julgamento antecipado integral do mérito.

Trata-se de distinção mais didaticamente elaborada por Rogéria Dotti (p. 7.230-7.238):

Importante, todavia, distinguir essa forma de tutela provisória do julgamento antecipado (integral ou parcial) do mérito, previsto nos arts. 355 e 356 do CPC de 2015. Estes ocorrem sempre que houver exaurimento ou desnecessidade da prova, tratando-se então de cognição exauriente. O que se verifica, nessas hipóteses, é a prolação da sentença de mérito em face da dispensa da continuidade da instrução. Por sua vez, a concessão da tutela antecipada, baseada em prova documental e defesa inconsistente, pressupõe sempre uma alta probabilidade do direito do requerente aliada ao deferimento do pedido de produção de provas pelo réu. Assim, caso não haja a possibilidade da prática de qualquer ato que possa vir a infirmar o acolhimento do pedido do autor,

deverá ocorrer o julgamento antecipado. Por outro lado, se, em respeito ao direito de defesa do réu ou a alguma outra circunstância, for necessário ou útil a prática de atos subsequentes, deverá o juiz conceder a tutela da evidência. Isso se aplica para todos os incisos do art. 311 do Código de Processo Civil.

Além disso, a tutela da evidência, como espécie do gênero tutela provisória, é decidida por meio de cognição sumária – diante do *fumus boni iuris* qualificado. No julgamento antecipado do mérito, por outro lado, o magistrado atua em cognição exauriente, dada a prescindibilidade de procedimentos instrutório posteriores.

A tutela da evidência não se confunde, na estrutura do novo Código, com um julgamento antecipado da lide. A medida é deferida sumariamente, em alguns casos de maior urgência, até sem audiência da parte contrária, mas não impede o prosseguimento do feito, para completar-se o contraditório e a instrução probatória. A *provisoriedade* da tutela da evidência é, aliás, o traço comum que o novo Código adotou para qualificar as tutelas de urgência e da evidência como espécies do mesmo gênero, ao qual se atribuiu o *nomem iuris* de *tutelas provisórias*. (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, p. 629)

Como a tutela da evidência é resolvida, usualmente, por meio de decisão interlocutória, eventual impugnação do pronunciamento por agravo de instrumento não gerará efeito suspensivo (art. 995, CPC/15).

É quadro distinto do que ocorre com o julgamento antecipado de mérito, dado que seu julgamento é feito por sentença e a impugnação, por apelação (art. 1.012, *caput*, CPC/15). Curiosamente, na hipótese em que a tutela da evidência for solucionada no julgamento antecipado do mérito, o efeito prático será a retirada do efeito suspensivo da apelação (art. 1.012, § 1º, VI, CPC).

I. 9 Tutela da evidência cautelar

É objeto de discussão, no âmbito da tutela da evidência, a sua natureza jurídica. Comumente, a tutela da evidência tem natureza antecipada, dado que seu único requisito é o *fumus boni iuris qualificado*. Por isso grande parte da doutrina rejeita a existência de uma tutela da evidência cautelar (LOURENÇO, p. 394).

Porém, há quem defenda a existência da tutela da evidência cautelar (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 812). Nesses casos, o fundamento da medida cautelar

é apenas a comprovação do *fumus boni iuris* qualificado, sem qualquer cogitação de risco. Embora seja quadra que gere estranhamento, o argumento quanto à sua existência é consistente.

É o que expõe o doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 813):

Não é fácil imaginar, *in concreto*, medidas apenas cautelares na espécie. Não se pode, nada obstante, ser radical a ponto de se negar, em caráter absoluto, o cabimento de eventual medida cautelar, dentro da sistemática da tutela da evidência. Como as medidas cautelares não prescindem do pressuposto do perigo de dano, o caso acabaria, na maioria das vezes, melhor enquadrado nas tutelas de urgência do que na tutela da evidência.

Em seguida, lista uma série de exemplos na legislação processual (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 813):

(a) o arresto de bens do devedor, quando este não é encontrado para a citação executiva (art. 830);

(b) o sequestro de receita pública na execução contra a fazenda pública, no caso de desobediência à ordem cronológica dos precatórios (art. 100, § 6º, da CF);

(c) a separação de bens do espólio, no processo de inventário, quando: (i) a habilitação de crédito se funda em título documental (art. 643, parágrafo único), e (ii) a solução da habilitação de herdeiro for remetida para as vias ordinárias (art. 627, § 3º);

(d) a autorização para levantamento imediato pelo réu do depósito feito pelo autor na ação de consignação em pagamento, mesmo quando contestado o pedido (art. 545, § 1º).

Por fim, há quem ache irrelevante que a sua natureza seja antecipada ou cautelar (BUENO, p. 823).

Em relação à divergência da doutrina, assiste razão àqueles que defendem a existência da tutela da evidência cautelar. Como demonstrado por Theodoro Júnior, a legislação é recheada de casos em que a tutela da evidência tem finalidade assecuratória e o seu único requisito é a alta probabilidade do direito alegado, sem cogitar de qualquer perigo de dano. Embora estranha aos olhos, é a conclusão a que se chega, sem nenhum estorvo encontrado na legislação.

CAPÍTULO II – TUTELA DA EVIDÊNCIA PUNITIVA

Delineados os contornos gerais da tutela da evidência, agora se aborda mais concentradamente os temas próprios às hipóteses de cabimento da tutela da evidência. Como mencionado no primeiro capítulo, os aspectos estudados anteriormente irão informar a discussão das hipóteses de cabimento da tutela da evidência – e vice-versa.

II. 1 Contornos gerais da tutela da evidência punitiva

A primeira hipótese de cabimento do Código de Processo Civil de 2015 se configura quando “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte” (art. 311, I).

Os exemplos de incidência são dos mais variados, mas alguns deles foram delineados com pertinência pelo doutrinador Alexandre Câmara (p. 154):

É o que se dá, por exemplo, em processos nos quais se discute a responsabilidade civil do fornecedor de produtos e este se defende alegando não ter agido com culpa para a produção do dano suportado pelo consumidor (quando é notório que a responsabilidade civil do fornecedor de produtos é, invariavelmente, objetiva, prescindindo da existência de culpa). É, também, o que se dá naqueles casos em que o réu apresenta defesa que contraria fatos notórios, ou se baseia em lei já declarada inconstitucional pelo STF.

No âmbito da administração pública, como mais um exemplo, se consolidou o entendimento de que:

Considera-se, também, abusiva a defesa da Administração Pública quando contrariar entendimento firmado, com eficácia vinculante, no âmbito administrativo do próprio ente público, e que esteja consolidado em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou a presença de elementos que justifiquem a superação daquele entendimento consolidado. (Enunciado 34, FPPC)

Como essa técnica se aplica diante de uma atitude de má-fé do demandado, convencionou-se chamá-la de tutela da evidência punitiva ou sancionatória. Como a nomenclatura é adotada pela maior parte da doutrina, será também adotada neste trabalho. Entretanto, é extremamente pertinente o apontamento feito por outra parte da doutrina

(THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 821; MITIDIERO, 2011, p. 41) quanto à inexistência de natureza sancionatória nessa hipótese de cabimento da tutela da evidência.

Isso porque, de fato, a decisão concessiva da tutela não decorre da atitude da parte, mas da alta probabilidade do direito alegado. Em verdade, a atitude do demandado é interpretada como defesa inconsistente e, por essa razão – e não outra –, a tutela é deferida. Tanto que o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, por si só, não é apto a preencher o único requisito exigido – *fumus boni iuris qualificado*. Portanto, a atitude de má-fé da parte figura como reforço da plausibilidade do direito.

A tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC [atual 311, I, do NCPC] não pode ser tomada como tutela antecipatória sancionatória. Não é essa a sua natureza. A tutela antecipatória fundada em abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu constitui mais propriamente tutela antecipatória fundada na maior probabilidade de veracidade da posição jurídica de uma das partes. Trata-se de tutela antecipatória da simples evidência. (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 821)

Para coibir esse tipo de atitude da parte existem outros remédios processuais muito mais efetivos, como, por exemplo, a responsabilização por perda e danos daquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente (arts. 79 e 80, CPC/15).

Embora o art. 311, I, CPC/15, não traga explicitamente o requisito do *fumus boni iuris* qualificado, é evidente que não prescinde da sua presença no caso concreto, dado que se trata de espécie de tutela provisória. Propor, nesse caso, uma interpretação literal e isolada do art. 311, CPC/15 é, para dizer o mínimo, má-fé. É claro que é necessário promover uma articulação por analogia com o art. 300, CPC/15, donde se conclui ser requisito para a tutela da evidência o *fumus boni iuris*.

É o que argumenta o processualista Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 559):

Da forma como ficou redigido o art. 311, I, do Novo CPC, restou como requisito para a concessão da tutela da evidência somente o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, o que parece contrariar até mesmo o espírito dessa espécie de tutela. Difícil acreditar que o autor tenha direito a uma tutela, ainda que provisória, somente porque o réu se comporta indevidamente no processo, sem que o juiz tenha qualquer grau de convencimento da existência do direito do autor. Parece-me extremamente

temerário, como simples forma de sanção processual, conceder a tutela da evidência sem que haja probabilidade de o autor ter o direito que alega.

Entendo que nesse caso a probabilidade de o direito existir é necessária, mas não está tipificada na lei, como ocorre com as outras três hipóteses de cabimento da tutela da evidência previstas no art. 311 do Novo CPC. Significa dizer que nessa hipótese de cabimento da tutela da evidência o juiz deve se valer, por analogia, do art. 300, *caput*, do Novo CPC, concedendo tal espécie de tutela apenas se houver nos autos elementos que evidenciem a probabilidade do direito e serem preenchidos os requisitos previstos em lei.

É o que acabou por concluir a doutrina majoritária, assentando que “a probabilidade do direito constitui requisito para concessão da tutela da evidência fundada em abuso do direito de defesa ou em manifesto propósito protelatório da parte contrária” (Enunciado 47, I Jornada de Direito Processual Civil, CJF).

A tutela da evidência punitiva pode ser requerida tanto pelo autor da ação quanto pelo réu (LOURENÇO, p. 391). Quanto ao réu, é possibilidade que se abre claramente na reconvenção (art. 343, CPC/15) e ao longo da fase recursal na hipótese de recurso protelatório do autor. Porém, esses dois casos são apenas exemplos, bastando que o réu demonstre a existência de *fumus boni iuris* no caso concreto (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 816).

Esse entendimento é ainda mais reforçado quando se analisa a transição da redação do Código de Processo Civil de 1973 para o Código de Processo Civil 2015. Enquanto, antes, o legislador se referia apenas ao abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do *réu* (art. 273, II, CPC/73), a codificação atual prefere o termo *parte* (art. 311, CPC/15), em clara indicação de que o instituto pode ser usado pelos dois polos processuais.

Embora possa ser amplamente usado pelas partes, a incidência da tutela da evidência punitiva é muito rara. O juiz costuma indeferir o pedido de prova da parte que litiga que má-fé, antecipando o julgamento do mérito (art. 355, I, CPC/15). O efeito prático dessa escolha pelo juiz é o afastamento do efeito suspensivo da apelação (art. 1.012, § 1º, VI, CPC/15).

II. 2 A dimensão principiológica da tutela da evidência punitiva

Como já ressaltado no primeiro capítulo, a tutela da evidência se liga intimamente ao princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88). A tutela da evidência punitiva, especificamente, deixa ainda mais claro o manto principiológico do instituto. Ao expor explicitamente que, dada a alta probabilidade do direito alegado pela parte, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório será interpretado como reforço da plausibilidade do direito, o Código de Processo Civil de 2015 contribui para desestimular a litigância de má-fé com finalidade de retardar o processo.

E, conseqüentemente, reforça também a aplicação do princípio da boa-fé processual (art. 6º, CPC/15). Embora a finalidade principal do instituto não pareça ser imediatamente a satisfação do princípio da boa-fé, é inviável que não seja abordado ao menos de maneira mediata.

Além dos princípios da duração razoável do processo e da boa-fé objetiva, é satisfeito o princípio da igualdade substancial entre as partes (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 630). É evidente que, aceito o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório sem qualquer tipo de consequência, a disputa processual não será paritária. De um lado, uma parte usufruindo de técnicas processuais lícitas e ordinariamente usadas; de outro, além dos direitos processuais dispostos na legislação, ardis fundados na má-fé.

No mesmo sentido, os processualistas Marinoni, Arendhart e Mitidiero (2020, p. 212) acentuam esse atributo da tutela da evidência:

Trata-se, portanto, de uma importante técnica processual voltada à atípica concretização do princípio da igualdade e da paridade de armas entre os litigantes (arts. 5º, I, CRFB, e 7º do CPC) – destinada, portanto, a colocar em evidência o *lado oculto* do processo, aquele que não pode ser visto pelo processualista que olha apenas para o plano normativo: o fato de que a resistência indevida no processo não pode ser *fonte de vantagens econômicas para quem por detrás dela se esconde*, mormente quando o autor depende economicamente do bem da vida, hipótese em que o desprezo pelo tempo do processo e o conseqüente fortalecimento da posição do réu acentua a desigualdade entre as partes, *transformando o princípio da igualdade em uma abstração irritante*.

Portanto, a tutela da evidência punitiva, além da satisfação do direito material do requerente, alcança também os princípios processuais de ordem pública. É uma técnica processual que se estende pela dimensão subjetiva e coletiva do processo.

II. 3 Distinções terminológicas

É objeto de discussão na tutela da evidência punitiva a amplitude dos termos *defesa* e *manifesto propósito protelatório da parte*. Frequentemente, os debates jurídicos terminológicos não têm finalidade prática clara, tornando-se meramente acadêmicos. Mas não é o caso. A definição clara desses termos é de importância fundamental para determinar o alcance e aplicabilidade do instituto.

Antes de se ater às duas atitudes enunciadas na norma, é necessário elaborar uma distinção genérica. Enquanto o termo *abuso de direito de defesa* se refere aos atos praticados dentro do processo, o termo *manifesto propósito protelatório da parte* se refere aos atos praticados fora do processo (ZAVASCKI, pp. 153-154; AUGUSTO DE ASSIS, p. 176; THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 816; LOPES, 2006, p. 125). Trata-se de distinção importante, uma vez que a atitude da parte pode ser ímproba não apenas no que tange aos atos estritamente processuais. É o que se daria, por exemplo, se uma das partes do processo procedesse à destruição de provas importantes ao deslinde da controvérsia.

Feita essa distinção mais ampla entre essas duas possibilidades de se incorrer na tutela da evidência punitiva, é possível aprofundar especificamente em cada termo. Na primeira parte do inciso, importa estipular o alcance do que se entende por *defesa*. Esse tema não é unívoco na doutrina. De fato, há quem entenda que o termo *defesa* denota qualquer ato que busque a defesa dos interesses das partes (LOURENÇO, 2021, p. 391); em outro lado, figuram os doutrinadores que conferem interpretação restrita à norma. Sendo assim, a *defesa* diria respeito unicamente à contestação (COSTA MACHADO, p. 422-423; LOPES, 2006, p. 23).

Entende Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 559) que a restrição à contestação não parece ser legítima. Isso porque, se o direito de defesa subsiste durante todo o trâmite do processo, também subsiste a possibilidade de abuso.

Não parece legítimo o entendimento restritivo, evidenciando-se que o abuso do direito de defesa poderá se manifestar em outros atos processuais que não a contestação, o que inclusive poderá se notar em outras espécies de resposta do réu, como as exceções rituais, que, por gerarem a suspensão do procedimento principal, poderão ser utilizadas de forma abusiva. Mas nem só nesse momento inicial do processo será possível detectar o abuso do direito de defesa, até porque o direito de defesa não é algo que se exaure após a apresentação de resposta do réu. Como o direito de defesa existe durante todo o processo, é evidente que o abuso em seu exercício possa ocorrer durante todo o trâmite procedimental.

Diante desses argumentos, nota-se que assiste razão à corrente ampliativa. Os atos de abuso de direito de defesa podem se estender ao longo de todo o trâmite processual, inexistindo fundamento para restringi-los à contestação. E, conseqüentemente, a interpretação dos atos de abuso de direito de defesa como reforço da plausibilidade do direito alegado também pode se estender para além da contestação. Lembre-se que a tutela da evidência, conforme entendimento da doutrina, é técnica processual passível de aplicação até mesmo na seara recursal (Enunciado 423, FPPC), conforme abordado no subcapítulo sobre procedimento.

Ainda não se exauriram as controvérsias sobre o termo *abuso do direito de defesa*. É necessário se perguntar, ainda, se basta o ato para que a tutela da evidência punitiva seja configurada ou seria também requisito o atraso efetivo do processo. Isto é, se a parte perpetrar o ato, mas não consegue efetivamente lesar o trâmite processual, ainda assim haveria aplicação da tutela da evidência punitiva?

Por um lado, parte da doutrina entende que “os atos, mesmo abusivos, que não impedem nem retardam os atos processuais subsequentes não legitimam a medida antecipatória” (ZAVASCKI p. 78). Em contrapartida, a outra parte dos autores preceituam que, para o abuso do direito de defesa, bastaria a tentativa. É o que se depreende do entendimento de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2006, p. 127):

Bruno Lopes entende que o abuso do direito de defesa não precisa ser direcionado à protelação ou embaraço do feito - pois inevitavelmente lesou interesse público e preservação da lealdade processual -, já o manifesto propósito protelatório, quando se dá antes da propositura da demanda, como não existe ainda processo, a atitude protelatória do demandado não implica

afronta à dignidade da justiça, sendo portanto, necessária a ocorrência de prejuízo para que a tutela seja antecipada" - o que não ocorre quando o ato é praticado na pendência do feito.

A corrente que preceitua a desnecessidade de dano efetivo parece ser mais consistente. E a resposta para a controvérsia reside precisamente na discussão elaborada no início do capítulo sobre a natureza da tutela da evidência punitiva. Conforme se esclareceu, embora a concessão da tutela da evidência enunciada no art. 311, I, CPC/15 traga um prejuízo muito claro à outra parte – a concessão do direito material –, a sua natureza não é punitiva. Isso porque a decisão concessiva não está fundamentada em um desígnio punitivo, mas no reforço da plausibilidade da alegação do direito. Dessa forma, o que cabe interpretar é se o ato do réu reforça ou não a alegação da outra parte. E, para isso, é prescindível saber se o resultado lesivo ao processo se efetivou ou não.

Imagine-se que uma das partes, na contestação, arrole um quantidade evidentemente exagerada de testemunhas e todas elas residentes em países estrangeiros. Logo em seguida, em tempo regular, o magistrado profere decisão indeferindo o pedido da parte e interpretando o ato como claro abuso de defesa, porque as testemunhas seriam impertinentes e vislumbrando o propósito de retardar o feito.

A parte não alcançou o propósito de retardar o processo nessa situação. Porém, a mera tentativa de arrolar testemunhas em número exagerado e em países estrangeiros já indica a inexistência de argumentos sólidos de defesa. E, conseqüentemente, o *fumus boni iuris* se torna ainda mais patente, dando fundamento à concessão de uma tutela da evidência. Fica claro, portanto, que o resultado concreto de lesão ao processo seria – para usar uma expressão mais própria ao direito penal – mero exaurimento da conduta, irrelevante à configuração do abuso do direito de defesa.

Em relação ao *manifesto propósito protelatório*, os apontamentos a serem feitos não são tão extensos. Em primeiro lugar, faça-se uma correção breve de que não basta o mero propósito para que seja legítima a tutela da evidência punitiva, sendo necessária a efetiva protelação (NEVES, 2018, p. 560; PINHO, 2018, p. 501; LOURENÇO, p. 390). Os atos protelatórios, como já mencionado, são aqueles perpetrados fora do processo. Logo, se não impactam concretamente na lisura do trâmite processual, o magistrado carece de elementos para interpretar o reforço da plausibilidade legal. Se o propósito

protelatório se deu antes da instauração o processo, é mais notória ainda a necessidade de ocorrência de efetiva proteção, dado que a parte não estaria, à época do ato, nem mesmo ciente da instauração do feito. Mas, pela complexidade presente na possibilidade de configuração da tutela da evidência punitiva por atos anteriores à instauração do processo, esse tópico será destrinchado em subcapítulo próprio. De qualquer forma, fica claro que é necessário, aqui, investigar a verdadeira intenção da parte no ato (BODART, p. 137).

II. 4 Atos anteriores à instauração do processo

Como dito, é tema ligeiramente mais espinhoso a concessão de tutela da evidência punitiva em decorrência de atos anteriores à instauração do processo. Isso porque a parte sofreria prejuízo mesmo antes de ciente do procedimento judicial.

Pela redação legal, é forçoso concluir que somente os atos posteriores à citação do réu seriam passíveis de configurar manifesto propósito protelatório. O uso do termo *parte* já denota a instauração do processo judicial.

Mas parte majoritária da doutrina admite o manifesto propósito protelatório antes da instauração da demanda, como o processualista Haroldo Lourenço (p. 391):

No que se refere ao manifesto propósito protelatório, a doutrina controverte se estariam incluídos atos praticados antes da propositura da demanda. Majoritariamente sim, bastando haver comprovação no caso concreto (NEVES, 2006. p. 125), sendo excepcional (BUENO, 2004. p. 41), mas admissível, como a esquiva furtiva em receber a citação (CARNEIRO, 2005. p. 19; BUENO, 2004. p. 87), com o que concordamos, contudo, há quem sustente o contrário, pois seria o deferimento de uma tutela liminar, com as provas produzidas unilateralmente pelo autor, infringindo o contraditório (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2009. v. 1, p. 549)

Mas há doutrinadores que defendem uma espécie de corrente intermediária. E intermediária porque negam a existência de manifesto propósito protelatório antes da instauração do processo. Mas, após a o início efetivo do procedimento judicial, poderiam ser penalizados os atos anteriores à instauração.

É o que explica o doutrinador Fredie Didier Jr. (2016, p. 635):

Já no que diz respeito ao "*manifesto propósito protelatório*" emerge interessante questão: esses atos arditos extraprocessuais podem ser praticados antes do início do processo ou só quando já está pendente o feito? Ao que parece, a litispendência é pressuposto para a concessão da tutela antecipada com base neste inciso, mas é possível que, após citado o réu, se conceda a providência em razão de comportamentos da parte anteriores à formação do processo.

Pela comparação das posições dos doutrinadores, a questão parece ter de ser solucionada em concreto. Primeiramente, já se mostra temerário prejudicar a parte mesmo antes da instauração do processo judicial. Afinal, como poderia existir manifesto propósito protelatório se o processo nem mesmo existe? A parte estaria, preventivamente, retardando um potencial processo? Parece ser extremamente improvável. Em contrapartida, não há de se negar que existem casos em que, mesmo não instaurado o processo, a parte está ciente da sua potencial instauração. É o que ocorreria, como afirma Fredie Didier Jr., na hipótese de esquiva furtiva em receber citação. Nesse caso, resta claro que seria amplamente razoável a interpretação da esquiva como um reforço do *fumus boni iuris* – afinal, se está fugindo, é porque não possui argumentos suficientes para afastar as alegações da parte adversa.

II. 5 Tutela antecipada sancionatória e a litigância de má-fé

A discussão da tutela da evidência punitiva carrega consigo o estudo do comportamento da parte no decurso do processo e como deve ser interpretado e respondido. É inevitável, então, traçar um paralelo com o instituto da litigância de má-fé, que também aborda atos quem ferem o princípio da boa-fé objetiva processual (art. 5º, CPC/15). Será abordado, nesse subcapítulo, como esses dois institutos se relacionam.

Como se nota da leitura do Código de Processo Civil de 2015, a maioria dos atos arrolados como litigância de má-fé (art. 80) podem ser considerados abuso de defesa, como, por exemplo, opor resistência injustificada ao andamento do processo (inciso IV) ou interpor recurso manifestamente protelatório (inciso VII). Nos casos em que o ato da parte está tipificado como litigância de má-fé, é ainda mais fácil identificar a possibilidade de deferimento do pedido de tutela da evidência punitiva, uma vez que a legislação, antes, já indica que a conduta é abuso de direito de defesa.

Mas daí inferir que os atos que dão azo à tutela da evidência punitiva são unicamente aqueles dispostos no rol da litigância de má-fé seria empobrecer demasiadamente o instituto. Naturalmente, se a conduta já é tipificada, facilita-se o trabalho do magistrado em fundamentar concretamente o abuso de defesa. Porém, a criatividade do homem não tem limites. E seria impossível ao legislador elencar todas as condutas possíveis que conduzam ao abuso de direito – para cada direito no processo, corresponde uma possibilidade de abuso de direito. Portanto, é o magistrado que terá de interpretar, no caso concreto, se o ato é abuso de direito de defesa ou não, visto que o abuso de direito de defesa é conceito jurídico indeterminado. O preenchimento há de ser elaborado pelo juiz à luz dos fatos que se apresentam no caso (art. 489, § 1º, II, CPC/15).

Como abordado anteriormente, a aplicação da tutela da evidência punitiva fundada em ato manifestamente protelatório da parte requer um dano concreto ao trâmite processual. É insuficiente, portanto, o mero propósito. Entretanto, não há óbice à aplicação de penalidades por litigância de má-fé (art. 80, CPC/15) ou ato atentatório à dignidade da justiça (arts. 77, IV e VI e 774, CPC/15) (ZAVASCKI, p. 154; BEDAQUE, 2001, p. 330). A parte não conseguirá, pela litigância de má-fé, a tutela provisória que pretendia, mas é reconhecida, ao menos, a falta de lisura da parte contrária.

Na prática, acaba sendo rara a aplicação da tutela da evidência punitiva, porque o magistrado dispõe de outros instrumento para coibir abusos das partes no decurso do processo judicial (arts. 139, 111, 77, § 2º, 79 a 81, 774, CPC/15). Somado ao leque de respostas, vigora uma espécie de timidez em aplicar sanções processuais que aumenta, ainda mais, a raridade de incidência.

A constatação da pouca utilização dessa espécie de tutela antecipada na prática é uma tendência da timidez com que os juízes aplicam as sanções processuais previstas no ordenamento jurídico. É uma pena, ainda mais se considerando que a crise ética que avassala o nosso País também se encontra presente no dia a dia forense, de forma a ser imperioso um maior controle e respeito aos princípios da boa-fé e lealdade processual." (NEVES, 2006, p. 28).

No caso de conflito entre aplicação das sanções por litigância de má-fé e a tutela da evidência punitiva, irá prevalecer a tutela da evidência punitiva, tendo em conta o critério da especialidade, além de se obter uma tutela jurisdicional mais efetiva e tempestiva (LOPES, 2006, p. 130).

Em sentido contrário, parte da doutrina preceitua que é possível que um único ato ilícito implique consequências processuais cumulativas, como a tutela da evidência punitiva e a litigância de má-fé (LOURENÇO, p. 391).

Não parece acertada a conclusão. O ato ilícito pode ter múltipla consequência jurídica, sem qualquer impedimento teórico neste sentido. Uma mesma conduta pode repercutir nos âmbitos cível, penal e administrativo. O art. 77, §2º, e o art. 774 do CPC são expressos em admitir a cumulação de sanções processuais. O *atentado* é ilícito processual com múltiplas consequências (art. 77 §7º, do CPC). Nada impede, então, que a conduta da parte implique a *tutela de evidência punitiva* e a *punição pecuniária pela litigância de má-fé*. (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 366).

E parece estar correta a segunda corrente citada. Com efeito, a cumulação de sanções processuais não encontra óbice legal. Ademais, como já dito à exaustão, a tutela da evidência punitiva não é tem natureza de sanção pelos motivos já expostos.

II. 6 Tutela antecipada sancionatória e litisconsórcio

Por fim, é importante abordar a tutela da evidência punitiva nos casos de litisconsórcio. O cuidado nunca é excessivo quando se está diante de um polo processual com mais de uma pessoa – física ou jurídica. Caso contrário, os efeitos dos atos de má-fé de outra pessoa podem acabar por respingar em outra inocente, que em nada contribui para a sanção.

Para proceder à análise do tema, é preciso distinguir, no caso concreto, se há um litisconsórcio unitário ou simples (art. 116, CPC/15). Dependendo da classificação que se está lidando, é possível apartar, ou não, os efeitos da tutela da evidência sancionatória.

Se estamos diante de um litisconsórcio simples, é natural que o litisconsorte que não incorreu em abuso de direito de defesa nem manifesto propósito protelatório seja poupado das consequências negativas da conduta do outro litisconsorte. É claro o Código de Processo Civil de 2015 ao afirmar que os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos (art. 117, *primeira parte*, CPC/15).

No litisconsórcio unitário, em contrapartida, não parece possível antecipar a tutela, dado que o juiz tem de decidir o mérito de forma unitária para todos os litisconsortes. Se decidisse pela antecipação da tutela, estaria estendendo ao litisconsorte inocente os prejuízos gerados pela ação do outro litisconsorte, proceder vedado pela legislação (art. 117, *in fine*, CPC/15).

É o que expõe didaticamente José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 327):

Havendo um litisconsórcio passivo, se só um dos litisconsortes pratica abuso de direito de defesa ou incorre em manifesto propósito protelatório, é possível o juiz antecipar provisoriamente os efeitos da tutela? A conduta abusiva de um litisconsorte passivo pode conduzir ao acolhimento de pedido de tutela antecipada, prejudicando o outro?

Se o litisconsórcio passivo é simples, não há dúvidas de que é possível o requerimento e concessão de tutela provisória sancionatória, tão somente, em face do litisconsorte passivo que praticou o ato protelatório - pois os atos e omissões de um não prejudicam o outro, tal como visto no regime de tratamento dos litisconsortes, no volume 1 deste Curso.

o problema surge quando se está diante de um litisconsórcio unitário, em que ambos os litisconsortes estão em defesa de um objeto uno e indivisível, sendo, pois, inviável antecipar provisoriamente a tutela só em prejuízo de um deles. Nesse caso não nos parece adequado antecipar a tutela e, com isso, punir o litisconsorte que agiu lealmente.

Trata-se de uma hipótese de privilégio da justiça em detrimento da agilidade da prestação jurisdicional. E não parece, de fato, ser viável a antecipação da tutela às custas de uma sanção a um litisconsorte que nada fez para ser prejudicado.

CAPÍTULO III – TUTELA DA EVIDÊNCIA FUNDADA EM PRECEDENTE OBRIGATÓRIO

III. 1 Contornos gerais da tutela da evidência fundada em precedente obrigatório

Na segunda hipótese listada no art. 311, CPC/15, figura a denominada tutela da evidência fundada em precedente obrigatório. Trata-se de tutela da evidência concedida quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

É curioso notar que essa hipótese de cabimento não tem equivalente no Código de Processo Civil de 1973. Essa ausência no Código anterior e surgimento no Código atual pode ser explicada pela valorização dos precedentes que vigora na atual legislação processual. O esforço do Código de Processo Civil de 2015 em estabelecer o precedente como fonte do direito efetiva é notório, chegando-se os doutrinadores a citar um sistema de precedentes vinculantes (CÂMARA, p. 155).

Essa hipótese de cabimento pode ser didaticamente dividida em dois elementos. Por um lado, há um elemento fático – é necessário que o quadro probatório indique uma probabilidade do direito alegado e, ainda, que sejam juntadas apenas provas documentais. Por outro lado, há um elemento jurídico – é necessário que o argumento elaborado pela parte coincida com tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Esses requisitos são cumulativos.

A despeito da valorização dos precedentes judiciais, é essencial não interpretar a norma de maneira equivocada. O art. 311, II, CPC/15 exige, sim, um elemento jurídico se a tutela da evidência for requerida em procedimento comum. No entanto, é bem possível que procedimentos especiais prevejam hipóteses de liminar baseadas unicamente na probabilidade do direito da parte. Como mencionado anteriormente, a legislação processual anterior ao Código de Processo Civil de 2015 tinha apenas essas previsões como hipóteses principais. Nesses casos, não há que se exigir precedente para que a tutela da evidência seja concedida.

A exigência, contudo, não se aplica quando lei, reguladora de procedimentos especiais, prevê liminar, sem cogitar do perigo de dano. Nesses casos, a medida, por vontade da lei, não se funda senão na evidência do direito do autor. E sendo expressa a autorização legal, não se há de condicionar a liminar à existência de precedente jurisprudencial, obviamente. O suporte em tese de direito sumulado refere-se apenas aos casos em que a jurisprudência se formou em torno de lacuna do ordenamento jurídico positivo. (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 817)

Embora se trate de entendimento simplório, é necessário pontuar que não se exige um prova irrefutável. Na realidade, exige-se apenas uma prova que indique o *fumus boni iuris* qualificado. A tutela da evidência é concedida em juízo de cognição sumária. Portanto, pode ser mudada, sempre suscetível de reexame, modificação ou revogação, segundo o desenvolvimento do contraditório e da instrução probatória (art. 298, CPC/15).

Essa hipótese de cabimento da tutela da evidência, como mencionado anteriormente, requer que o quadro probatório apresentado se limite a provas documentais. Entretanto, é evidente que a concessão da medida não se restringe aos atos solenes, mas pode ser pretendida em relação a qualquer direito que se possa comprovar por documentos. No próximo subcapítulo, será estudado qual é o alcance real do termo *provas documentais*.

Em relação aos precedentes judiciais, surge questão espinhosa quando se questionada se precisam ter transitado em julgado ou não para fundamentarem a tutela da evidência. Parte da doutrina reconhece a prescindibilidade do trânsito em julgado (PINHO, 2018, p. 502; Enunciado 31, ENFAM). Mas é forçoso reconhecer que o uso de decisões paradigmáticas sem que tenham transitado em julgado fere ostensivamente a segurança jurídica e, ainda, o contraditório, potencialmente.

A tutela da evidência já conta com um sacrifício do contraditório nas hipóteses de concessão liminar. Permitir que essa hipótese de cabimento seja concedida com base em precedentes ainda não transitados em julgado pode abrir porta para antecipações de tutela que, futuramente, terão de ser desfeitas por alteração do entendimento das cortes. É compreensível o entendimento doutrinário, até pela demora para alcançar o trânsito em julgado já típica do Judiciário brasileiro. Mas a afronta à segurança jurídica é igualmente patente.

Essa hipótese de cabimento da tutela da evidência também pode ser usada pelo réu (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 817). O primeiro capítulo da obra já elaborou o raciocínio de que a técnica da tutela da evidência é instrumento do autor e do réu. Por isso não serão tecidas longas considerações sobre essa possibilidade. Mas é importante que seja lembrada, especialmente no art. 311, II, CPC/15.

III. 2 Extensão do termo “prova documental”

Tal como feito na tutela da evidência punitiva, é conveniente o estudo dos termos que compõem a hipótese de cabimento enunciada no art. 311, II, CPC/15. E, na tutela da evidência fundada em precedente obrigatório, será analisado o alcance da expressão prova documental.

Em um primeiro momento, o intérprete da norma pode deduzir que, para se que configure o cabimento da tutela da evidência, seja necessário um documento. Porém, não é esse o entendimento majoritário da doutrina. Com efeito, tanto o documento como a prova documentada podem ensejar a técnica processual, bastando que se apresente qualquer prova pré-constituída (BUENO, p. 826; NEVES, 2018, p. 561; DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 637). Os exemplos são variados. Mas podem ser citadas especialmente as provas colhidas antecipadamente (art. 383, CPC/15), a ata notorial (art. 384, CPC/15), a prova emprestada (art. 372, CPC/15) ou, ainda, quando a parte faz uso de trabalho técnico (art. 472, CPC/15).

Em relação aos fatos notórios, confessados, incontroversos ou presumidos, a apresentação de prova documental está dispensada (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 637). Nessas hipóteses, bastará à parte demonstrar que existe precedente favorável ao seu pedido. Trata-se de ocasião em que terá de ser satisfeito unicamente o elemento jurídico da tutela da evidência.

III. 3 Tutela da evidência e o sistema de precedentes vinculantes

Consoante mencionado no início do capítulo, essa hipótese de cabimento da tutela da evidência é novidade do Código de Processo Civil de 2015, sendo parte do esforço de valorização dos precedentes judiciais. E, por esse ângulo, é absolutamente louvável o esforço do legislador. Entretanto, é certo que restaram algumas lacunas a serem preenchidas pela doutrina e pela jurisprudência quanto à aplicação dos precedentes.

O enunciado da norma informa que será apresentada “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (art. 311, II, CPC/15). Diante da ausência de restrição da redação, já era esperado que a doutrina propusesse uma interpretação ampliativa do inciso, buscando uma aplicabilidade ainda maior dos precedentes judiciais.

Houve parte da doutrina que defendeu a abrangência de todos os indexadores jurisprudenciais do art. 927, CPC/15 (BUENO, p. 826; NEVES, 2018, p. 562; PINHO, 2018, p. 502; DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 638), de tese firmada em repercussão geral ou em súmulas dos tribunais superiores (Enunciado 48, I Jornada de Direito Processual Civil, CJP), de orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante (Enunciado 30, ENFAM) e de tese firmada em incidente de assunção de competência (Enunciado 135, II Jornada de Direito Processual Civil, CJP).

Devem ser levados em conta todos os precedentes vinculantes exatamente porque o estabelecimento de uma *ratio decidendi* com força obrigatória por tribunal superior já foi antecedido de amplo debate dos principais argumentos existentes em torno do tema, *limitando as possibilidades argumentativas* da parte em face da qual se requer a tutela de evidência e tornando pouco provável o seu êxito (salvo se conseguir demonstrar uma distinção do caso em exame com o caso paradigma ou a superação do precedente). (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 637)

Em entendimento ainda mais ampliativo, Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 561) defende o uso também de súmulas persuasivas e jurisprudência dominante, ainda que somente dos tribunais superiores, como ocorre no julgamento liminar de improcedência (art. 322, I, CPC/15). E o doutrinador argumenta consistentemente: se, para conceder tutela definitiva liminarmente basta súmula persuasiva de tribunal superior, seria contraditório exigir, para a concessão de tutela provisória, uma tese consagrada em súmula vinculante.

A discussão não se restringe apenas a quais indexadores jurisprudenciais podem fundamentar a concessão da tutela da evidência. É também objeto de discussão o posicionamento do precedente na escala federativa. Diante da falta de especificação da norma, parte da doutrina entendeu que, na hipótese de previsão constitucional de edição de enunciados vinculantes também pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais, eles também estariam abrangidos na hipótese de cabimento (PINHO; PORTO, 2021, p. 417). E, de fato, a norma não apresenta nenhuma restrição ao Supremo Tribunal Federal.

E, da mesma maneira, o raciocínio se aplicaria às teses firmadas em julgamento de casos repetitivos. Naturalmente, estão incluídos os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (arts. 1.036 a 1.041, CPC/15). Mas é possível estender ainda mais o alcance dessa hipótese de cabimento para os julgados dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federal no limite de suas respectivas competências em incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987, CPC/15) (PINHO; PORTO, 2021, p. 417; WAMBIER *et al.*, p. 796).

É notável, diante da multiplicidade de posicionamentos doutrinários expostos, a tentativa da doutrina de expandir ao máximo o alcance da norma. E não existe nada a ser censurado: o Código de Processo Civil de 2015, em toda a sua extensão, propõe a valorização dos precedentes judiciais. Por conta disso, seria ir na contramão do legislador propor uma interpretação restritiva da tutela da evidência fundada em precedente obrigatório.

Essa hipótese de cabimento encerra, embora não de forma tão aparente, um esforço em consolidar o princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC/15). A parte não pode insistir obstinadamente em argumentos que já foram rechaçados no processo de formação do precedente. Esse tipo de atitude configura, além do mais, litigância de má-fé por defesa infundada ou resistência injustificada (art. 80, IV, CPC/15).

Curiosamente, por conta desse raciocínio, Fredie Didier Jr. considera que essa hipótese de cabimento da tutela da evidência se confunde com a tutela da evidência

punitiva, podendo ser facilmente absorvida. E, de fato, é argumento coerente, posto que a insistência em argumentos já superados não se coaduna com a boa-fé processual.

III. 4 Tutela da evidência e o dever de fundamentação judicial

A tutela da evidência é instrumento muito hábil à superação da problemática ligada à duração razoável do processo. O requerente, já de pronto – ou ao longo do trâmite, se for de sua preferência – pode peticionar pela antecipação da tutela por conta da alta probabilidade do direito alegado. Mas esse mecanismo de antecipação da tutela não pode, em hipótese alguma, se misturar com um desleixo do magistrado.

É certo que, antes da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, eram mais comuns decisões cuja fundamentação judicial se limitava à enunciação de uma norma. Com a promulgação da legislação atual, o legislador buscou a todo custo extirpar esse mal, impondo rigorosamente o dever de fundamentação judicial (art. 11, CPC/15). Em relação aos precedentes judiciais, o magistrado precisa ser ainda mais atento, porque a tentação de apenas citar o precedente é grande.

Porém, essa conduta é absolutamente vedada pela legislação processual. Na decisão que se concede a tutela da evidência, é insuficiente apontar a prova documental e apresentar o precedente. Em verdade, é necessário destrinchar os argumentos do precedente invocado – *ratio decidendi* – e demonstrar como o caso concreto se amolda àquela decisão (art. 489, § 1º, V, CPC/15). Seguindo a mesma linha de pensamento, é necessário demonstrar que houve *distinguishing* ou *overruling* para se denegar a tutela da evidência fundada em precedente obrigatório (art. 489, § 1º, IV, CPC/15). Seria plenamente insuficiente, igualmente, apenas citar que o precedente invocado pela parte não se ajusta ao seu caso concreto.

Na sentença final que confirma, concede ou revoga a tutela da evidência fundamentada em precedente obrigatório, caberá apelação sem efeito suspensivo (art. 1.013, § 5º e 1.012, § 1º, V, CPC/15). É uma das duas únicas hipóteses de supressão do efeito suspensivo da apelação.

Supondo-se que a distinção gire em torno do elemento jurídico da tutela da evidência – já tomado como pressuposto o elemento fático –, a apelação só poderá abordar a distinção ou superação. Caso contrário, será negado provimento por decisão monocrática (art. 932, IV, CPC). Essa regra também se aplicaria ao agravo de instrumento contra a decisão concessiva da tutela da evidência fundada em precedente obrigatório.

CAPÍTULO IV – TUTELA DA EVIDÊNCIA DOCUMENTADA DE CONTRATO DE DEPÓSITO

IV. 1 Contornos gerais da tutela da evidência documentada de contrato de depósito

A terceira hipótese de cabimento da tutela da evidência é aplicada especificamente na ação de depósito, a qual, fundando-se em prova documental do contrato de depósito, tem por objeto a restituição de coisa depositada. Essa hipótese, portanto, é de aplicação mais restrita que a tutela da evidência punitiva e a fundada em precedente obrigatório.

IV. 2 O contrato de depósito e a exclusão do procedimento especial de depósito

Lembre-se que o contrato de depósito é real, porque aperfeiçoado com a entrega da coisa móvel ao depositário, que assume a obrigação de guarda até que o depositante a reclame (art. 627, CC/02). A extinção do vínculo contratual se dá no momento em que o pedido de restituição é feito. Se a devolução imediata não acontece, a retenção se transforma em esbulho. No antigo Código de Processo Civil de 1973, o réu era citado para, no prazo de cinco dias, entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro (art. 902, I).

Por meio de uma leitura sistemática do Código de Processo Civil de 2015, salta aos olhos a exclusão do procedimento especial de depósito (arts. 901 a 906, CPC/73). Esse desaparecimento implica o trâmite em procedimento comum, consoante as regras de tutela específica das obrigações de entregar coisa (arts. 498 e seguintes, CPC/15). Porém, a liminar satisfativa prevista no art. 902, CPC/73, não desapareceu, mas se conservou no art. 311, III, CPC/15, limitada ao depósito convencional.

Caso o demandante requeira a tutela da evidência em pedido reipersecutório, a concessão ocorrerá quando o pedido estiver “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” (art. 311, III, CPC/15).

Trata-se de forma típica de tutela da evidência, aplicada especificamente ao contrato de depósito:

A base, portanto, reside nas peculiaridades da relação de direito material. Não se trata de uma questão de distribuição do ônus do tempo em virtude da disparidade de situações probatórias das partes, mas sim de uma aceleração do procedimento para aquele que é detentor de um direito especialmente previsto na legislação. Com efeito, por força da lei civil, o vínculo contratual é rompido no momento em que é feito o pedido de restituição. Logo, o depositário tem o dever de entrega do bem, sob pena de caracterização de esbulho. Nesse caso, a especificidade da relação jurídica de direito material autorizou o legislador a prever uma tutela diferenciada. (DOTTI, p. 7.793)

É importante ressaltar que a lei permite unicamente a tutela específica da obrigação, sendo vedada a tutela genérica ou pelo seu equivalente em dinheiro, até porque essa tutela só é permitida para o pedido reipersecutório.

IV. 3 Prova documental adequada

Imediatamente chama a atenção do intérprete o uso da expressão *prova documental adequada*. É necessário dar contornos mais claros ao que se entende por adequado. No Código de Processo Civil de 1973, requeria-se *prova literal* – isto é, prova escrita – do contrato de depósito para se conceder a liminar satisfativa (art. 902, *caput*, CPC/73).

No Código Civil de 2002, são discriminados dois tipos de contrato de depósito. O contrato de depósito voluntário (art. 646, CC/02) e o contrato de depósito necessário – aquele que se faz em desempenho de obrigação legal ou que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como incêndio, inundação, naufrágio ou saque (arts. 647, I e 648, CC/02). A expressão *prova documental adequada* será preenchida conforme a espécie de depósito.

Esse conceito é legal, disposto na legislação material. Ao magistrado, portanto, não cabe usar qualquer técnica de interpretação integrativa. No contrato de depósito voluntário, a *prova documental adequada* será necessária prova por escrito (art. 646, CC/02), bem como no depósito necessário que se faz em desempenho de obrigação legal

(art. 647, I, CC/02); no depósito miserável (art. 647, II, CC/02), em contrapartida, a *prova documental adequada* será qualquer meio de prova (art. 648, *parágrafo único*, CC/02).

Como o Código Civil de 2002 exige apenas prova por escrito, a prova documental exigida para a tutela da evidência não é, necessariamente, o contrato de depósito, bastando uma prova documental que comprove a relação jurídica material de depósito (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 824).

Como argumentado no subcapítulo sobre a tutela da evidência fundada em precedente obrigatório, a prova documental exigida pela tutela da evidência de pedido reipersecutório é qualquer prova pré-constituída. Portanto, tanto o documento como a prova documentada são legítimos à deflagração da tutela.

IV. 4 Exigibilidade da mora

Salta aos olhos a ausência do requisito da mora nessa hipótese de cabimento da tutela da evidência. É claro que seria quadro excêntrico conceder a antecipação da tutela à parte sem ao menos que o depositário se cientificasse da obrigação de devolução da coisa. Por esse motivo, a despeito da omissão do texto legal, a doutrina majoritária entende que a mora é requisito para a tutela da evidência do pedido reipersecutório.

O problema é que o CPC/2015 não faz menção à necessidade de que o autor comprove a mora, exigindo tão somente a “prova documental adequada do contrato de depósito” (art. 311, III). Deve-se reputar implícita ao dispositivo a exigência de comprovação da mora por meio do protesto ou de notificação extrajudicial, conforme a iterativa jurisprudência do STJ a respeito do procedimento de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente (BODART, p. 3.609).

Com efeito, esse era o entendimento firmado para o procedimento de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, que chegou a ser consolidado em Súmula no Superior Tribunal de Justiça – entendeu a Corte que “a comprovação da mora é

imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente” (Súmula 72, STJ). É o entendimento aplicado em muitos precedentes³.

Especificamente quanto à tutela da evidência do contrato de depósito, já foi editado também enunciado doutrinário sobre o tema no mesmo sentido, dispondo que “[p]ara a concessão da tutela da evidência prevista no art. 311, III, do CPC/2015, o pedido reipersecutório deve ser fundado em prova documental do contrato de depósito e também da mora” (Enunciado 29, ENFAM).

Por meio desse entendimento, fica o réu impedido de alegar desconhecimento da obrigação de devolução, evitando atrasos desnecessários no processo.

Com essa exigência, não poderá o réu invocar em seu favor o desconhecimento da pretensão autoral, legitimando, por conseguinte, a prolação de um provimento *inaudita altera parte*. Noutras palavras: se o autor comprova a existência do seu direito e, além disso, notifica o devedor, dando-lhe ciência de todo o ocorrido, é muito provável que este não conseguirá refutar a pretensão autoral, de maneira que se revela injusto sancionar o demandante com a espera pela última citação e pela contestação, para só depois franquear-lhe o acesso ao bem da vida, por puro amor ao formalismo. (BODART, p. 3.617)

Portanto, a mora é requisito tranquilamente exigível na tutela da evidência de pedido reipersecutório, sendo muito menos razoável presumir que a omissão da lei infere prescindibilidade.

IV. 5 Cominação de multa

Frequentemente, a cominação de multa é apontada como previsão desnecessária na tutela da evidência de pedido reipersecutório (art. 311, III, *in fine*, CPC/15). Isso porque toda e qualquer obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa recruta a possibilidade de aplicação de multa cominatória – *astreintes* (art. 537, CPC/15).

³ STJ, EDcl no REsp 1016759/SP, 4.a T., j. 04.09.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10.09.2012; STJ, AgRg no AREsp 120.980/RS, 3.a T., j. 02.08.2012, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 15.08.2012.

Mas a expressa cominação de multa não pode ser apontada como absolutamente desprezível. O Código de Processo Civil de 1973 estabelecia a pena de prisão de até um ano para o depositário infiel (art. 902, § 1º), com autorização expressa da Constituição Federal (art. 5º, LXVII, CRFB/88). Mas é de amplo conhecimento que a norma se tornou inconveniente após a assinatura do Pacto de San José da Costa Rica que rechaçava a medida. O entendimento foi expressamente adotado pelo Supremo Tribunal Federal em súmula vinculante, declarando-se ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (Súmula Vinculante 25, STF). Logo, a previsão da cominação de multa na tutela da evidência de pedido reipersecutório pode ser interpretada, tranquilamente, como resultado da declaração de inconveniência da prisão do depositário infiel.

Se o depositário não entregar a coisa, portanto, caberá a cominação de multa, assumindo a tutela da evidência a feição de uma injunção ou um mandado para que o depositário entregue a coisa.

Em que pese essa previsão, existem também outras medidas derivadas do poder geral de efetivação dessas obrigações. As medidas por execução provisória são utilizáveis se adequadas, necessárias e razoáveis, à luz do caso concreto (arts. 297, 520, § 5º e 536, CPC/15).

CAPÍTULO V – TUTELA DA EVIDÊNCIA DOCUMENTADA NA AUSÊNCIA DE CONTRAPROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE

V. 1. Contornos gerais da tutela da evidência documentada na ausência de contraprova documental suficiente

A última hipótese de cabimento da tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015 é aquela fundada na ausência de contraprova documental suficiente. A medida é concedida quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável” (art. 311, IV, CPC/15). Da redação já se depreende que não se admite a concessão liminar, dado que se requer a resposta do réu.

V. 2 Alcance da evidência documentada

Trata-se de mais uma hipótese de cabimento de tutela da evidência documentada. E, como já citado anteriormente, é legítima qualquer prova constituída – documentos ou provas documentadas. Em passos mais largos, autores defendem que essa hipótese de cabimento da tutela da evidência admitiria qualquer espécie de prova, inexistindo motivo para se restringir à prova documental (BUENO, p. 826; DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 461).

Sobre o dispositivo, cabe destacar, a exemplo do quanto escrito sobre os incisos II e III do art. 311, que não há sentido em restringir a hipótese à prova “documental”, máxime quando parecem ser inconcebíveis ou de remota importância prática a formulação e a concessão *liminar* do pedido. Importa, por isso mesmo, interpretar a referência aos meios de prova empregados pelo autor, quaisquer que sejam eles, desde sua petição inicial até o instante em que formula o pedido de tutela provisória fundamentada na evidência. (NEVES, 2018, p. 563; WABIER *et al.*, 2015, p. 525)

E também se aplica o entendimento já mencionado quando do estudo da tutela da evidência fundada em precedente obrigatório. Para os fatos notórios, confessados, incontroversos ou presumidos, está dispensada a apresentação de prova documental.

Nesses casos, a própria legislação dispõe que a evidência da alegação implica a prescindibilidade do esforço probatório.

V. 3 A que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável

Chama atenção a necessidade de esclarecimento do termo *prova a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável*. Entende Rogéria Dotti (p. 7.982-7.990) que se trata de conceito jurídico indeterminado. Segundo a doutrinadora, essa indeterminação não seria motivo de crítica, mas de elogios, por proporcionar maior flexibilidade ao magistrado:

Pode-se então concluir que o conceito jurídico indeterminado nesse caso se refere à situação processual da parte que não conseguiu inculcar no julgador uma dúvida relevante quanto ao mérito do pedido. Em outras palavras, a prova que não gere dúvida razoável significa aqui uma alegação feita pelo réu (devidamente amparada por prova) que seja inconsistente, frágil, destituída, portanto, de qualquer credibilidade.

Não há dúvida que essa verificação judicial quanto à força probante exige maior carga de subjetividade. Mas como visto, isso é positivo. Vale lembrar que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados propicia uma janela no sistema, autorizando uma aplicação genérica e flexível do dispositivo. Essa flexibilidade gera o benefício de assegurar uma aplicação mais adequada e mais isonômica da norma.

V. 4 Tutela da evidência ou julgamento antecipado do mérito?

Se o réu não dispuser de outro meio de prova suficiente, além da documental, será hipótese de julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de produção de outras provas (art. 355, I, CPC/15). E essa conclusão implica fato curioso. O doutrinador Fredie Didier Jr. (2016, p. 642) defende que da aplicação dessa hipótese de cabimento da tutela da evidência somente pode decorrer uma tutela definitiva por julgamento antecipado de mérito.

E, com efeito, Didier Jr. apresenta todas as alternativas possíveis e não deixa outra conclusão senão a de que a aplicação da quarta hipótese de cabimento da tutela da evidência haverá de se confundir com o julgamento antecipado de mérito.

De um lado, porque se a contraprova documental do réu é insuficiente, mas ele requer a produção de outros meios de prova, não é autorizada a concessão da tutela provisória de evidência, que pressupõe que se trate de causa em que a prova de ambas as partes seja exclusivamente documental. Nesses casos, o juiz prosseguirá com a determinação da coleta de novas provas em favor do réu.

De outro, se a contraprova documental do réu é insuficiente e ele não requer a coleta de outras provas, fica autorizado o julgamento antecipado do mérito da causa (art. 355, I, CPC), com a concessão de tutela definitiva, mediante cognição exauriente.

No mesmo sentido é o entendimento do doutrinador Bruno Bodart (p. 3.448), concluindo que “[n]ão se trata, pois, ao contrário dos demais, de provimento antecipatório, já que a matéria não será novamente apreciada em uma decisão futura, e sim de provimento imediato, fruto de um juízo de certeza”.

Talvez a única utilidade da previsão dessa hipótese de cabimento – inserida equivocadamente no rol de tutela da evidência – seja a eliminação do efeito suspensivo de eventual apelação. Como já se mencionou, começa a produzir feitos imediatamente após a sua publicação a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória (art. 1.012, § 1º, V, CPC/15).

CONCLUSÃO

Na transição do Código de Processo Civil de 1973 para o Código de Processo Civil 2015, a tutela da evidência ganhou – assim se diga – *status* de instituto. Por essa denominação seja entendido que adquiriu contornos próprios e unitários que a distinguem de demais institutos ou de enunciados esparsos. Esse aperfeiçoamento se demonstra pela própria consolidação em artigo único inserido nas disposições do procedimento comum – antes o que se tinham eram liminares espalhadas pela legislação processual extravagante.

Essa importância conferida à tutela da evidência se justifica pela sua ampla aptidão em aprimorar a prestação jurisdicional. Com a demonstração da alta probabilidade do direito alegado – *fumus boni iuris* qualificado –, a parte pleiteia, antecipadamente, a satisfação de seus direitos, afastando uma distribuição desproporcional do ônus da demora de um pronunciamento judicial. Portanto, o instituto confere aplicabilidade concreta ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88; art. 4º, CPC/15); e, como foi demonstrado no primeiro capítulo, também resta satisfeito obliquamente o princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC/15).

A tutela da evidência não há de ser diminuída, portanto. E, para que não seja diminuída, é necessário que seja amplamente debatida na doutrina e jurisprudência. Em relação aos contornos gerais do instituto, conforme abordado no primeiro capítulo, não há grandes discussões que impeçam a plena aplicação da técnica processual, apenas alguns debates de importância acadêmica.

A tutela da evidência punitiva e a fundada em precedente obrigatório agregam a maior parte das discussões entre os juristas. A necessidade de uma determinação mais acurada dos termos enunciados nos incisos ocupa o posto de temas principais, dado que determina um maior alcance – e, conseqüentemente, efetividade – do instituto. Mas essas discussões, ainda assim, não são fundamento para se deixar de utilizar a tutela da evidência. Pelo contrário, é um esforço da doutrina e da jurisprudência para que a sua aplicação se dê da forma mais proveitosa possível aos jurisdicionados.

Em relação às hipóteses da tutela da evidência do pedido reipersecutório e a tutela da evidência documentada na ausência de contraprova suficiente, não vigoram grandes discussões doutrinárias. E, tendo em conta o posicionamento apresentado de que a quarta hipótese de cabimento seria, em verdade, um julgamento antecipado de mérito, o seu centro de estudo não se dá propriamente na tutela da evidência.

Por todo o exposto, a conclusão se dá no sentido da ampla aptidão da tutela da evidência em aperfeiçoar os princípios constitucionais e processuais. O instituto é ferramenta adequada para transformar satisfatoriamente o quadro de morosidade nos tribunais e aprimorar a qualidade da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Carlos Augusto de. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiro, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência** [livro eletrônico]: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e consideração sobre o projeto do Novo CPC. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** (4ª Turma). EDcl no REsp 1016759/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.09.2012, DJe 10.09.2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça** (3ª Turma), AgRg no AREsp 120.980/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 02.08.2012, DJe 15.08.2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Tutela antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias,**

decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

_____; _____. **Curso de direito processual civil.** Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência [livro eletrônico]: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela antecipada sancionatória: (art. 273, inc. II, do código de processo civil).** São Paulo: Malheiros, 2006.

LOURENÇO, Haroldo. **Processo Civil Sistematizado.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela provisória [livro eletrônico].** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____; ARENDHART; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Manual do processo civil [livro eletrônico].** 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado.** São Paulo: RT, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumaria. **Revista de processo.** São Paula, Revista dos Tribunais, v. 36, n. 197, p. 27–66, jul., 2011

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018.

_____. Tutela antecipada sancionatória. **Revista dialética de direito processual: RDDP**, São Paulo, Oliveira Rocha, n. 43, p. 17–28, out., 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____; PORTO, José Roberto Mello. **Manual de tutela coletiva**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PONTES, Daniel. **A tutela de evidência no novo Código de Processo Civil: uma gestão mais justa do tempo na relação processual**. Monografia de Graduação. Faculdade de Direito. UERJ. 2015, 65 p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. 22. tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. Tutela cautelar e antecipatória. *In*: AURELLI, Arlete Inês, *et al.* **O direito de estar em juízo e a coisa julgada – Estudos em Homenagem a Thereza Alvim**, São Paulo: RT, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60. ed. [2 Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, 2 e 3.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de Mello. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2005.