

Tutela provisória da evidência: a justa distribuição do ônus do tempo

Resumo: A tutela da evidência não é uma tutela de perigo de dano, mas uma tutela provisória que visa, obedecendo às garantias fundamentais, a distribuir o ônus do tempo do processo, tradicionalmente imposto ao autor, em uma lógica patrimonialista, que optava por conservar o *status quo* anterior ao processo. O instituto procura humanizar as relações jurídicas de direito material e processual, deixando a cargo daquele que tem interesse no prosseguimento do feito o ônus de sua continuidade, diante de um direito evidentemente demonstrado na inicial e de uma defesa frágil, pouco ou nada convincente. Com essa premissa, a tutela da evidência respeita o devido processo legal e o contraditório, não apenas no tratamento igualitário do amplo direito de defesa, mas no sentido de dividir os danos resultantes do trâmite processual uma maneira equânime. Portanto, é um instituto que busca conferir ao processo uma duração razoável, sempre com um olhar atento à efetividade.

Palavras-chaves: contraditório - devido processo legal – duração razoável – efetividade - evidência do direito – fragilidade das provas – ônus do tempo – tutela da evidência.

Introdução

O presente artigo analisa o instituto da tutela provisória da urgência, previsto no art. 311 do CPC da Lei 13.105/2015, que se insere em novo paradigma à da dogmática processual, cujo escopo central é a efetividade e materialização do direito em tempo razoável, como forma de potencializar a função jurisdicional e obter a pacificação social, sobretudo objetivando conferir eficiência e eficácia aos processos judiciais, com vistas a uma cognição sumária e não exauriente, mas de cunho satisfativo.

O processo não deverá ser demasiadamente célere, menos ainda deverá ser moroso. Isso equivale a dizer ser necessário observar o seu tempo razoável de duração para

possibilitar a maturação da lide, não se podendo deixar observar as garantias fundamentais das partes, oportunizando-lhes o devido processo legal, o contraditório e o amplo direito de defesa, sem que isso se transforme em instrumento de práticas abusivas, procrastinatórias e entraves deliberados, com o propósito de obstar o regular andamento da marcha processual. A satisfação do direito como promoção de justiça consiste em dar a cada um o que é seu, em intervalo de tempo razoável. Nesse aspecto, a via judicial servirá para a tutela de direitos e interesses legítimos, jamais para atender a proveitos pessoais egoísticos e desprovidos de base jurídica.

A Constituição Federal facilitou o acesso à Justiça, ao promover os direitos e garantias fundamentais. No entanto, sabidamente, o Poder Judiciário não foi adequadamente estruturado para atender ao imenso número de demandas que diariamente vêm sendo distribuídas em todas as unidades judiciárias do país.

Esses fatores, embora não sejam isolados, contribuem sobremaneira para a morosidade das soluções dos conflitos, produzindo efeitos diversos dos desejados, não alcançando a tão esperada pacificação social. Lides temerárias, infundadas, com manifestos propósitos protelatórios e evidente abuso de direito de defesa, acabam por impor aos autores das ações o encargo de suportarem, sozinhos, o ônus do tempo.

A tentativa de tornar mais justa distribuição do ônus do tempo foi implementada no ordenamento civil pátrio a partir da reforma implementada no Código Processual Civil de 1973. Embora de forma tímida, tal Código sinalizava que, em situações pontuais, seria admissível conceder ao autor o bem da vida, desde que houvesse prova do direito invocado, a exemplo do art. 1.002, incluído no CPC/73 pela Lei 9.079/95 e consoante previsto no art. 273, § 6º, também do CPC/73, incluído pela Lei 10.444, de 2002.

Neste estudo, aborda-se a tutela provisória da evidência, recepcionada pela legislação adjetiva civil, Lei nº 13.105/15, no Livro V, Título III. Discorre-se sobre sua importância para a materialização do direito, como forma de promoção da efetividade e alcance da paz social, e sobre sua conformidade com as balizas constitucionais inerentes aos direitos fundamentais e a nova ordem jurídica traçada pelo Código de Processo Civil em vigor, em especial, com os princípios e fundamentos do processo.

Abordam-se os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, a serem observados em todas as ações judiciais, inclusive no que diz respeito aos pedidos de tutelas satisfativas da evidência, em relação aos quais se busca imprimir nova técnica, visando a bem distribuir o ônus do tempo do processo, com fincas à efetiva observância da isonomia entre as partes.

Nesse aspecto, importa considerar que os institutos processuais são parte de um arcabouço legal, que deve estar em conformidade com a Lei Maior de nosso país. Portanto, as reformas promovidas no Código de Processo Civil de 1973, durante a década de 1990, e o desemboque no novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/2015, estão correlacionados à mudança do paradigma estatal inaugurado pela Constituição de 1988, rompendo com antigos dogmas de proteção prioritária ao patrimônio reconhecendo efetivamente à dignidade humana e à cidadania sua necessária condição de pilares e fundamento da legislação pátria.

Destarte, necessário que a atuação jurisdicional esteja em sintonia com a moldura normativa vigente, não ficando limitada à aplicação da lei para solucionar o processo, sem se preocupar com a efetividade. Devem ser desenvolvidas técnicas que viabilizem proatividade, para que o conflito seja solucionado definitivamente, além de se zelar pela celeridade do processo, mas sempre com um olhar atento às garantias fundamentais dos envolvidos, partícipes da relação processual, buscando materializar o direito ao bem da vida em um lapso temporal razoável, sem aceleração e sem morosidade, consoante preconizado na Emenda Constitucional 45/2004, ao acrescentar, de forma expressa, ao rol das garantias fundamentais, o princípio da duração razoável do processo.

Ao final, será abordado mais diretamente o instituto da tutela provisória da evidência e sua importância na distribuição do ônus do tempo, com ênfase aos princípios constitucionais mencionados, aos positivados no Código de Processo Civil, às hipóteses de aplicação do instituto, procedimento e efeitos, com especial destaque para a mais justa distribuição do ônus do tempo como fundamento da tutela provisória em estudo.

1. Bases constitucionais pós-modernas do Direito Processual

Tradicionalmente, partindo das premissas oitocentistas postas pela visão liberal de Estado, a Constituição não era aplicada diretamente às relações privadas, que eram reguladas preponderantemente pelo Código Civil. A observância dos preceitos insertos na Carta Magna dependia de regulamentação pela legislação infraconstitucional, para que suas premissas, de cunho diretivo, surtisser efeitos no mundo fenomênico.

Atualmente, a práxis jurídica está sob a égide pós-positivista e a Constituição Federal ocupa, de fato, o seu lugar de supremacia, tanto nas relações entre Estado e cidadão

como nas relações de índole privatística.¹

Os mandamentos constitucionais incidem diretamente sobre a realidade social, orientam o operador do direito na interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico e são parâmetros de validade de todas as demais disposições legais, sendo nulas se incompatíveis com a lei maior.

Entretanto, a Constituição Federal não é apenas um diploma jurídico, porquanto carregada de dimensões políticas e culturais, servindo, pois, como fonte de inspiração e fundamento para a atuação dos órgãos políticos e da sociedade em geral.² Dessa forma, os princípios constitucionais foram erigidos ao *status* de norma cogente, com força coercitiva, diretamente aplicáveis nas relações públicas e privadas, ocupando o ápice do ordenamento jurídico.³ Assim, “os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios”.⁴

Destarte, o Princípio da Supremacia da Constituição passa a vigorar de fato e de direito, tanto nas relações privadas como nas relações entre sociedade e Estado, que, para ser materializado, depende da submissão de seus preceitos aos diplomas legais que cabe ao Poder Legislativo editar. No entanto, a aplicabilidade direta dos princípios constitucionais dos direitos fundamentais independe de qualquer regulamentação ou normas infraconstitucionais.

3. Alguns direitos e garantias Fundamentais atinentes ao tema

3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

¹ “Em passado não tão distante, nos países do sistema jurídico romano-germânico se concebia o Código Civil como a principal norma jurídica de uma comunidade. Nesses códigos estariam contidos os mais importantes princípios jurídicos, que corresponderiam a um ‘direito natural racional’, alicerçado em valores do liberalismo burguês, como a proteção praticamente absoluta da propriedade privada e da autonomia da vontade na celebração de negócios jurídicos.” - (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p.40)

² “Enfim, a constituição deve ser vista como norma jurídica, mas não como norma dirigida apenas à comunidade jurídica, imersa em tecnicidades impenetráveis para o cidadão comum, cujo sentido seja aquele definido pelo STF. O Poder Judiciário certamente um *locus* importante para a garantia da Constituição, mas não é o único espaço de debates dos temas constitucionais, nem o caminho exclusivo para a concretização de suas normas.” – (SOUZA NETO; SARMENTO. *Op. cit.*, p. 358)

³ “Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo tempo positivamente de alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum* ou seja, norma das normas.” – (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 289- 290)

⁴Cf. BONAVIDES. *Op. cit.*, p. 271).

A Constituição Federal promulgada em 1988 elevou a dignidade da pessoa humana ao nível mais alto do extrato jurídico e social da República, ao elegê-la como um dos princípios fundamentais (art. 1º, III). Dessa forma, toda a legislação pátria deverá se adequar aos valores inerentes a essa nova concepção paradigmática, impondo a adoção de medidas necessárias para atender as balizas traçadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral de promoção do indivíduo, aliada aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Não é apenas um valor, mas “o” valor supremo de uma sociedade democrática, o qual não apenas protege o indivíduo, mas impõe que o Estado promova ações efetivas para o seu bem-estar pessoal, profissional, familiar, liberdade, integridade etc⁵.

Referido princípio é o fundamento e fim da sociedade. Por meio dele, confere-se suporte axiológico a todo o sistema normativo. Trata-se do valor supremo, a ser aplicado para o desenvolvimento sadio das relações entre indivíduo, sociedade e poder público, assim como às relações interindividuais de natureza civil e comercial.⁶

Os direitos fundamentais individuais e sociais são emanações deste princípio, sendo a base hermenêutica do ordenamento jurídico pátrio. Mais ainda, suporte jurídico de toda atuação estatal das relações indivíduo-Estado, indivíduo-indivíduo, devendo, por isso, nortear toda a produção legislativa e jurisdicional, como também as atividades econômicas e sociais etoda a política governamental.⁷

3.2 Os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa

⁵ O órgão julgador também deve ‘promover’ a dignidade da pessoa humana. - (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*”. 23 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021. Volume 1, p.117)

⁶ “A dignidade da pessoa humana pode ser considerada como sobreprincípio constitucional, do qual todos os princípios e regras relativas aos direitos fundamentais seriam derivação, ainda que com intensidade variável.” (DIDIER JR. *Op. cit.*, p.116/117)

⁷ “ – Caso *Lüth*: ‘Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...)’ – Tradução livre e editada da versão da decisão publicada em Jürgen Schwabe, *cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, 2003, p. 132-137*” – (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.356)

Tais princípios são garantias fundamentais consagradas na Constituição Federal. Em conjunto com outros princípios fundamentais, são garantidores de todos os direitos, base de sustentação para que o conflito seja composto de forma imparcial, impessoal, democrática, com respeito à dignidade, liberdade e igualdade; enfim, com obediência ao Estado de Direito.

São garantias constitucionais cujo objetivo maior é aplicação do Direito de forma justa e equilibrada, com o escopo a atingir a paz social, visando a impedir que o indivíduo ou grupo social sofra qualquer tipo de sanção que não seja efeito jurídico previamente previsto de seus atos, frente ao direito material posto.

Regem não apenas o direito processual penal, mas o processual civil e o direito administrativo. São aplicáveis inclusive a processos administrativos de natureza privada. Os princípios da ampla defesa⁸ e do contraditório tornam inadmissíveis os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, o depoimento de inimigo. Englobam o direito de informação, manifestação e ampla produção das provas pertinentes, entre outros.

A ampla defesa e o contraditório são corolários lógico e jurídico do devido processo legal⁹, o que significa que, no curso do processo, deverá haver cumprimento das normas procedimentais previstas, privilegiando-se o contraditório, a paridade entre as partes, a dignidade da pessoa humana, a efetividade, a imparcialidade do juízo. Dever-se-á, pois, atentar para o atendimento de todas as garantias fundamentais.

Esses princípios processuais fundamentais, embora autoaplicáveis desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, foram positivados na lei processual, merecendo destaque os artigos 1º a 12 e 489 do Códex de 2015.

3.3 O princípio da razoável duração do processo

⁸ “A locução ‘devido processo legal’ corresponde à tradução para o português da expressão inglesa ‘*due process of law*’. *Law*, porém, significa *Direito*, e não lei (*‘statute law’*). A observação é importante: o processo deve estar em conformidade com o *Direito* como um todo, e não apenas em consonância com a lei. ‘Legal’, então é adjetivo que remete a ‘Direito, e não a Lei.’” (DIDIER JR. *Op. cit.*, p.104).

⁹ “O *devido processo legal* é um direito fundamental cujo conteúdo é complexo e vem sendo construído nos últimos dez séculos. Desde 1.037 com o Decreto Feudal de Conrado II, inúmeras garantias processuais vêm sendo reunidas para dar à pessoa que é parte de um processo um tratamento digno – o tema será visto mais à frente. Essas garantias se articulam dentro de uma mesma rubrica: o devido processo legal. Bem pensadas as coisas, o devido processo legal é o rótulo que se deu à exigência de que um processo confira tratamento digno às pessoas. Dar um tratamento processual digno é garantir o contraditório, a produção de provas, o direito ao recurso, o juiz imparcial, a proibição de prova ilícita, a exigência de motivação, a lealdade processual, a publicidade etc. *Enfim, a dignidade da pessoa humana, no processo, é o devido processo legal.*” - (DIDIER JR. *Op. cit.*, p. 118)

A Constituição Federal de 1988 não se ocupou em disciplinar o tempo de duração do processo com vistas à sua adequada distribuição e em delimitar as consequências da morosidade processual em face dos direitos subjetivos dos litigantes.

A Convenção Americana de Direitos Humanos - da qual o Brasil é signatário desde 1978 – dispõe, em seu art. 8º - que trata das garantias processuais - que os processos devem obedecer às garantias fundamentais, testificando que isso se faça em “um prazo razoável”.¹⁰

Com a publicação do Decreto 678/1992, essa garantia fundamental foi incorporada ao Direito brasileiro. Mais precisamente, passou a ser disposição constitucional não expressa no enunciado normativo, mas dele deduzida em função do disposto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.¹¹

A Emenda Constitucional 45/2004 incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º, com o seguinte enunciado: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Esse princípio não exige simplesmente um processo rápido, célere, mas um processo que permita às partes defenderem os seus direitos em um prazo razoável, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa¹². A razoabilidade do prazo dependerá de diversas circunstâncias e situações, conforme inclusive as especificidades das relações jurídicas de direito material discutidas nos autos, que podem torná-lo mais duradouro ou menos moroso.

4. Normas processuais fundamentais

¹⁰ “Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista fiscal ou de qualquer outra natureza” –(COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> > Acesso em 09/06/2021.

¹¹ “Como ensina Flávia Piovesan: ‘A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais” (DIDIER JR. *Op. cit.*, p. 140)

¹² “Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido / célere: o processo *deve durar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional.*” (DIDIER JR. *Op. cit.*, p. 142)

Conforme já destacado, os princípios basilares do Código de Processo Civil são as garantias fundamentais, que por seu turno têm como suporte o princípio da dignidade da pessoa humana.

O atual Código de Processo Civil avançou em relação ao anterior, por inserir as garantias constitucionais em seu texto, em que pese a autoaplicabilidade dos princípios fundamentais (art. 5º, §1º, da Constituição Federal).

Todas as normas processuais previstas nos arts. 1º ao 12 do CPC de 2015 são fundamentais, pois emanadas do princípio do devido processo legal, que a seu turno, tem suas raízes no princípio da dignidade da pessoa humana.

O art. 1º do Código de Processo Civil dispõe que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado, conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando às disposições deste Código”¹³, assim como a eles se submete todo o arcabouço jurídico.

O art. 3º reproduz uma garantia fundamental de acesso ao Poder Judiciário prevista no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, assim como prevê e consagra as soluções conciliatórias e extrajudiciais como forma de promoção da paz social, de resolução de conflitos.

O art. 4º expressa a garantia fundamental da duração razoável do processo, embora não mencione os meios a serem utilizados para esse fim, diferentemente do texto expresso na Carta Magna. Isso não significa que não tenha sido recepcionado, pois a harmonização entre tempo razoável e celeridade é garantia fundamental autoaplicável.

O art. 4º também consagra o princípio da efetividade¹⁴.

O art. 5º privilegia a boa-fé, assim como já o faz o Código Civil, em sintonia perfeita com a Constituição, que ao prever como fundamento a dignidade da pessoa humana, consagra princípios basilares como cidadania e solidariedade.¹⁵

¹³ “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

¹⁴ “Dela [da cláusula geral do devido processo legal] também se extrai o *princípio da efetividade*: os direitos devem ser, além de reconhecidos, *efetivados*. Processo devido é processo efetivo. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste ‘na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva’.” (DIDIER JR. *Op. cit.*, p. 160)

¹⁵ “Mesmo que não existisse texto normativo expresso na legislação infraconstitucional, o princípio da boa-fé processual poderia ser extraído de outros princípios constitucionais. A exigência de comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais.” (DIDIER JR. *Op. cit.*, p. 153)

O art. 6º é uma combinação entre os princípios expostos nos artigos 4º e 5º.

O art. 7º dispõe sobre os princípios do contraditório e do amplo direito de defesa, com previsão exemplificativa de condutas visando a atingir esses fins, impondo ao juiz zelar pelo cumprimento de tais garantias fundamentais.

O art. 8º trata da promoção humana na atividade processual civil, que somente será conquistada se perpassar pelo atendimento dos fins sociais e das exigências do bem comum, com o atendimento da razoabilidade, proporcionalidade, legalidade, publicidade e eficiência, visando à total proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁶

Referido dispositivo legal transcende o procedimento, porquanto não se trata apenas norma de cunho processual, pois o magistrado, ao aplicar o ordenamento jurídico, deve procurar atingir os objetivos constitucionais, com o fim de conceder a cada parte do processo o bem da vida a que faz jus, sempre tendo como norte a promoção dos valores intrinsecamente humanos e, por consequência, o desenvolvimento social.

O Poder Judiciário, ao aplicar o ordenamento jurídico, deverá ter por objetivo os fins sociais preconizados pelo ordenamento jurídico, que se confundem com o bem comum, ou seja, deve atuar na promoção de uma sociedade justa, livre, igualitária e fraterna, requisitos básicos para a promoção do ser humano como indivíduo e membro da coletividade, para a viabilização de uma sociedade em que a consagração da dignidade da pessoa não seja apenas um ideal, uma carta de intenções, mas uma realidade.

Os art. 9º e 10º expressam normas de conduta processual destinadas à garantia do contraditório.

O art. 11 positiva mais uma vez, em sede infraconstitucional, a garantia fundamental da publicidade, assim como o princípio da fundamentação das decisões, que como visto, integram as normas de proteção de garantias fundamentais.

O art. 12 determina que a ordem de conclusão e prolação de sentenças e acórdãos deve obedecer ao critério objetivo do tempo, geralmente evitando-se privilégios de tramitação que não se incluam entre os legalmente previstos e humanitariamente justificados.

Enfim, imperioso constar que o Direito Privado e o Processo Civil sofreram forte ruptura ideológica, estando hodiernamente intensamente constitucionalizados, sob forte comando dos princípios constitucionais, em virtude especialmente da aplicabilidade direta

¹⁶ “O art. 8º do CPC impõe que o órgão julgador, no processo civil brasileiro, ‘resgare e promova’ a dignidade da pessoa humana. O dispositivo é aparentemente desnecessário, pois a dignidade da pessoa humana já é um dos princípios fundamentais da República (art. 1º, III, CF/1988) – nesse sentido, possui natureza de norma jurídica – e é um direito fundamental – nesse sentido possui a natureza de situação jurídica ativa.” - (DIDIER JR. *Op. cit.*, p. 116)

dos direitos e garantias fundamentais.¹⁷

5. Tutela provisória da evidência e a distribuição do ônus do tempo

5.1 Hipóteses permissivas

A tutela provisória da evidência é um instituto de direito processual previsto no art. 311 do CPC de 2015. Trata-se de forma de antecipar o provimento final perseguido, que tem como suporte uma cognição sumária, com análise de máxima evidência do direito do autor que postula essa tutela provisória, de natureza satisfativa.

Somente poderá ser concedida caso haja expresse requerimento do autor, não podendo o magistrado atuar *ex officio*, ainda que se trate de atos abusivos ou protelatórios praticados pelo demandado, em respeito aos artigos 6º e 10 do CPC.

A tutela provisória de urgência difere da tutela provisória da evidência, pois esta independe de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. Tem como premissa retirar do autor a exclusividade de arcar com o ônus do tempo, repartindo com equidade o dano marginal do processo entre as partes litigantes, prevendo a distribuição de tal ônus de acordo com a probabilidade de reconhecimento do direito no curso do processo. Pressupõe que não é razoável que somente ao final venha o titular de um direito bem demonstrado receber resposta do Estado/juiz, o que violaria os princípios do contraditório, da duração razoável do processo e da efetividade.

Não se pretende, com esse instituto, apenas possibilitar uma solução de mérito em tempo razoável, mas a razoabilidade temporal da concretização do direito pleiteado¹⁸, o que depende de se verificar que a defesa tenha poucas probabilidades de sucesso.

O *caput* do art. 311 não impõe, como já destacado, a comprovação de

¹⁷ “Sob essa ótica, não basta que os procedimentos judiciais tenham como finalidade exclusiva o alcance da justiça material. A forma como essa justiça é buscada também importa. Por isso, o dever do juiz de observar o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana, a igualdade das partes, o contraditório, a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. A finalidade máxima do processo, que é a pacificação social com justiça, só pode ser alcançada quando há a devida observância das garantias processuais fundamentais.” (COELHO, Marcos Vinicius Furtado. Artigos 7º e 8º do CPC - Princípios fundamentais do processo civil. Disponível em : <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/298393/artigos-7--e-8--do-cpc---princípios-fundamentais-do-processo-civil>> Acesso em: 13 mai. 2021).

¹⁸ “A tutela da evidência é ligada à ideia de abreviação do tempo necessário à realização do direito material. A técnica abre oportunidade à antecipação da tutela jurisdicional do direito material, ignorando exigência de que a execução somente será possível após a cognição plena e exauriente.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da Justiça*. 3 ed. (revista e atualizada). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p.287)

qualquer dano ou perigo de dano para concessão da tutela da evidência; tais requisitos alternativos são previstos apenas nos dispositivos referentes ao instituto da tutela provisória de urgência.

O inciso I permite ao magistrado conceder a tutela da evidência quando a fragilidade da defesa demonstrar um verdadeiro abuso ou que o intuito do réu seja de apenas o de protelar a marcha processual e a satisfação do direito.

Há quem entenda que referido inciso configura uma sanção processual. No entanto, uma defesa abusiva ou com objetivos protelatórios é uma defesa que se caracteriza como frágil frente à evidência do direito do autor. Assim, na realidade, a possibilidade de concessão da tutela da evidência, no caso, não chega a configurar propriamente de uma sanção, mas de uma distribuição equânime do ônus do tempo em face de argumentos defensivos já evidentemente pouco fundados.

Não seria compatível com o devido processo legal ou com a dignidade humana punir o réu concedendo ao autor a tutela pretendida, com simples objetivo sancionatório, e não em razão da análise da probabilidade do direito de cada parte e por considerar a necessidade de distribuir de forma mais justa a carga dos efeitos da passagem tempo durante a tramitação processual.

Aliás, o CPC atual contém dispositivo sancionatório da defesa abusiva ou protelatória, qual seja, o art. 80, repressor da litigância de má-fé, o qual prevê expressamente uma sanção monetária proporcional aos valores discutidos nos autos, a ser cominada quando da prolação da sentença.

Assim, constata-se que a hipótese de concessão da tutela da evidência em análise realmente não configura punição, inclusive porque não é nesse sentido a previsão contida no art. 311.

O inciso II do mesmo artigo dispõe que tutela da evidência pode ser concedida se “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

O inciso III estabelece a possibilidade da concessão dessa modalidade de tutela quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Os incisos II e III têm sua constitucionalidade questionada por alguns estudiosos, por permitir seja concedida a tutela satisfativa liminarmente, sem observância do contraditório.

O inciso IV remete à matéria fática, exigindo, para deferimento da tutela da evidência, prova documental a amparar a pretensão, de alta robustez, aliada a uma defesa frágil, sem consistência, que não empreste credibilidade aos argumentos do réu.

O parágrafo único do art. 311 prevê a concessão liminar da medida, hipótese que será analisada mais detidamente.

5.2 O tradicional desequilíbrio da distribuição do ônus do tempo

Na visão patrimonialista preponderante no direito pátrio anterior à Constituição Federal de 1988, o Direito Processual procurava preservar o *status quo* até que uma decisão final de mérito constituísse um título executivo judicial, após uma cognição exauriente, para iniciar um procedimento específico de concretização do direito, ainda sujeito a incidentes como embargos do devedor e exceção de pré-executividade, por exemplo, postergando-se, em inúmeros casos, por anos e até mesmo décadas, a efetivação do direito.

Assim, subvertia-se o consagrado princípio de duração razoável do processo, penalizando-se exclusivamente o autor, sobre o qual recaía o pesado fardo de suportar o ônus do tempo do processo, enquanto o réu usufruía das benesses de postergar o provimento final sua efetividade, com a manutenção da situação então existente no plano fático, embora pudesse restar desde o início demonstrada sua pequena probabilidade de sucesso no desfecho da demanda.

A forma se sobrepondo ao direito material: essa era a tônica prevalente, mormente se o causídico fosse habilidoso e buscase utilizar todos os instrumentos processuais que pudessem viabilizar protelação. Não era incomum que se postergasse a solução final da lide com incontáveis recursos e requerimentos inúteis. Nem sempre o vencedor, que houvesse obtido uma sentença favorável, alcançava o bem da vida em tempo razoável.

Apenas em alguns procedimentos especiais era possível redistribuir essa carga processual do tempo, como nas ações monitórias, mandados de segurança e ações possessórias¹⁹.

¹⁹ “É possível distribuir o tempo do processo através dos procedimentos especiais, elaborados a partir das técnicas da cognição. Os procedimentos que impedem a discussão de determinadas questões (cognição parcial), que restringem o uso das provas (por exemplo, mandado de segurança; cognição exauriente *secundum eventum probationes*) ou mesmo que são de cognição plena e exauriente, mas dotados de tutela antecipatória, permitem uma melhor distribuição do tempo da justiça.” - (MARINONI. *Op. cit.*, p. 273).

Com o advento da Constituição de 1988, o paradigma estatal alterou-se, os valores humanos passaram a ocupar o ápice do ordenamento jurídico, em detrimento do patrimônio, ainda resguardado por direitos fundamentais, mas materialmente em uma posição hierárquica inferior ao princípio fundante da República, previsto no art. 1º, inciso III.

Essa nova diretriz normativa e axiológica impôs a adoção de novos modelos à legislação infraconstitucional, de forma a amoldá-la à estrutura jurídico-ideológica da Lei Maior, evidentemente atingiu o Código de Processo Civil. Referido diploma adjetivo – então o CPC de 1973 - foi sofrendo paulatinamente diversas alterações. Nesse caminhar, o procedimento comum foi contemplado com importantíssimo instrumento de redistribuição do ônus do tempo, o que se iniciou pelo art. 273 do CPC de 1973, incluído pela Lei 8.952/94, instituindo a antecipação dos efeitos da tutela, possível em qualquer processo de conhecimento, desde que atendidos os seus requisitos, prova inequívoca e verossimilhança das alegações, em combinação com o perigo de dano ou abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu.

O atual Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, constatando a necessidade de o processo privilegiar a dignidade da pessoa humana, razão primeira de todo arcabouço normativo, trouxe regras que objetivam otimizar a tutela jurisdicional com vistas à efetividade do processo em um tempo razoável. Com isso, disciplinou não apenas o instituto da tutela provisória de urgência, mas também contemplou a tutela provisória da evidência, prevista no art. 311, como instrumento visando ao alcance da celeridade, razoável duração do processo, efetividade e pacificação social.

Nessa nova perspectiva processual, o dano causado pela demora do processo não deverá recair apenas sobre o autor, ao provocar a atuação jurisdicional para tutela de seu direito, principalmente quando esse direito se mostrar evidente, pautado em provas que apontem alto grau de probabilidade do direito alegado, e a defesa se valer de argumentos inconsistentes e desprovidos de provas, com atitudes protelatórias e inúteis ao adequado andamento do processo, visando apenas a se beneficiar do transcurso do tempo.

O direito do autor não necessita estar provado de plano, de forma absoluta e incontestável, mas se exige uma probabilidade elevada, baseada em provas que apontem que o direito perseguido seja provável, particularmente diante da inconsistência dos argumentos e provas apresentados pelo réu.

Essa técnica processual é aplicada mediante análise não exauriente das provas, sendo suficiente uma cognição sumária da controvérsia, quando o magistrado, diante das consistentes provas apresentadas, poderá conceder a tutela da evidência. Referida decisão é de cunho provisório, podendo a medida ser revista no curso do processo, se assim entender necessário o julgador, após avaliar novas provas produzidas.

5.3 Distribuição do ônus do tempo e o princípio do devido processo legal

O art. 7º do CPC preconiza ser assegurada às partes paridade de tratamento, inclusive citando a necessidade de tal garantia em relação aos ônus do processo.

Ao mesmo tempo, na tradição processual, foi o autor quem historicamente veio assumindo os prejuízos decorrentes da demora processual, o que resultava, lado outro, em proveito para o réu, situação que flagrantemente ofende o contraditório e viola a paridade que deve ser viabilizada às partes.²⁰

A evidência resultante de atos abusivos e protelatórios não pode ser vista como sanção, mas como uma estratégia processual para melhor distribuir o ônus do tempo, de forma que seja oportunizado às partes tratamento igualitário, para que possam suportar a carga do processo de forma isonômica, sem que aquele a quem o Direito não socorre possa se utilizar de manobras e expedientes nada democráticos para impor seu arbítrio e postergar ao máximo a solução final da lide, subvertendo as normas principiológicas do devido processo legal e do direito à ampla defesa. A justa distribuição do ônus do tempo é uma forma de evitar o alongamento do processo, que propiciava indevidas vantagens à parte ré.

5.4 Requisitos essenciais da tutela da evidência

A tutela da evidência, repita-se, é instituto processual que pretende viabilizar a distribuição do ônus do tempo de forma equânime, de acordo com os princípios do contraditório e duração razoável do processo.

²⁰ “Para que impere a igualdade no processo é preciso que o tempo seja isonomicamente distribuído entre os litigantes. O tempo deve ser repartido no procedimento de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado. Esta probabilidade está associada à evidência do direito do autor e à fragilidade da defesa do réu.” (MARINONI. *Op. cit.*, p. 274).

Para alguns autores, funda-se apenas na probabilidade do direito do autor²¹. Há entendimento no sentido de que, em razão do fato de terem sido afastados, como requisitos alternativos, o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo, o direito evidente passou a figurar como base suficiente da tutela da evidência²².

Entretanto, mostra-se mais acertado o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni²³, ao se posicionar no sentido de que a tutela da evidência tem como requisitos essenciais o direito evidente e a fragilidade da defesa, binômio essencial para sua concessão.

A evolução do Processo Civil brasileiro teve como norte a Constituição Federal, suas normas fundamentais, com o sentido de viabilizar sua efetivação, ou seja, os princípios e regras do Código de Processo Civil têm por escopo instrumentalizar a plena realização dos direitos e garantias fundamentais, traduzindo-se em importantíssimo instrumento de construção efetivação de tais direitos e garantias por meio das decisões judiciais, de modo a promover cidadania e pacificação social.

Referidas balizas fundamentam-se, em última instância, como já fartamente salientado, no respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento e fim de todo o ordenamento jurídico vigente. Por isso, todo direito subjetivo deverá ser materializado através de um corpo normativo processual moderno, em conformidade com normas inspiradas na Constituição e que repliquem seus valores. A justiça, que deve ser sempre constitucionalmente conforme, não se realiza se não houver efetividade das normas constitucionais.

Assim, os institutos legais devem ser interpretados segundo as garantias fundamentais e inclusive os princípios listados no Código de Processo Civil, orientados pela Constituição Federal de 1988.

E, evidentemente, todo o ordenamento jurídico pátrio deverá ser interpretado

²¹ “A tutela da evidência é uma forma de antecipação da tutela fundada unicamente na probabilidade do direito do autor; independe, pois, da demonstração do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. É uma tutela que se destina a repartir o dano marginal do processo entre as partes da relação processual, a fim de que o tempo do processo não recaia unicamente sobre o demandante.

A evidência do direito do autor é critério suficiente para fornecê-lo antecipadamente o bem da vida que obteria apenas no final do processo.” (CAMBI, Eduardo. SCHMITZ, Nicole. Questões procedimentais da tutela da evidência. *Revista dos Tribunais*, vol. 1.017, ano. 109, jul. 2020. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document#>. Acesso em 28 mar. 2021.)

²² “É certo que, ao deslocar o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo, ou seja, retirando o aspecto de urgência e de cautelaridade/liminaridade da tutela admitida no art. 311d, o fundamento primordial desse dispositivo passou a repousar sobre a concepção de direito evidente.” (ROSALEN, Volnei. Tempo não é evidência: uma análise acerca do tempo processual baseada em evidência do artigo 311 do CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. N. 97, jul/ago. 2020. Disponível em: <www.magisteronlinee.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm>. Acesso em 21 abr. 2021.)

²³ “No jogo entre a tempestividade e a segurança, a tutela da evidência ou a distribuição do tempo do processo somente é possível quando a defesa deixar entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera pela realização do direito.” - (MARINONI. *Op. cit.*, p. 278)

sistematicamente²⁴, como um corpo único. Assim, não basta, como defendem alguns, para a concessão da tutela da evidência, que o direito invocado seja tido como evidente. O respeito ao contraditório e à ampla defesa são, sem sobra de dúvidas, garantias fundamentais do processo, que nunca podem ser negligenciados, muito menos ao se lidar com o instituto da tutela da evidência.

Admite-se a concessão de tal espécie de tutela, em se tratando das hipóteses normatizadas nos incisos I e IV do art. 311 do CPC, somente depois de oportunizado ao réu o exercício o direito de defesa. Assim, segundo tal artigo, somente haverá espaço para o deferimento da tutela da evidência *inaudita altera pars* nas situações elencadas no inciso II, (quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”) e no inciso III (quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequado ao contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”).

Tais previsões normativas vêm sofrendo severas críticas no sentido de que o direito à ampla defesa seria garantia absoluta, portanto, intransponível, principalmente considerando ser a tutela da evidência um instituto de tamanho alcance, com uma repercussão bem maior se comparado ao instituto da tutela provisória de urgência, tendo por finalidade antecipar o provimento final da tutela pretendida e conceder o bem da vida objeto do pedido de tutela final. Assim, segundo tal posicionamento, não seria admissível conceder liminarmente a medida, nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do CPC, sem observância do contraditório e direito de defesa.

O contraditório impõe ao Estado-juiz o dever de observar a dialética processual, de ater-se às teses e antíteses para alcançar a síntese, consubstanciada em sua decisão interlocutória ou de provimento final. Assim, a decisão sobre a concessão da tutela da evidência deve observar a tese (o direito invocado) e a antítese (a defesa apresentada), para então, somente com as “cartas na mesa”, obedecido o contraditório, analisar o pedido de tutela provisória da evidência, sopesando os argumentos das partes litigantes.

Como não se trata de tutela de urgência, não havendo perigo de dano, obedece às garantias fundamentais da duração razoável do processo, contraditório e ampla defesa a

²⁴ “De acordo com esse postulado hermenêutico [da unidade da constituição], a Constituição deve ser interpretada como um todo normativo, de modo a serem evitadas antinomias entre as normas extraídas da própria Constituição. O direito não se interpreta em *tiras*, conforme conhecida lição de Eros Grau, muito menos a Constituição. O mesmo se aplica à interpretação do Código de Processo Civil.” (DIDIER JR. *Op. cit.*, p. 202-203)

análise da concessão da medida apenas depois de complementada a relação jurídica processual, minimizando desta forma a caracterização de qualquer situação que venha causar ao réu prejuízo em seus direitos.

A concessão da tutela da evidência exige a evidência do direito e a fragilidade da defesa, logo, não existe condições de análise da consistência ou inconsistência da defesa sem que ela esteja presente no processo e possa ser avaliada.²⁵

Por trás de qualquer matéria de direito existe uma questão de fato que pode ser contrariada na defesa, como por exemplo, na ação de depósito a entrega da coisa, falsidade do documento, ação judicial transita em julgado que possa ter resolvido a questão anteriormente etc.

Lado outro, demonstrada a robustez das provas coligidas pela parte autora, indicativa de alta probabilidade de seu direito, mormente se cotejada com uma defesa que desde logo sinaliza seu insucesso por ausência ou insuficiência de provas cabe ao magistrado, diante do requerimento do autor de concessão da tutela provisória da evidência, respeitadas as garantias do contraditório²⁶, dar solução célere ao pedido, utilizando-se da técnica de cognição sumária, desde que convencido do direito do autor, invertendo o ônus do tempo, a fim de melhor distribuí-lo entre as partes. Dessa forma estará o julgador harmonizando as garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e duração razoável do processo, propiciando a efetivação da prestação jurisdicional.

Os requisitos essenciais para a concessão da tutela da evidência são, destarte, a evidência do direito do autor e a inconsistência da defesa do réu²⁷.

5.5 Verificação dos requisitos essenciais à tutela provisória da evidência

Dispõe o art. 373, I do Código de Processo Civil que é ônus do autor provar os fatos que alega constituírem o seu direito.

²⁵ “O parágrafo único do art. 311 não é apenas uma peça que foi feita para jogo ou que não cabe no tabuleiro. Ao exigir direito evidente e, assim, não poder dispensar a análise da defesa, tutela da evidência antes da ouvida do réu não é apenas uma contradição em termos; *é igualmente uma tutela que viola o contraditório e a ampla defesa* e, portanto, é inconstitucional. Não há como admitir que um fato constitutivo está provado mediante documento antes da ouvida do demandado” – (MARINONI. *Op. cit.*, p. 335-336)

²⁶ “Ora, da mesma forma que o réu pode ser prejudicado pela tutela, o autor pode ser prejudicado pela demora para a prestação da tutela jurisdicional do direito material.” - (MARINONI. *Op. cit.*, p. 282-283)

²⁷ “Um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo. Para a tutela da evidência, contudo, são necessárias a evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, não bastando apenas a caracterização da primeira. A defesa deve ser frágil, de modo que o seu exercício, ao dilatar a demora do processo configure abuso.” - (MARINONI. *Op. cit.*, p. 278)

De seu turno, o inciso II do mesmo dispositivo legal estabelece ser obrigação do réu carrear aos autos provas suficientes da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

As exceções a esses regramentos podem ser extraídas dos artigos 6º, VIII do CDC e do 373, §1º do CPC. Aqui cabe focar o ônus probatório ordinário, traçado pelo Códex instrumental em vigor.

Para poder ser dito evidente o direito do autor deve ser carreado já com a inicial prova substancial dos fatos constitutivos de seu direito, motivo pelo qual os incisos II, III e IV do art. 311 do CPC exigem seja a petição inicial instruída com prova documental robusta da demonstração de seu direito; que o direito material perseguido esteja amplamente caracterizado, de modo a suportar sua pretensão de providência de tutela da evidência, para que possa receber o provimento jurisdicional almejado.²⁸

Entretanto, mesmo diante da produção de prova documental da existência do direito constituído, o réu pode alegar, em defesa indireta, que, embora o autor pudesse ter inicialmente razão, situação superveniente impeditiva, modificativa ou extintiva do alegado direito não permite a concessão da tutela da evidência.

Com isso, conclui-se que não basta a alta probabilidade do direito, pois com a efetivação do contraditório, poderá ser realizada alguma atividade probatória que mitigue a alegação da inicial.

Isso poderá ocorrer, a título ilustrativo, quando o autor instrui a petição inicial com um contrato comprovando cabalmente uma obrigação do réu, alegando estar o acionado em mora. Entretanto, o réu, ao ser citado e apresentar sua defesa, apresenta o respectivo recibo emitido pela parte autora, por meio do qual lhe tenha sido concedida plena quitação. Nesse caso, mesmo que eventualmente o autor venha alegar, por exemplo, falsidade do documento (recibo) que, em tese, levaria à extinção da obrigação, essa prova produzida pelo réu não poderá ser considerada frágil; ao contrário, é tão forte quanto a prova arremetida pelo autor na inicial. Logo, a probabilidade de sucesso do réu passa, inclusive, a poder ser considerada maior do que a do autor, tornando descabida a concessão da tutela provisória da evidência.

Assim, esse suposto direito do autor, inicialmente apresentado como evidente, ao ser confrontado com os argumentos da contestação e provas correspondentes, perde força diante da contraprova ofertada pela parte ré, que se apresenta com carga suficiente para gerar

²⁸ “um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo” - (MARINONI. *Op. cit.*, p. 278)

sérias dúvidas quanto à probabilidade do direito inicialmente alegado.

Assim, em casos tais, desarrazoado deferir a tutela provisória de urgência, impondo-se, destarte, a aplicação da adequada distribuição do ônus do tempo do processo, seguindo-se os paradigmas ordinários, não sendo recomendável encurtar o tempo de duração do processo em prejuízo do contraditório e de uma cognição judicial exauriente, pelo menos até prolação da sentença de primeiro grau ou decisão do relator de eventual recurso.

5.6 Concessão da tutela da evidência na sentença

Não sendo apresentada defesa ou, se apresentada tempestivamente, não demandar a solução da lide dilação probatória, à primeira vista não se justifica a concessão da tutela da evidência. Configura-se, no caso, hipótese de julgamento conforme o estado do processo, com o julgamento antecipado de mérito (art. 355, incisos I e II do CPC) ou de julgamento parcial de mérito, à luz do permissivo inserto no art. 356, incisos I e II do mesmo diploma legal, ou, ainda, extinção sem análise da matéria de fundo (art. 354, também do CPC).

A sentença conforme o estado do processo também está sujeita a recurso, impondo -se ao autor, em princípio, o ônus do tempo de tramitação processual, mesmo quando não apresentada defesa, diante da dicção do art. 346, parágrafo único, do atual CPC, que permite ao réu revel ingressar no processo a qualquer momento.

Neste caso, tendo o julgador a forte e evidente convicção de que o direito socorre a pretensão autoral, poderá julgar antecipadamente o processo e, diante da procedência total ou parcial do pedido, estando convencido de que, mesmo se manejado o recurso, a probabilidade de reversão de sua decisão é mínima, poderá conceder em sentença a tutela provisória da evidência²⁹.

Maior ainda se afigura a evidência do direito e a fragilidade da prova produzida pelo réu quando o processo passa pela fase de instrução e o pedido é julgado procedente, totalmente ou em parte, justificando e legitimando a concessão da tutela da evidência no corpo da sentença, evitando-se, assim, que o autor, vencedor em primeiro grau, continue suportando o ônus da duração do processo.

²⁹ “Quem evidencia um direito deve ter à sua disposição – no procedimento comum ou monitório – técnicas que correspondam a esta situação, ou seja, técnicas (antecipatórias) que permitam a aceleração da realização do direito evidenciado.” - (MARINONI. *Op. cit.*, p. 320)

Idêntico procedimento poderá ser adotado em sede recursal, ao ser proferido comando de admissão do apelo; assim, desde que a parte interessada o requeira, o relator do recurso deverá enfrentar o pedido de tutela provisória de evidência.

5.7 A inconstitucionalidade da previsão de concessão liminar *inaudita altera pars*

O parágrafo único do art. 311 do CPC permite que a tutela da evidência seja concedida liminarmente, sem oitiva da parte contrária, nas hipóteses do art. 311, inc. II e III.

No curso deste trabalho, buscou-se demonstrar o liame entre a tutela provisória da evidência e as garantias processuais fundamentais. A tutela provisória da evidência guarda estreita relação com os preceitos da Constituição Federal, na medida que tem como pressuposto a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e em que busca uma prestação jurisdicional efetiva em tempo razoável, de modo a se distribuir com equidade o ônus do tempo de tramitação processual.

Verifica-se, também, que o dano ou risco de dano não estão entre os requisitos da tutela da evidência. A possibilidade de adequação da distribuição do ônus do tempo fundamenta-se no binômio evidência do direito alegado pelo autor e fragilidade das provas produzidas pelo réu.

Diante disso, evidencia-se que, nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do CPC, não há como o juiz verificar as presenças de ambos os requisitos sem analisar a defesa, ou sem, pelo menos, oportunizar ao réu sua apresentação. Como dizer que as provas produzidas pelo réu são frágeis, sem lhe conceder a oportunidade de produzi-las?

Caso a tutela de urgência fosse concedida sem oportunização de oferecimento de defesa, tal concessão se daria sem observância do contraditório, com celeridade indesejada, de forma inquisitorial, sem a formação da dialética processual, e, portanto, sem razoabilidade temporal³⁰.

As provas documentais são passíveis de levar a exegeses diversas, gerando conclusões distintas, podendo haver, inclusive, ajuizamento de ações judiciais por interpretação equivocada dos fatos e documentos, exigindo-se o respeito ao contraditório e a

³⁰ “Em primeiro lugar há absoluta falta de racionalidade no dispositivo. É que obviamente não se pode aferir evidência do direito antes do réu ter sido citado e apresentado defesa. Note-se, por exemplo, que a alegação de falsidade é suficiente para descaracterizar a evidência das ‘alegações de fato’ e da ‘prova documental’ do contrato de depósito.” - (MARINONI. *Op. cit.*, p. 334)

viabilização da produção de provas.

Restaria, deste modo, precipitada a concessão liminar da tutela da evidência com fundamento no parágrafo único do art. 311 do CPC, sem que se possibilitasse o exercício do contraditório prévio, sob pena de se infringirem os regramentos insertos nos artigos 7º e 8º do CPC. Se a medida é urgente, poderá o autor se valer do instituto previsto no art. 300 do CPC, ou seja, existe instrumento jurídico previsto no CPC, passível de socorrer eventual situação de emergência.

Está-se sob o império do Estado Democrático de Direito, de modo que deverá, em quaisquer circunstâncias, imperar o respeito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e à duração razoável do processo, garantias consagradas pelo art. 5º, LIV, LV e LXVIII da Constituição, estando caracterizada, pois, a inconstitucionalidade material do parágrafo único do art. 311 do CPC.

Conclusão

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo paradigma para o Estado brasileiro, traçando como modelo para a República o Estado Social e Democrático de Direito, no qual o patrimônio deixa de ocupar o ápice do ordenamento jurídico privado, lugar que se compatibilizava com a visão ideológica adotada pelo Código Civil oitocentista, cedendo espaço aos valores compatíveis com a proteção da pessoa humana, cujo valor maior, a dignidade, irradia seus princípios decorrentes para todo o ordenamento jurídico pátrio.

Rompe-se com o absolutismo do Estado patrimonialista, o qual cede lugar a um Estado humanista, com supremacia da promoção do bem estar individual e social, o que inclui não apenas o respeito aos direitos do ser humano, considerado individualmente, mas o desenvolvimento de políticas públicas em prol da coletividade, da cidadania, com implementação de medidas administrativas, legislativas e judiciais que visam a salvaguardar a dignidade da pessoa humana.

A par dos avanços da legislação infraconstitucional em geral, o CPC de 2015 traçou novo paradigma ao direito instrumental, de modo a conformar-se com a Constituição Federal. Diante dessa nova posição axiológica, apresenta-se de extrema relevância a atuação judicial proativa, buscando solucionar os conflitos, perpassando obrigatoriamente pelo respeito ao novo paradigma estatal, privilegiando o ser humano, protegendo-o e promovendo

suas potencialidades e garantindo-lhe os direitos.

Os direitos aos bens da vida não podem ser materializados de forma plena se as decisões judiciais carecerem de efetividade, se não forem utilizados institutos fortes e eficazes para que sejam concretizados tempestivamente. No modelo atual de ordenamento jurídico pátrio, não se mostra adequado permitir que demandas fiquem tramitando *ad aeternum*, sem solução definitiva e efetiva. Inconcebível que a parte vencedora não obtenha o bem jurídico perseguido em tempo razoável, sob pena de se gerar uma grande frustração e prejuízos imensuráveis. Tanto o autor quanto o réu têm o direito a que a lide seja solucionada com justa distribuição do tempo de curso do processo.

Isso significa dizer que o processo deverá durar o tempo necessário para possibilitar o contraditório e dirimir a controvérsia. O tempo de sua duração deverá ser razoável, com distribuição equânime do ônus temporal entre as partes, valendo citar a premissa “justiça tardia poderá resultar em injustiça”.

Entretanto, a celeridade nem sempre pode ser equiparada à eficiência; o processo precisa de um tempo próprio; às partes deve ser oportunizado o manejo das ferramentas jurídicas propícias ao respeito das garantias fundamentais.

Na busca de equacionar estas variáveis - tempo, devido processo legal, contraditório, efetividade, proteção do ser humano, cidadania - o direito processual veio evoluindo desde a década de 1990, visando a positivizar infra constitucionalmente as garantias constitucionais, já autoaplicáveis.

O atual Código de Processo Civil normatizou o instituto da tutela provisória da evidência no art. 311, prevendo-a passível de concessão em todo e qualquer procedimento comum, desde que obedecidos pressupostos e requisitos de ordem constitucional e processual contendo uma carga axiológica muito forte, que está em sintonia com as garantias fundamentais.

A tutela da evidência é instituto de natureza satisfativa, que dispensa, para sua concessão, o requisito da urgência. Sua concessão resulta da demonstração da evidência do direito material, objetivando a fruição do bem da vida pretendido, e viabiliza adequada distribuição do ônus do tempo de tramitação processual entre as partes. É instituto processual de importante alcance, por envolver técnica que viabiliza antecipar o resultado final do processo, desde que respeitadas as garantias fundamentais das partes litigantes, sem prejuízo do contraditório e da ampla defesa.

Tal instituto se revela instrumento eficaz de promoção da efetividade, mas sua aplicação não pode deixar de implicar respeito às garantias fundamentais, especialmente ao

contraditório, ao devido processo legal e ao amplo direito de defesa, devendo-se observar particularmente as normas fundamentais previstas nos artigos 1º a 10 do CPC.

Assim, como a tutela da evidência antecipada é passível de concessão quanto configurado o binômio evidência do direito alegado pelo autor e fragilidade das provas produzida pelo réu, é inconstitucional a previsão de possibilidade de seu deferimento *inaudita altera pars*.

Referências Bibliográficas

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo CPC: artigos por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. In: CARMONA, Carlos Alberto e outros. *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Puglesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da antecipação da tutela*. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O direito à duração razoável do processo: entre

eficiência e garantias. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, v.223, p.39-53.

CAMBI, Eduardo. SCHMITZ, Nicole. Questões procedimentais da tutela da evidência. *Revista dos Tribunais*, vol. 1.017, ano. 109, jul. 2020. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document#> Acesso em 28 mar. 2021.

COELHO, Marcos Vinicius Furtado. *Artigos 7º e 8º do CPC - Princípios fundamentais do processo civil*. Disponível em : <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/298393/artigos-7--e-8--do-cpc---princípios-fundamentais-do-processo-civil>> Acesso em: 13 mai. 2021.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*”. 23 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021. Volume 1.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Vol. 2, n. 16, abr. 2000, p. 23-43.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 3.ed. São Paulo: Forense, 2015. Vol. 2.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *La tutela civil inhibitoria*. Buenos Aires: La Ley, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da Justiça*. 3 ed. (revista e atualizada). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. São Paulo: Forense, 2015. Vol.1.

ROSALEN, Volnei. Tempo não é evidência: uma análise acerca do tempo processual baseada em evidência do artigo 311 do CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. N. 97, jul/ago. 2020. Disponível em:

<www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm> Acesso em 21 abr. 2021.

SCARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional* – Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.