

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ROGÉRIA FAGUNDES DOTTI

TUTELA DA EVIDÊNCIA:
PROVA DO DIREITO, FRAGILIDADE DA DEFESA E
O DEVER DE ANTECIPAR A TEMPO

CURITIBA

2019

ROGÉRIA FAGUNDES DOTTI

TUTELA DA EVIDÊNCIA:
PROVA DO DIREITO, FRAGILIDADE DA DEFESA E
O DEVER DE ANTECIPAR A TEMPO

Tese elaborada para o Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito das Relações Sociais.

Orientador: Professor Doutor Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2019

D725t

Dotti, Rogéria Fagundes

Tutela da evidência: prova do direito, fragilidade da defesa e o dever de antecipar a tempo / Rogéria Fagundes Dotti; orientador: Sérgio Cruz Arenhart. – Curitiba, 2019. 332 p.

Bibliografia: p. 296-322.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Tutela antecipada. 2. Direitos fundamentais.
3. Processo civil. I. Arenhart, Sérgio Cruz. II. Título.

CDU 347.919.6

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **ROGERIA FAGUNDES DOTTI** intitulada: **Tutela da evidência: prova do direito, fragilidade da defesa e o dever de antecipar a tempo.**, sob orientação do Prof. Dr. SERGIO CRUZ ARENHART, que após terem inquirido a aluna e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 13 de Agosto de 2019.



SERGIO CRUZ ARENHART
Presidente da Banca Examinadora




DANIEL MITIDIERO
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



TEREZA CELINA ARRUDA ALVIM
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



EDUARDO TALAMINI
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia treze de agosto de dois mil e dezenove às 13:30 horas, na sala De Defesas - 317, Praça Santos Andrade, 50 - Centro - PPGD - UFPR, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese da doutoranda **ROGERIA FAGUNDES DOTTI**, intitulada: **Tutela da evidência: prova do direito, fragilidade da defesa e o dever de antecipar a tempo.**, sob orientação do Prof. Dr. SERGIO CRUZ ARENHART. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná em DIREITO, foi constituída pelos seguintes Membros: SERGIO CRUZ ARENHART (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), DANIEL MITIDIERO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), TEREZA CELINA ARRUDA ALVIM (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), EDUARDO TALAMINI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela *aprovacao*. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, SERGIO CRUZ ARENHART, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

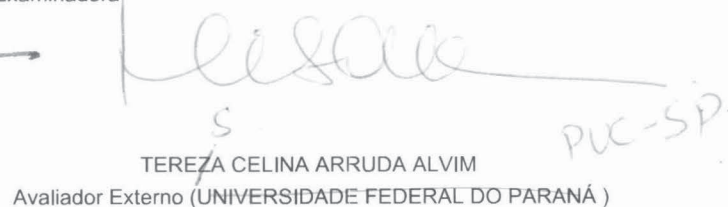
CURITIBA, 13 de Agosto de 2019.



SERGIO CRUZ ARENHART
Presidente da Banca Examinadora

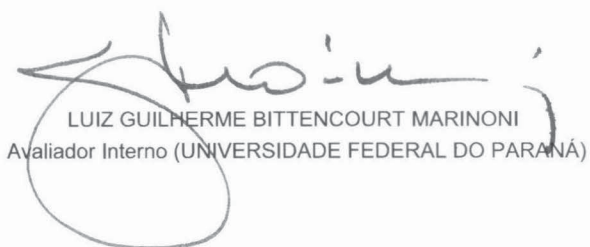


DANIEL MITIDIERO
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



TEREZA CELINA ARRUDA ALVIM
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

PUCC-SP



LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



EDUARDO TALAMINI
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



“Ce sont deux notions-cadre qui visent à sanctionner l’excès sous ces deux forme: l’excès du trop peu et l’excès du trop plein”.

(Marie-Anne Frison-Roche).

“Compositor de destinos, tambor de todos os ritmos
Tempo, tempo, tempo, tempo
Entro em um acordo contigo
Tempo, tempo, tempo, tempo”.

(Caetano Veloso).

À minha irmã Claudia, por sua força, coragem e afeto. Durante os anos de doutorado, foi com ela que aprendi as lições mais importantes para a vida.

AGRADECIMENTOS

Para a elaboração dessa tese foi importante o apoio do professor Yves Strickler, da Université de Nice Sophia Antipolis, na França. Agradeço imensamente a generosidade com que ele me recebeu para uma reunião, compartilhando suas ideias e fornecendo bibliografia específica. Agradeço meu orientador, professor Sérgio Cruz Arenhart, não apenas por permitir esse contato com o professor Strickler, mas, principalmente, por sua grandeza humana e acadêmica, pela vontade de dividir conhecimento com seus alunos e pelo apoio contínuo. Ele constituiu o norte seguro para as ideias desenvolvidas nesse trabalho.

Não poderia deixar de agradecer aos meus colegas da Dotti e Advogados Associados, os quais assumiram muitas de minhas tarefas habituais, dando-me a tranquilidade necessária para a dedicação ao estudo e à pesquisa.

Deixo registrada minha gratidão à Graciela Iurk Marins e ao Sandro Gilbert Martins, pela nossa amizade, pela constante troca de ideias e pelo apoio certo em todas as horas. Agradeço também aos queridos amigos e companheiros da pós-graduação na Universidade Federal do Paraná: André Tesser, Anna Carolina Lamy, Anissara Toscan, Bruno Picoli, Carolina Uzeda, Fernanda Fujiwara, Fernando Castelo, Frederico Gomes, Jordão Violin, Marcella Ferraro, Maurício Doutor, Melina Faucz Kletemberg, Paula Pessoa Pereira, Paulo Mazzini, Ramon Ouais, Ricardo Alexandre da Silva, Ricardo Menezes da Silva, Rodrigo Dalledone, Thaís Amoroso Paschoal e Viviane Lemes da Rosa.

Acima de tudo, agradeço o amor e o companheirismo do Marlus, sem os quais não teria chegado a esse momento. Sua alegria ilumina minha vida. Para ele e para os nossos meninos Gabriel e Pedro, meu amor incondicional.

Aos meus pais, René e Rosarita, meu mais sincero agradecimento pelo apoio integral e pelas profundas lições de coragem, humanidade e direito.

RESUMO

O presente trabalho analisa a tutela da evidência considerando a possibilidade de um tratamento processual diferenciado aos direitos evidentes. Aborda-se a relação entre essa técnica de antecipação e os direitos fundamentais do devido processo legal, da razoável duração do processo, da isonomia, do contraditório, da efetividade e da eficiência. Nesse sentido, examina-se a amplitude da aplicação da tutela da evidência no direito processual brasileiro, principalmente sob o ponto de vista de sua vinculação ou não a uma enumeração taxativa de hipóteses legais. Adota-se um novo conceito de tutela da evidência, procurando-se demonstrar que, apesar da necessidade de continuidade da instrução, sempre que houver a probabilidade do direito do autor, aliada à fragilidade da defesa do réu, estará autorizada a antecipação da tutela. Tal técnica está prevista no art. 311 do Código de Processo Civil e independente da natureza do direito material discutido em juízo. Essa generalização (ao contrário da tipificação para determinadas hipóteses do direito material) é benéfica ao sistema e muito mais consentânea com a isonomia que deve existir nos modelos adequados de prestação jurisdicional. Ela também favorece a realização de acordos e a adoção de condutas processuais mais colaborativas. Para tanto, analisa-se a importância do tempo na prestação jurisdicional, examinando-se alguns exemplos da França e da Itália quanto à antecipação da tutela dissociada do *periculum in mora*. Com base nas noções de obrigação não seriamente contestável do *référé-provision* francês e condenação com reserva na Itália, busca-se uma relação mais adequada com o ônus do tempo necessário para a prova. O objetivo é demonstrar que um processo será efetivo quando conseguir evitar tanto o excesso do muito pouco, quanto o excesso do muito cheio. Acrescenta-se a lição de Chiovenda (referente à execução provisória das sentenças) no sentido de que o Poder Judiciário deve considerar *aquilo que normalmente acontece* ao invés de *tudo o que pode vir a acontecer*. Em outras palavras, a raridade de decisões desfavoráveis ao autor, sempre que constatada a probabilidade de seu direito e a fragilidade da defesa do réu, autoriza a antecipação da tutela. Percebe-se então que os direitos evidentes fazem surgir uma nova exigência de celeridade, completamente distinta do *periculum in mora*. A ela se atribui o nome de *dever de antecipar a tempo*, justamente diante da necessidade de se autorizar a satisfação do direito já evidenciado no momento adequado, isto é, no momento oportuno.

Palavras-chave: Tutela da evidência. Aplicação genérica. Direitos fundamentais. Probabilidade do direito. Fragilidade da defesa. Satisfação dos direitos evidentes. Distribuição do ônus do tempo no processo. Aquilo que normalmente acontece. Dever de antecipar a tempo.

ABSTRACT

This paper analyzes the relief granted on the basis of prima facie evidence, considering the possibility of a differentiated treatment to the clear rights. The relationship between this technique of anticipation and the substantial rights of due process of law, reasonable length of the procedure, equality, contradictory, effectiveness and efficiency is discussed. In this sense, the scope of the application of the preliminary relief based on evidence in Brazilian procedural law is examined, mainly from the point of view of whether or not it is linked to a restricted enumeration of legal hypotheses. A new concept of relief granted on clear rights is adopted, aiming to demonstrate that, despite the need for continuity of procedural instruction, whenever there is a probability of the alleged claim, together with a inconsistent defence, a preliminar satisfaction of judgement may be granted. Such a technique is provided in article 311 of the Code of Civil Procedure and regardless of the nature of the substantive law discussed in court. This generalization (contrary to the classification for certain hypotheses of material law) is beneficial to the system and according to the equality that must exist in the appropriate models of jurisdiction. It also favors agreements and the adoption of more collaborative behaviours. In order to do so, the importance of time for the jurisdiction is analyzed by examining some examples of France and Italy regarding the preliminary injunction without *periculum in mora*.

On the basis of the notions of *obligation qui n'est pas sérieusement contestable* of the French *référé-provision* and *condanna con riserva* in Italy, a more appropriate relation is sought with the burden of procedural time. The purpose is to demonstrate that a process will be effective when it is able to avoid both excess of too little and excess of too full. It also mentions Chiovenda's lesson (concerning the provisional execution of judicial decisions) in the sense that Judiciary should consider what normally happens instead of everything that may happen. In other words, the rarity of decisions unfavourable to the plaintiff, whenever there is probability of the alleged claim and inconsistency of the defendant's defence, authorizes a preliminary injunction. It is noticed that the clear rights give rise to a new requirement of celerity, completely different from *periculum in mora*. In this work, it is called the duty to anticipate in time, precisely due to the need to authorize the preliminar injunction at the right time, which means, at the right moment.

Key-words: Preliminary relief based on clear rights. Generic use. Substantial rights. Probability of the alleged claim. Inconsistency of defence. Satisfaction of clear rights. Distribution of the burden of procedural time. What normally happens. Duty to anticipate in time.

RÉSUMÉ

Ce document analyse les mesures d'anticipation sans urgence étant donné la possibilité d'un traitement procédural différencié en ce qui concerne les droits évidents. On aborde le rapport entre cette technique d'anticipation et les droits fondamentaux, spécialement la garantie constitutionnelle d'une procédure équitable, et les principes de la raisonnable durée de la procédure, de l'égalité, du respect du contradictoire, de l'effectivité et de l'efficacité. En ce sens, le travail examine l'amplitude de l'application des mesures d'anticipation sans urgence dans le droit procédural brésilien, surtout à propos de son lien ou non à une énumération limitative des hypothèses prévues par la loi. Une nouvelle notion des mesures d'anticipation sans urgence est utilisée pour démontrer que la probabilité du droit du plaideur, conjuguée à la fragilité de la contestation du défendeur, peut toujours autoriser des mesures d'anticipation, en dépit de l'instruction. La technique utilisée est celle prévue dans l'article 311 du Code de Procédure Civile, quelle que soit la nature du droit contesté. Cette généralisation (par opposition à la classification de certaines hypothèses de droit matériel) est bénéfique pour le système et compatible avec l'égalité qui doit exister dans les modèles appropriés de juridiction. En plus, elle favorise les accords et les comportements collaboratifs. Pour cela, l'importance du temps dans la procédure est analysée, en examinant quelques exemples du droit français et du droit italien en ce qui concerne les mesures d'anticipation dissociées du *periculum in mora*. En utilisant les notions de l'obligation non sérieusement contestable du référé-provision français et de la *condanna con riserva* italienne, le travail cherche une relation plus adéquate au fardeau du temps nécessaire pour l'instruction. Le but est de démontrer que la procédure sera effective quand elle pourra éviter d'être au-dessous ou au-delà du droit recherché (l'excès du trop peu et l'excès du trop-plein). On ajoute la leçon de Chiovenda (en ce qui concerne l'exécution provisoire des décisions judiciaires) selon laquelle le judiciaire devrait considérer ce qui se passe habituellement et pas tout ce qui peut arriver. En d'autres termes, la rareté des décisions défavorables au demandeur, quand il y a, en même temps, la vraisemblance du droit et une contestation fragile, autorise les mesures d'anticipation. On peut voir, ainsi, que les droits évidents apportent une nouvelle exigence de célérité, qui est complètement différente du *periculum in mora*. On lui donne le nom de *dever de antecipação a tempo* (devoir d'anticipation au moment opportun) compte tenu de la nécessité d'autoriser la satisfaction du droit constaté au moment opportun, c'est-à-dire, au moment approprié.

Mots-clés: Mesures d'anticipation sans urgence. Application générique. Droits fondamentaux. Probabilité du droit. Contestation fragile. Satisfaction des droits évidents. Répartition du fardeau du temps dans la procédure. Ce qui se passe habituellement. Le devoir d'anticipation au moment opportun.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	O TEMPO NO PROCESSO CIVIL E A TRANSFORMAÇÃO DA URGÊNCIA	12
2.1	A RELEVÂNCIA DO TEMPO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	13
2.1.1	O equilíbrio entre celeridade e certeza jurídica	15
2.1.2	O problema adicional da duração patológica do processo	19
2.2	O DANO MARGINAL PELA DEMORA DO RESULTADO FINAL DO PROCESSO	20
2.2.1.	Quem controla o tempo do processo: o juiz ou as partes?	20
2.2.2	A noção de dano marginal	22
2.2.3	O processo deve se adequar ao tempo do litígio e não o litígio ao tempo do processo	25
2.3	A URGÊNCIA, SUA TRANSFORMAÇÃO E UM CERTO LUTO	26
2.3.1	A banalização da urgência	27
2.3.2	Uma outra exigência de celeridade	28
2.3.3	O luto na França pela perda da urgência como requisito da tutela sumária ...	29
2.3.4	A urgência contratual.....	31
2.3.5	A dispensa do requisito da urgência na Itália	32
2.3.6	Diferenças e alternativas entre os sistemas	33
3	A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA SEM URGÊNCIA NA ITÁLIA E NA FRANÇA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	35
3.1.	A CONDENAÇÃO COM RESERVA NO SISTEMA ITALIANO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A TUTELA DA EVIDÊNCIA BRASILEIRA	35
3.1.1	Em que consiste a condenação com reserva de exceções?.....	36
3.1.2	A tipicidade da condenação com reserva de exceções	38
3.1.3	A condenação com reserva não tem intuito punitivo	42
3.1.4	A contribuição para a tutela da evidência brasileira.....	43
3.2	O <i>RÉFÉRE-PROVISION</i> NO SISTEMA FRANCÊS, A NOÇÃO DE CONTESTAÇÃO NÃO SÉRIA E A TUTELA DA EVIDÊNCIA BRASILEIRA	47
3.2.1	Origem e características do <i>référé</i>	48
3.2.2	A dispensa da coisa julgada material.....	50
3.2.3	A importância do julgamento com base em cognição sumária	52

3.2.4 O SAMU judiciário	54
3.2.5 Autonomia e paralelismo.....	55
3.2.6 Uma noção vaga e flexível de urgência.....	56
3.2.7 O référé-provision: ao invés da justiça que não pode perder tempo, a justiça que <i>não tem tempo a perder</i>	58
3.2.8 A noção de contestação não séria	62
3.2.9 A aplicação atípica e a tutela da evidência no Brasil	65
4 DIREITOS EVIDENTES E AS PREMISSAS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA SEM URGÊNCIA NO BRASIL.....	68
4.1 O QUE SÃO DIREITOS EVIDENTES.....	69
4.2 O MODELO DE CONSTATAÇÃO SOBRE OS FATOS PARA A TUTELA FINAL E A PROBABILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA	72
4.3 A ISONOMIA	73
4.3.1 A base para o tratamento diferenciado dos direitos evidentes.....	74
4.3.2 A <i>ratio</i> da diferenciação: direito material ou direito processual	76
4.4 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....	77
4.4.1 Retrospecto desse direito fundamental.....	78
4.4.2 O cerne desse direito fundamental	81
4.4.3 Duração razoável e contraditório	83
4.5 A EFETIVIDADE	83
4.5.1 Efetividade, eficácia e eficiência.....	84
4.5.2 Efetividade e celeridade	85
4.5.3 Efetividade e nível de exigência da prova: o <i>excesso do muito pouco</i> e o <i>excesso do muito cheio</i>	87
4.6 A EFICIÊNCIA	89
4.6.1 O que interessa à tutela da evidência é a eficiência qualitativa.....	89
4.6.2 A eficiência na atividade jurisdicional e não apenas nos serviços burocráticos	90
4.6.3 A eficiência nas demandas individualmente consideradas.....	92
4.6.4 A eficiência no volume geral de demandas	94
4.6.5 A concessão da tutela da evidência <i>ex officio</i>	96
4.7 O CONTRADITÓRIO	102
4.7.1 O contraditório não é um valor absoluto	102
4.7.2 A conciliação entre tutela sumária e contraditório	103
4.7.3 A concessão liminar da tutela da evidência.....	106

4.8	O MITO DA CERTEZA JUDICIAL E A IMPORTÂNCIA DA DECISÃO BASEADA EM PROBABILIDADE.....	110
4.8.1	O processo civil e a impossibilidade de se alcançar a verdade.....	111
4.8.2	A decisão baseada em probabilidade.....	113
4.8.3	Novamente, o excesso do muito pouco e o excesso do muito cheio.....	118
4.8.4	A doutrina sueca para a aferição da probabilidade e a fragilidade da defesa.....	119
4.8.5	A importância das decisões baseadas em probabilidade: o juízo de probabilidade não é inferior.....	122
4.8.6	Aquilo que normalmente acontece (<i>id quod plerumque accidit</i>) deve favorecer a concessão da tutela provisória.....	123
4.9	A PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO E AS CORES DA PAISAGEM.....	126
4.9.1	A caução e a igualdade entre as partes.....	126
4.9.2	A utilização da caução na tutela da evidência.....	129
4.9.3	A dispensa da caução e a tutela da evidência.....	131
4.9.4	A adoção de outras contracautelas.....	133
5	CONCEITO DE TUTELA DA EVIDÊNCIA.....	135
5.1	TUTELA E TÉCNICA PROCESSUAL: DISTINÇÕES.....	136
5.2	A INVERSÃO DA ORDEM ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO NA TUTELA PROVISÓRIA.....	138
5.3	A PROBABILIDADE DO DIREITO E A FRAGILIDADE DA DEFESA COMO PRESSUPOSTOS SUFICIENTES PARA A ANTECIPAÇÃO.....	142
5.3.1	O Código de Processo Civil de 1973 com as alterações da Lei nº 8.952/1994.....	143
5.3.2	O Código de Processo Civil de 2015 e a noção de inutilidade.....	144
5.3.3	A mutação funcional: o <i>real é relacional</i>	146
5.4	CONCEITO DE TUTELA DA EVIDÊNCIA COMO TÉCNICA GENÉRICA DE ANTECIPAÇÃO SEM URGÊNCIA.....	148
5.4.1	O cerne da técnica processual da antecipação sem urgência.....	148
5.4.2	A razão de sua aplicação genérica.....	149
5.4.3	Novo conceito.....	150
5.5	A EVIDÊNCIA FIXADA <i>A PRIORI</i> PELO LEGISLADOR.....	151
5.5.1	As liminares nas ações possessórias, embargos de terceiro, ações de despejo, ações revisionais, ações de alienação fiduciária e partilha de bens.....	152
5.5.2	As liminares nas ações de improbidade: presunção de urgência ou evidência?.....	155

5.5.3 A técnica monitoria	161
5.5.4 As medidas provisionais do CPC/73 e o <i>empréstimo</i> do rito cautelar	164
6 OS BENEFÍCIOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS EVIDENTES	169
6.1 O ESTÍMULO AO COMPORTAMENTO NÃO PROTETATÓRIO DO RÉU	170
6.1.1 Os efeitos concretos e a tendência a uma conduta mais adequada.....	171
6.1.2 A análise econômica do direito e as condutas processuais.....	172
6.1.3 As escolhas nem sempre são racionais.....	178
6.1.4 Equilíbrio entre eficiência e equidade.....	181
6.2 O ESTÍMULO À COMPOSIÇÃO ENTRE AS PARTES.....	182
6.2.1 Quando os acordos são ruins	182
6.2.2 Quando os acordos são bons	184
6.2.3 As dificuldades para a celebração de acordos	185
6.2.4 A tutela da evidência e a solução consensual	187
7 O DIREITO POSTO: A TUTELA DA EVIDÊNCIA PREVISTA NO ART. 311 DO CPC/2015	195
7.1 DISTINÇÃO ENTRE TUTELA DA EVIDÊNCIA E JULGAMENTO ANTECIPADO	201
7.2 O ABUSO DO DIREITO E MANIFESTO PROPÓSITO PROTETATÓRIO DA PARTE (ART. 311, I DO CPC/2015)	201
7.2.1 Abuso do direito de defesa ou propósito protetatório do réu	203
7.2.2 A dança em sincronia: defesa abusiva e probabilidade do direito.....	205
7.2.3 A existência de dano é irrelevante.....	206
7.2.4 A irrelevância do dolo ou culpa.....	208
7.2.5 Os conceitos jurídicos indeterminados.....	209
7.2.6 A equiparação entre defesa abusiva e propósito protetatório	213
7.2.7 A essência não é punitiva	214
7.2.8 A timidez na aplicação de sanções	217
7.2.9 O efeito benéfico e secundário: agir de má-fé é prejudicial.....	219
7.3 A TUTELA DA EVIDÊNCIA DIANTE DE DECISÕES VINCULANTES (ART. 311, II DO CPC/2015).....	221
7.3.1 As decisões vinculantes e a <i>infidelidade ao direito</i>	223
7.3.2 Tutela da evidência: os fatos e o direito aplicável.....	225
7.3.3 A evidência sobre fatos e um elemento a mais para autorizar a antecipação	226

7.3.4	As hipóteses não são taxativas	228
7.3.5	A não aplicação de decisões vinculantes exige fundamentação.....	229
7.4	A TUTELA DA EVIDÊNCIA EM CASO DE CONTRATO DE DEPÓSITO (ART. 311, III DO CPC/2015)	230
7.4.1	Forma típica de tutela da evidência.....	230
7.4.2	Cominação de multa.....	232
7.5	PROVA DOCUMENTAL E TUTELA DA EVIDÊNCIA (ART. 311, IV DO CPC/2015).....	232
7.5.1	Prova documental e documentada.....	233
7.5.2	Produção antecipada da prova.....	235
7.5.3	O <i>standard</i> de prova é a prevalência mínima.....	236
7.5.4	Conceito jurídico indeterminado: prova que não gere dúvida razoável.....	239
7.6	ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA?.....	241
7.7	TUTELA DA EVIDÊNCIA NA SENTENÇA.....	245
8	MODELO BRASILEIRO NOVO: APLICAÇÃO GENÉRICA DA TUTELA DA EVIDÊNCIA DIANTE DA PROVA DO DIREITO E DA DEFESA FRÁGIL – O DEVER DE ANTECIPAR A TEMPO	248
8.1	TIPICIDADE, NÃO TAXATIVIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA.....	250
8.2	A LIÇÃO DE CHIOVENDA: O JUIZ DEVE DECIDIR COM BASE NO QUE NORMALMENTE ACONTECE (<i>ID QUOD PLERUMQUE ACCIDIT</i>).....	255
8.3	UMA OUTRA EXIGÊNCIA DE CELERIDADE: O <i>DEVER DE ANTECIPAR A TEMPO</i>	261
8.4	A NATUREZA DO ROL DO ART. 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: NÃO TAXATIVIDADE E O <i>DEVER DE ANTECIPAR A TEMPO</i> , ISTO É, NO TEMPO ADEQUADO	265
8.5	A TENDÊNCIA DE MENOSPREZO AO PROVISÓRIO NÃO URGENTE.....	274
8.6	A TEMPORALIDADE DO PROCESSO E A NECESSÁRIA MUDANÇA CULTURAL	278
9	CONCLUSÕES	292
	REFERÊNCIAS	296
	APÊNDICE A - DESCRIÇÃO DO GRÁFICO 1 TUTELA DA EVIDÊNCIA	322
	APÊNDICE B - DESCRIÇÃO DOS DADOS DA TABELA 1 TUTELA DA EVIDÊNCIA	323
	TABELA 1	324

1 INTRODUÇÃO

A fragilidade da defesa do réu, aliada à prova constitutiva do direito do autor, pode autorizar, de forma ampla e genérica, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional? Em outras palavras, a tutela da evidência está limitada a situações típicas ou pode ser aplicada genericamente sempre que estiverem presentes esses dois requisitos (probabilidade e defesa frágil)? Seria possível perceber uma exigência de celeridade para a satisfação dos direitos evidentes, mesmo onde não exista *periculum in mora*? Essa são indagações que conduzem o presente trabalho.

A aplicação genérica da antecipação sem urgência constitui uma realidade há mais de quarenta anos na França. Lá, a tutela sumária evoluiu tanto que criou um sistema próprio de prestação jurisdicional simples, célere e efetiva. O *référé-provision* se desvincilhou da urgência e passou a ser uma alternativa relevante para as demandas que dispensem a formação de coisa julgada. Fala-se, inclusive, em uma mutação funcional da tutela provisória, diante da necessidade de satisfação imediata dos direitos evidentes.

A Itália, clássica fonte de inspiração para o processo civil brasileiro, também tem bons exemplos de antecipação de tutela sem urgência. Vem de lá, ainda, a justificativa dada por Chiovenda para a execução provisória, a partir da raridade das situações de reforma da sentença, ou seja, daquilo que normalmente acontece. Ambos os sistemas afastam o pressuposto da urgência para a inversão da ordem das atividades jurisdicionais de cognição e execução.

Analisando a experiência estrangeira e tendo por base os direitos fundamentais, o que se busca descobrir é uma temporalidade mais adequada no processo civil brasileiro, mediante a distribuição do ônus do tempo necessário para a prova.¹ Dito de outra forma, o juiz deveria antecipar a tutela baseando-se apenas na probabilidade do direito, na fragilidade da defesa e naquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*)? Essas são questões centrais para a presente análise.

1 A distribuição do ônus do tempo no processo vem sendo defendida no Brasil há muitos anos por Luiz Guilherme Marinoni. Cite-se, apenas a título de exemplo, a seguinte passagem da obra *A Antecipação da Tutela*, cuja primeira edição foi lançada em 1995: “A tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa somente é possível, em princípio, quando a defesa ou o recurso do réu deixam entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, 3ª ed, rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 138). Antes mesmo disso, em obra de 1992, Luiz Guilherme Marinoni já sustentava, amparado por lições de Ovídio Baptista da Silva, que o procedimento ordinário deveria ser utilizado apenas para os casos em que o índice de probabilidade da existência ou não existência do direito de cada parte fosse equivalente. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, (1992), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 116).

A possibilidade de um tratamento processual diferenciado aos direitos evidentes é estudada não apenas com base na legislação processual, mas também sob a ótica dos direitos fundamentais. Nesse sentido, examina-se a amplitude da técnica da tutela da evidência no direito processual brasileiro, principalmente sob o ponto de vista de sua vinculação ou não a uma enumeração taxativa de hipóteses legais. Aborda-se ainda a relação entre a antecipação decorrente da evidência e o princípio da eficiência, tanto no que diz respeito aos processos individualmente considerados, como no que se refere ao volume geral de demandas.

A Emenda Constitucional nº 05 de 2004, que estabeleceu no art. 5º, inciso LXXVIII, o direito fundamental à razoável duração do processo, reiterou, de forma clara e explícita, o que já estava contido na garantia do devido processo legal. Isto porque este pressupõe celeridade e efetividade. Por sua vez, a previsão do art. 4º do Código de Processo Civil de 2015 veio dar ainda maior visibilidade ao referido direito.

O mais relevante é que ambos os dispositivos demonstram a existência de um dever do Estado. De fato, não se pode conceber um direito do cidadão sem a necessária contrapartida em assegurar seu respeito e sua implementação prática. Assim, ao definir direitos, surge para o Estado uma *pesada responsabilidade* em criar mecanismos que sejam adequados para atender eventuais carências desses direitos, *sob pena de jogar ao ostracismo a garantia*².

O novo sistema processual admite não apenas a tutela provisória baseada na urgência, como amplia significativamente a tutela da evidência. Essa passa a ser considerada como uma forma de reduzir a longa espera processual, não apenas nas hipóteses de defesa abusiva ou propósito protelatório (como ocorria no sistema do Código de 1973), mas em todas as situações nas quais o decurso do tempo aparente ser inútil.

Isso justificaria, em nosso país, uma nova concepção sobre a tutela provisória? Para além da urgência e do abuso, a tutela da evidência assumiria o importante papel de satisfação imediata dos direitos evidentes?

O instituto do *référé-provision* na França é fonte de inspiração para o estudo dessa nova forma de tutela provisória, onde a *aparência tende a se instalar como uma autorização para a antecipação da tutela*³. Mas, como já exposto, existem razões para a inversão da ordem natural entre cognição e execução que advém da Itália, das lições de Chiovenda, ao justificar a execução provisória das sentenças. Dizia ele que, diante da raridade de reforma dessas decisões,

² ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

³ STRICKLER, Yves. Le juge des référés, juge du provisoire. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2010, p. 101.

o juiz deveria decidir com base no que *normalmente acontece* e não com base em *tudo o que pode acontecer*⁴.

Essa lógica poderia ser aplicada à tutela da evidência no Brasil? Seria possível romper com a ideia dominante de que só se antecipa o que é urgente ou abusivo? Isso passa pela análise do cabimento da tutela da evidência e de sua libertação das amarras tradicionais da tutela provisória (a urgência e o abuso). O que se pretende analisar é o cabimento genérico da antecipação da tutela, mesmo quando inexistentes tais requisitos tradicionais.

Alguns anos atrás, ao mencionar as dificuldades de aplicação do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, Sergio Cruz Arenhart disse ser necessário ter *ousadia e senso crítico ao estudar essa ferramenta, não cedendo à tentação de solução fácil, porém imprestável, da resposta literal, mas que negue ao instituto seu potencial alcance*⁵.

Essa é uma lição que permanece. Afinal, para além da literalidade da lei, é preciso compreender o que realmente importa para a eficiência do sistema. Eduardo Couture, lembrando célebre conselho que Auguste Rodin deixou em testamento aos seus alunos, afirma que o processualista deve *conceber uma superfície apenas como a extremidade de um volume que impulsiona do interior. Toda vida surge de um núcleo em que germina e parte de dentro para fora. Nesse sentido não existem linhas, apenas volumes. Essa é a razão pela qual quando se modela não se deve pensar em superfície e sim em relevo. O relevo é o que vem do íntimo e é ele que determina o contorno*⁶.

Buscar a verdadeira função da tutela da evidência e extrair dela todas as formas de sua aplicação constituem os objetivos da análise. Para tanto, não se pode ignorar que a atividade teórica do processo deve ser realizada com os olhos voltados à realidade⁷. Nesse sentido, inobstante a relevância das construções teóricas do passado⁸, o momento atual exige um novo

⁴ Essa ideia, de grande utilidade para a tutela da evidência, é explorada em tópico específico. Mas vale registrar aqui sua síntese: em determinadas situações, a doutrina italiana admitia que a condenação, ainda que não fosse definitiva (pois sujeita à cassação), adquirisse força executiva em virtude de uma opção do legislador, baseando-se na autoridade do juízo de apelação e na raridade de reforma de suas sentenças. Esse é o ponto da doutrina Chiovendiana que merece destaque: a rara ocorrência de reforma poderia autorizar desde logo a execução. Tal raridade justificava uma autorização do legislador para a execução antes do final do processo. Admitia-se, então, que o processo pudesse se comportar conforme o que geralmente acontece, mais do que conforme o que efetivamente pode acontecer.

⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 428.

⁶ COUTURE, Eduardo J. Introdução ao estudo do processo civil. (1949) Rio de Janeiro: 1951, p. 15 e 16.

⁷ TALAMINI, Eduardo. Direito processual concretizado. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 15.

⁸ Seguindo sugestão de Daniel Mitidiero, as referências bibliográficas nesse trabalho trazem a informação do ano da primeira edição de cada obra, assim como as datas de nascimento e morte dos autores já falecidos. O objetivo é a conscientização a respeito do momento histórico em que cada uma das ideias foi desenvolvida. Isso gera a compreensão do contexto e das conseqüentes razões que levaram àquele entendimento. E o que

olhar. É o que se pretende encontrar com o presente trabalho.

é melhor, permite a libertação em relação ao que já passou. A propósito, Jacques Cassar lembra que todos devem ter a compreensão de que o conhecimento de uma pessoa ocorre dentro de determinados limites que não podem ser ignorados: *La connaissance d'un être s'inscrit, en effet, dans les limites qu'il n'est pas permis d'ignorer* (CASSAR, Jacques. Dossier Camille Claudel, Péronnas: Éditions Klincksieck et Archimbaud, 2011, p. 61).

2 O TEMPO NO PROCESSO CIVIL E A TRANSFORMAÇÃO DA URGÊNCIA

O estudo do direito processual civil não pode ser indiferente aos efeitos do decurso do tempo para a prestação jurisdicional. O espaço temporal entre o ajuizamento da ação e a efetiva tutela do direito material pode constituir um fardo excessivamente pesado para o seu titular. Na clássica lição de Carnelutti, o tempo tem um valor imenso no processo, embora esse seja em grande parte desconhecido. Pode-se assim compará-lo a um *nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa*⁹. Tal preocupação ganha relevância ainda maior no momento em que restam demonstrados os fatos constitutivos do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu. Nessa exata altura do procedimento, parece não se aplicar à realidade processual a lógica de que o tempo deve ser suportado por quem dele necessita. Isso porque, inobstante a continuidade da instrução estar a serviço dos interesses da parte requerida, normalmente é o autor quem continua sentindo o peso da espera.

É verdade que *o processo civil, como qualquer outra atividade humana, é necessariamente imersa no tempo*¹⁰. Mas também é correto dizer que esse tempo pode variar de acordo com as normas, com as técnicas e com o procedimento adotado. Ele não deve ser sempre o mesmo. A necessidade de uma longa prova pericial, por exemplo, torna plenamente aceitável que se aguarde um período grande até a decisão favorável. Sem tais elementos, dificilmente a decisão estaria amparada pela segurança jurídica. Por outro lado, se todas as provas requeridas pelo autor já estiverem produzidas, demonstrando a evidência de seu direito, a continuidade do processo torna demasiadamente onerosa essa espera. Nesse caso, o decurso de tempo não mais se justifica. Imagine-se ainda a situação em que, aliada à farta comprovação de seu direito, o autor tenha que aguardar a produção de provas requeridas pelo réu, após a apresentação de uma defesa frágil e inconsistente.

A sensação de insatisfação e o descrédito são inevitáveis. Argumente-se ainda que a morosidade processual produz insegurança jurídica. Diz-se, inclusive, que uma sociedade em que prevalece o uso da força e tão (ou menos) juridicamente insegura que aquela que possui regras claras, cuja aplicação demanda uma jurisdição morosa¹¹.

O que se pretende analisar é se, em determinadas circunstâncias processuais, surge

⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 354.

¹⁰ ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1983, p. 13.

¹¹ ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 106.

uma outra espécie de exigência de celeridade, completamente dissociada do *periculum in mora* e vinculada à necessidade de satisfação imediata dos direitos evidentes. É possível pensar em um verdadeiro dever de antecipar a tempo, isto é, no momento oportuno? Em outras palavras, se não houver perigo na demora, a tutela estará restrita à fase final do procedimento? Essas são as indagações que conduzem as reflexões a seguir.

2.1 A RELEVÂNCIA DO TEMPO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

É absolutamente natural associar o decurso do tempo à prestação jurisdicional. O procedimento judicial denota a ideia do avançar de um ato a outro, como ocorre com os passos em direção à meta¹². Daí a razão de se falar em partes de um todo ou fases de um desenvolvimento, como as etapas de um caminho¹³. Além disso, uma decisão judicial, correta e ponderada, exige que se alie à prática dos atos processuais, o debate e a análise. E isso demanda tempo. Tanto é assim que *o fator tempo permeia a noção de processo judicial*¹⁴. Este não pode existir sem aquele. Trata-se do denominado tempo fisiológico, ou seja, do período de meses necessário para o desenvolvimento normal do processo. A este, contudo, pode se somar o denominado tempo patológico¹⁵, decorrente de distorções na conduta dos sujeitos processuais ou da simples falta de estrutura do Poder Judiciário.

Mas, vale lembrar que, ao julgar, o Poder Judiciário cumpre pelo menos dois objetivos: resolver o conflito de interesses entre as partes e demonstrar como situações semelhantes deverão ser apreciadas no futuro. Atualmente percebe-se uma verdadeira *dilatação funcional*¹⁶ do processo. É o que se verifica com o debate a respeito do controle judicial das políticas públicas e sobre o *papel da jurisdição na criação e na estabilização da interpretação do*

¹² “Tale carattere è bene espresso dal significato della parola “procedimento”, la quale denota l’idea di un avanzare da un atto all’altro come si procede da un passo all’altro verso la meta”. (CARNELUTTI, Francesco. Sistema del diritto processuale civile, vol. III, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939, p. 03 e 04).

¹³ CARNELUTTI, Francesco. Sistema del diritto processuale civile, vol. III, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939, p. 04.

¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 15.

¹⁵ A propósito das noções de tempo fisiológico e patológico, vide PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di diritto processuale civile, sesta edizione, aggiornata a cura dell’autore e di Remo Caponi, Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 596 e ABDO, HELENA. O abuso do processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 164 e 165.

¹⁶ A expressão é de Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil coletivo/Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 18.

*Direito, sobretudo por meio dos chamados precedentes judiciais*¹⁷. A aplicação do direito, nesse aspecto, assume uma posição de relevo, mais importante inclusive que a tutela das posições subjetivas dos litigantes¹⁸. Esse poder de reconstrução da norma diante do caso concreto é o que a doutrina denomina de *rule creation*¹⁹. Com efeito, a prestação jurisdicional constitui atividade cognitiva e volitiva²⁰. Justamente por isso, o tempo não é necessariamente algo ruim em termos processuais. Muito pelo contrário. A precipitação e o imediatismo não se identificam com o ideal de certeza jurídica. Nesse sentido, Yves Strickler explica que a urgência sempre foi considerada uma noção *estrangeira*, algo apartado da realidade do juiz, para quem a serenidade das decisões e a realização da justiça exigiam longos prazos de reflexão²¹.

Por essa razão, efetividade não é sinônimo de celeridade²². Uma tutela efetiva está muito ligada à adequação e à correção da decisão proferida, ou seja, à segurança jurídica. E a segurança jurídica é composta também pela efetividade, na medida em que um sistema só é seguro se existe *confiança na realização do direito que se conhece*²³.

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*²⁴. A própria garantia constitucional do devido processo legal guarda profunda vinculação com a celeridade e a efetividade. Com bem esclarece

¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil coletivo/Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 20.

¹⁸ A propósito, esclarece Daniel Mitidiero: “Ora, está assente na boa processualística que os escopos fundamentais do processo civil hodierno cifram-se à aplicação do direito, à pacificação social e à busca pela justiça do caso concreto, com o que, apenas reflexamente, se busca tutelar as posições subjetivas das partes”. (MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 67)

¹⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law and Economics (1988), 6th edition, Boston: Addison-Wesley, 2012, p. 05.

²⁰ É o que explica Luigi Ferrajoli: “ogni atto di applicazione del diritto, cioè di norme superiori, è anche un atto di creazione del diritto, cioè di norme inferiori, e vice-versa; dall’altro, e soprattutto, per la concezione della giurisdizione come attività volitiva anziché cognitiva, la cui validità è totalmente indipendente dalla corretta interpretazione della legge” (FERRAJOLI, Luigi. La logica del diritto: Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen. Roma: Editori Laterza, 2016, p. 222).

²¹ STRICKLER, Yves. L’évolution contemporaine du référé et des procédures d’injonction, in Revista de Processo, vol. 261, Nov. 2016, p. 167 a 196.

²² CINTRA, Lia Carolina Batista. “Tutela antecipada fundada na evidência no novo Código de Processo Civil”, in Garantismo Processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo/ Coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 49.

²³ “Não por acaso a *efetividade* compõe o princípio da *segurança jurídica* – um ordenamento jurídico só é *seguro* se há *confiança na realização* do direito que se *conhece*. (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 257).

²⁴ AMRANI-MEKKI, Soraya. Le temps et le procès civil, Paris: Dalloz, 2002, p. 01.

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 efetiva²⁵. 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 provisória²⁶. Daí se afirmar que *não é, nem de longe, devido processo legal aquele que se arrasta por longos anos para dar resposta ao jurisdicionado*²⁷.

2.1.1 O equilíbrio entre celeridade e certeza jurídica

O tempo pode constituir um *garante de justiça* e uma *causa de injustiça*, sendo visto assim como um *factor ambivalente*, não se podendo considerá-lo apenas como um *elemento negativo e a eliminar*²⁸.

Essa relação conturbada entre a *aspiração de certeza* e a *exigência de celeridade* constitui, nas palavras de Federico Carpi, um dos principais e recorrentes *leitmotiv* na história e evolução do processo civil²⁹.

Surge então a necessidade de equilibrar a busca de certeza jurídica com os anseios de celeridade. Parece claro que nenhum dos extremos é bom. Como explica Serge Guinchard, a celeridade exigida a qualquer preço leva à precipitação, enquanto que a serenidade imposta de uma maneira excessiva nada mais é que *paralisia e negação de justiça*³⁰. É precisamente nesse

²⁵ PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile, in *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 1987, p. 109 e 110.

²⁶ CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. *Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil*, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1303.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 63.

²⁸ FARIAS, Rita Lynce de. A tutela cautelar antecipatória no processo civil português: um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade, in *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni/Sérgio Cruz Arenhart*, Daniel Mitidiero, coordenadores; Rogéria Dotti, organizadora. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 450.

²⁹ “Non vi è dubbio che uno dei principali *leit-motiv* ricorrenti nella storia del processo e nella sua evoluzione sia il problema dei rapporti fra l’aspirazione alla certeza, tendenzialmente conseguibile con la ponderazione e meditazione della decisione, nello sforzo di evitare l’ingiustizia, e l’esigenza di rapidità nella conclusione del processo medesimo”. (CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 11).

³⁰ “La célérité recherchée à tout prix débouche vite sur la précipitation, alors que la sérénité poussée à l’excès n’est que paralysie et véritable déni de justice, absence de protection juridictionnelle due aux justiciables, quel que soit le type de contentieux. Il faut donc les concilier, les harmoniser en sachant dès le départ, qu’il y a sans doute une durée incompressible dont la valeur mathématique reste à fixer et une durée extrême au-delà de laquelle, la sanction européenne tombe”. (GUINCHARD, Serge. *Les solutions d’organisation*

aspecto de conciliação ou harmonia que a urgência, nas suas variadas formas, passa a ter um papel fundamental.

Com efeito, no mundo jurídico a urgência pode provocar uma transgressão no que diz respeito às instituições e às condutas habituais³¹. Isso porque o processo civil vivencia o conflito entre esses dois grandes objetivos: *far bene e far presto*³². Ou seja, de um lado valoriza a cognição completa e exauriente que exige a longa produção de provas, o debate e a reflexão e, de outro, sofre com a exigência de celeridade, a qual pretende atingir a satisfação do direito material no menor espaço de tempo possível. Mostra-se, assim, de grande importância a inesquecível lição de Chiovenda no sentido de que a *necessidade de se valer do processo para obter razão não deve causar dano a quem tem razão*³³.

Essa dualidade e a dificuldade de opção já havia sido bem identificada por Calamandrei, para quem a opção, na tutela sumária, deveria ser pelo *far presto*, deixando-se a preocupação entre o bem e o mal para o processo ordinário, ou seja, com cognição exauriente³⁴. Segundo o mestre italiano, a demora necessária ao cumprimento do *iter* processual poderia tornar ineficaz o processo principal, gerando o risco de uma decisão tardia, equiparável, portanto, ao medicamento longamente elaborado e que chega para um doente já morto³⁵.

Importante destacar que o conflito não se dá entre efetividade e segurança jurídica. Na verdade, esta é constituída pelos elementos da certeza, confiabilidade, calculabilidade e

procédurale, in *Le temps dans la procédure*, Paris: Dalloz, 1996, p. 51).

³¹ OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 277.

³² PISANI, Andrea Proto. “Verso la residualità del processo a cognizione piena?”, in *Revista de Processo*, vol. 131, Jan/2006, p. 239 a 249.

³³ “Tenuto conto che l’attività dello Stato, per operare l’attuazione della legge, richiede tempo e spese, occorre impedire che colui che si è trovato nella necessità di servirsi del processo per ottenere ragione riceva danno dal tempo e dalla spesa richiesta: la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, volume I, (1935), 2ª edizione, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 147).

³⁴ “I provvedimenti cautelari rappresentano una conciliazione tra le due esigenze, spesso contrastante, della giustizia, quella della celerità e quella della ponderatezza: tra il far presto ma male, e il far bene ma tardi, i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrínseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinário” (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936, p. 20).

³⁵ “È questo um di quei casi (la disciplina dei quali costituisce forse il più antico e più difficile problema pratico di ogni legislazione processuale) in cui la necessità di far presto si urta contro la necessità di far bene (1): affinché il provvedimento definitivo nasca colle maggiori garanzie di giustizia, esso dev’esser preceduto dal regolare e meditato svolgimento di tutta una serie di attività, al compimento delle quali è necessário un periodo, spesso non breve, di attesa; ma questa *mora* indispensabile al compimento dell’ordinario *iter* processuale, rischia di rendere praticamente inefficace il provvedimento definitivo, il quale par destinato, per amor di perfezione, a giunger troppo tardi, come la medicina longamente elaborata per un ammalato già morto”. (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936, p. 19).

efetividade do direito. Logo, segurança abrange a própria efetividade³⁶. Como explica Mitidiero, o clássico dilema entre o *far presto* e o *far bene* não indica colisão entre segurança e efetividade, mas entre certeza e rapidez³⁷.

A solução ideal parece estar na busca de compatibilidade entre elas e não na ideia de prevalência de uma em detrimento da outra. Afinal, deve-se incentivar uma convivência. É o que se sustenta quando se diz que o papel dos operadores do direito é mediar esse constante conflito e fazer com que essas forças se conciliem³⁸.

A questão é: como alcançar esse equilíbrio? Certamente não em detrimento da garantia do contraditório. Ao contrário, é plenamente possível preservar o contraditório (inclusive antecipado, na maioria das vezes) e, ao mesmo tempo, assegurar celeridade.

Um processo que se vale de uma prestação jurisdicional efetiva, gera um bom sistema de distribuição de justiça. Observe-se que, nesse sentido, a França tem vários exemplos. A flexibilização do procedimento de acordo com a complexidade da causa, a possibilidade da celebração de negócios processuais e o próprio instituto do *référé* demonstram que o processo civil francês tem buscado se adequar à noção do tempo e à exigência de celeridade. Mas, de igual forma, o direito francês procura assegurar o respeito às garantias fundamentais, dentre elas o contraditório. Lá, a valorização da celeridade não exige o sacrifício das garantias e nem o inverso. Defendendo a busca desse equilíbrio, Loïc Cadiet propõe a equiparação entre o princípio da eficiência e o princípio da equidade. Enquanto o primeiro avalia os indicadores quantitativos (tempo dispendido e volume de recursos), o segundo analisa os indicadores qualitativos (informações adequadas aos jurisdicionados, motivação das decisões e respeito ao contraditório)³⁹. Um sistema adequado de justiça levará em consideração, portanto, ambos os valores.

Não é à toa que se considera que a razoabilidade, prevista no texto do direito fundamental (art. 5º, LXXVIII da CF), representa uma *quebra desta preocupação exclusiva com a rapidez*, de forma que o processo seja célere, mas tenha a duração temporal necessária

³⁶ ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica no direito tributário: entre permanência, mudança e realização, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 250-256.

³⁷ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória (2013). 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 79.

³⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Técnicas de aceleração do processo. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 42.

³⁹ CADIET, Loïc. Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa – Seis Lições Brasileiras, tradutores Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando, 1ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 34.

para não se perder qualidade na prestação jurisdicional⁴⁰.

De fato, um processo que se utiliza da cognição exauriente, por sua própria concepção, oferece mais garantias e exige mais tempo. O ideal da busca da verdade e da certeza jurídica – ainda que inatingível em termos absolutos – conduz necessariamente a uma duração longa da prestação jurisdicional. Andrea Proto Pisani destaca que um processo de cognição plena, voltado a assegurar o contraditório de modo completo, será sempre um instrumento sofisticado e, ainda que contenha um rito acelerado, terá uma *durata fisiologica, nel tempo*⁴¹. Tal duração fisiológica do processo pode vir a gerar ou a agravar o prejuízo do autor que tem razão⁴².

Esse verdadeiro impasse é também destacado por muitos processualistas brasileiros. Nas palavras de Barbosa Moreira, seria pretensão desmedida querer *desfrutar o melhor de dois mundos*, pois um processo garantístico é, por natureza, um processo menos célere. Citando ditado da sabedoria popular, lembra ele que *dois proveitos não cabem num mesmo saco*⁴³. Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, diz que o tempo é *fator de corrosão dos direitos* e destaca a ponderação que o juiz deve fazer na análise das repercussões da medida que pode ser concedida. Assim, ao *juízo do mal maior* deve se associar o *juízo do direito mais forte*⁴⁴. A propósito dessa mesma ponderação, Andrea Proto Pisani afirma que o juiz deve avaliar comparativamente o dano que sofrerá o autor pela ausência da medida, com aquele que atingirá o réu pela sua concessão⁴⁵.

⁴⁰ TAVARES, André Ramos. Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 31.

⁴¹ PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile, in *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, 1987, p. 111.

⁴² Haverá nesse caso o que a doutrina denomina de *danno marginale*, conforme explicitado em tópico específico.

⁴³ “Ora, um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. Dois proveitos não cabem num saco, reza a sabedoria popular. É pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor de dois mundos. Nada mais sumário e rápido que o linchamento do réu”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O futuro da Justiça: alguns mitos”, in *RePro* 99, jul-set 2000).

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido. O regime jurídico das medidas urgentes, in *Revista Forense*, vol. 356, ano 97, julho-agosto de 2001, p. 35.

⁴⁵ “In secondo luogo, ove sia richiesta una misura cautelare atípica ovvero una misura cautelare in cui il legislatore non prescinda del tutto dal requisito del *periculum*, il giudice deve valutare comparativamente il danno che subirebbe l’istante dalla mancata concessione del provvedimento cautelare e il danno che subirebbe la controparte della sua concessione: e conseguentemente concederei il provvedimento solo quando il pregiudizio dell’istante sia qualitativamente o quantitativamente maggiore del danno súbito della controparte”. (PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile, in *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, 1987, p. 133).

2.1.2 O problema adicional da duração patológica do processo

Isso sem falar no problema adicional, referente ao prolongamento malicioso do tempo processual gerando a denominada *lentezza patologica*⁴⁶, a qual deve ser combatida pelas sanções previstas no ordenamento. Trata-se da também denominada *morosidade funcional*⁴⁷, provocada por uma das partes, ou em seu nome e na defesa dos seus interesses.

As expressões *durata fisiologica* e *lentezza patologica* são utilizadas por Proto Pisani para distinguir os dois fenômenos de demora processual⁴⁸. Segundo ele, os obstáculos gerados por esse último demonstram a falência do Estado e sua explícita renúncia em fornecer a contrapartida decorrente da vedação à justiça privada. Isso é profundamente lamentável. Vale lembrar o alerta de Calamandrei de que, em cada processo, diante da parte que tem pressa existe a outra, que pretende ir devagar. Normalmente é o autor quem tem pressa, percebendo-se no réu o interesse de alongar o máximo possível o acerto de contas⁴⁹. Afinal, o tempo é fator que representa um enriquecimento sem causa para o litigante beneficiado pela morosidade na prolação da decisão judicial⁵⁰.

Por outro lado, tal antinomia entre certeza e celeridade constitui um convite para soluções criativas e inovadoras, a partir das técnicas processuais. Elas permitem evitar o excesso em sua dupla forma: o *excesso do muito pouco* (*trop peu*) e o *excesso do muito cheio* (*trop plein*)⁵¹. Isso inclui, sempre que possível, considerar a antecipação da tutela e ao mesmo tempo respeitar o contraditório prévio. É o que se pretende demonstrar com o presente trabalho. Afinal, como bem destacou José Rogério Cruz e Tucci, *é certo que no processo, como*

⁴⁶ Andrea Proto Pisani distingue assim a *durata fisiologica* da *durata patologica* dos processos. (PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*, in *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, 1987, p. 112).

⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2ª edição, Porto: Edições Afrontamento, 1996, p. 432.

⁴⁸ Nesse sentido, vide PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*, in *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, 1987, p. 111 e 112.

⁴⁹ “In ogni processo accade quasi sempre che, di fronte alla parte che ha fretta, ci sia quella che vuole andare adagio: di solito chi ha fretta è l’attore, e chi non l’ha è il convenuto, interessato ad allontanar più che può la resa dei conti”. (CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. v. V, parte I. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1950, p. 35).

⁵⁰ ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 127.

⁵¹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure*, in *Le temps dans la procédure*, Paris: Dalloz, 1996, p. 22.

*vaticinara Couture, o tempo é algo mais do que ouro: é Justiça!*⁵² Compreende-se, assim, que certeza e celeridade constituem dois valores que, ao invés de se autoexcluírem (como seria natural), precisam ser equacionados a fim de conviverem de forma harmônica e equilibrada. Esse constitui o maior desafio.

2.2 O DANO MARGINAL PELA DEMORA DO RESULTADO FINAL DO PROCESSO

A mera duração do processo pode constituir causa de prejuízo irreparável ao autor que, em virtude do monopólio da jurisdição, se vê impossibilitado de utilizar a autotutela⁵³. Com efeito, a manutenção do bem na esfera jurídica do devedor é fonte de dano relevante para o credor e uma condição indispensável para a realização do específico interesse do requerido⁵⁴. Tal dano decorre do processo em si mesmo e não necessariamente da atitude maliciosa ou protelatória do réu. Justamente por isso, o direito fundamental à proteção jurisdicional pressupõe que ela ocorra de forma tempestiva. Nesse sentido, constitui dever estatal assegurar ao cidadão uma proteção jurisdicional imediata⁵⁵. É claro que a atuação de má-fé pode agravar ainda mais a situação, em virtude de uma maior demora processual⁵⁶. Mas é fundamental ter em mente que, independentemente da boa ou má-fé do réu, o mero decurso do tempo pode gerar ou agravar o prejuízo do autor. Isso afasta a *crença na neutralidade do tempo do processo*⁵⁷.

2.2.1. Quem controla o tempo do processo: o juiz ou as partes?

A propósito da longa tramitação dos processos na Itália, Franco Cipriani cita o grande número de condenações da Corte Europeia dos Direitos do Homem, em virtude da violação à

⁵² CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 146.

⁵³ PISANI, Andrea Proto. “Verso la residualità del processo a cognizione piena?”, in Revista de Processo, vol. 131, Jan/2006, p. 239 a 249.

⁵⁴ ANDOLINA, Italo. Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè Editore, 1983, p. 16.

⁵⁵ CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1303.

⁵⁶ Nesse sentido, Andrea Proto Pisani refere-se à *durata fisiologica* e à *durata patologica* do processo. (PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile, in Rivista di Diritto Civile, Padova: Cedam, 1987, p. 111 e 112).

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. (2004). 5ª ed, rev. ampl. e atual. de acordo com o CPC/2015, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 144.

garantia da razoável duração do processo⁵⁸. Ele aponta, como causa da lentidão italiana, o fato do Código de 1940 ter retirado das partes a condução e o controle da velocidade processual, atribuindo-os aos juízes. Destaca, assim, que a *ânsia por justiça fora substituída por um motor artificial, representado pelos magistrados e seus ritmos burocráticos*⁵⁹. A crítica é lúcida na medida em que destaca que a burocracia muitas vezes gera o atraso, pois os maiores interessados na celeridade são as partes. Haveria assim um sistema construído a partir da atividade dos juízes e não do interesse dos jurisdicionados. Nesse aspecto, segundo diz, é *como se os hospitais, ao invés de serem construídos em função dos doentes, fossem construídos para os médicos*⁶⁰.

Tal posição, contudo, merece um contraponto. Deixar o andamento do processo totalmente nas mãos das partes faz com que se possam perpetuar os atos protelatórios e a duração exagerada do procedimento, tão criticados no sistema do Código de 1865 da Itália. Daí porque o projeto de reforma de Chiovenda previa a valorização da posição do juiz, reforçando seus poderes em relação às partes. Como bem apontam Michele Taruffo e Daniel Mitidiero⁶¹, ao se colocar sob os domínios do juiz o andamento e a duração do processo, elimina-se a posição de vantagem dos réus que podem se valer de manobras dilatórias deixadas exclusivamente à livre iniciativa das partes⁶². Isso é de fundamental importância na medida em que o serviço da prestação jurisdicional tem limites que não podem ser transpostos.

Talvez a solução esteja, portanto, em um meio termo, algo que permita às partes tomar iniciativas para assegurar celeridade, permitindo-se também ao magistrado adotar técnicas que promovam a rápida satisfação dos direitos.

⁵⁸ CIPRIANI, Franco. “Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LVI, n. 4, Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, Dicembre 2002, p. 1243.

⁵⁹ “Cioè a dire, l’errore principal sta nell’avere sostituito il motore naturale del processo civile, che era ed è rappresentato dall’ansia di giustizia delle parti, con un motore artificiale, che è rappresentato dal giudice e dai suoi ritmi burocratici” (CIPRIANI, Franco. “Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LVI, n. 4, Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, Dicembre 2002, p. 1248).

⁶⁰ Vale a transcrição do texto original: “Insomma, e come si sarà capito, è come se gli ospedali, anziché essere costruiti in funzione degli ammalati, fossero costruiti per i medici” (CIPRIANI, Franco. “Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LVI, n. 4, Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, Dicembre 2002, p. 1244).

⁶¹ A obra de Taruffo *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi* foi traduzida para o português por Daniel Mitidiero, o qual acrescentou notas ao final de cada capítulo, tratando do direito brasileiro em cada um daqueles períodos históricos. O resultado é uma nova obra: TARUFFO, Michele. *A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*/ Michele Taruffo, Daniel Mitidiero, Nota prévia, apresentação, organização e tradução dos originais italianos de Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁶² TARUFFO, Michele. *A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje*/ Michele Taruffo, Daniel Mitidiero, Nota prévia, apresentação, organização e tradução dos originais italianos de Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 241.

2.2.2 A noção de dano marginal

Não é à toa que a doutrina italiana utiliza até hoje a noção de dano marginal, mencionada pela primeira vez por Enrico Finzi, no ano de 1926⁶³. Ao comentar um julgado da Corte de Apelação de Firenze, no qual se permitiu o imediato cumprimento de uma sentença de despejo, Finzi abordou questões controvertidas sobre execução provisória. E, ao fazê-lo, estabeleceu um critério diferenciador entre *pericolo nel ritardo* e *danno nel ritardo*, ou seja, entre o *periculum in mora* que constitui o dano marginal e o dano pela espera da execução⁶⁴. Somente o primeiro, para ele, justificaria a execução provisória. Daí a necessidade em distinguir, uma vez que não se pode executar provisoriamente todas as sentenças. Segundo Finzi, não existe lide onde não se verifique, em relação à parte vitoriosa, um dano causado pela demora em obter o fruto de sua vitória⁶⁵.

O dano seria então algo aceito normalmente pelo sistema, em função do duplo grau de jurisdição. Isto é, na medida em que a decisão de primeiro grau só pode ser cumprida após a confirmação em instância superior, admite-se que o autor tenha que aguardar todo esse tempo, sofrendo um dano pela não realização imediata do direito que já está reconhecido judicialmente. Em outras palavras, trata-se do prejuízo que sofre o autor, após ter reconhecido seu direito pela sentença, sem poder satisfazê-lo imediatamente em virtude do efeito suspensivo da apelação. O contexto em que a expressão foi usada, portanto, se referia à execução provisória.

Já o perigo da demora consistiria em algo diverso, não decorrente apenas da postergação da execução da sentença, caracterizando um interesse autônomo e que mereceria ser protegido. Nas situações de *pericolo nel ritardo*, a própria prestação jurisdicional poderia tornar-se sem efeito⁶⁶. Neste contexto de tempo e lugar, entendia Enrico Finzi que a execução provisória, por inverter o ônus da espera (permitindo a execução antes do trânsito em julgado)

⁶³ Nesse sentido, Flávio Yarshell e Helena Abdo destacam que tal expressão foi utilizada por Enrico Finzi ao comentar questões controvertidas em tema de execução provisória, na *Rivista di Diritto Processuale*, em 1926. (YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência, *in* Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno...[et al.], São Paulo: Saraiva, 2016, p. 456).

⁶⁴ FINZI, Enrico. Distinzione tra pericolo e danno nel ritardo. *in* *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. III, parte II, 1926, p. 49 e 50.

⁶⁵ FINZI, Enrico. Distinzione tra pericolo e danno nel ritardo. *in* *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. III, parte II, 1926, p. 49.

⁶⁶ “Con maggior precisione mi pare definibile il *periculum in mora* come quel danno marginale, che non vi sarebbe se non nella ipotesi di ritardo nella esecuzione, e che scompare con la esecuzione provvisoria” (FINZI, Enrico. Distinzione tra pericolo e danno nel ritardo. *in* *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. III, parte II, 1926, p. 50).

só poderia ocorrer em situações excepcionais⁶⁷, caracterizadas pelo *periculum in mora* ou *danno marginale*.

A existência do denominado dano marginal é bem explanada nas palavras de Italo Andolina. O referido autor afirma que a propositura de uma demanda não consegue fazer parar o fluxo da vida, o qual prossegue como se não tivesse existido esse fato novo do ajuizamento da ação⁶⁸. Ou seja, o fato do jurisdicionado provocar a atuação do Poder Judiciário não paralisa o problema, nem faz cessar aquele prejuízo já sofrido. Com efeito, seria mera ficção imaginar que a propositura da ação suspenderia os efeitos fáticos do conflito. Por outro lado, o processo, diante de sua incapacidade de atingir a verdade de forma imediata, rompe o contato com a vida e acaba por criar um rito próprio, dela distanciado. Daí porque o ordenamento não pode ser indiferente ao prejuízo que o autor sofre com essa demora processual. Segundo ele, este dano deve ser chamado de marginal porque vai progressivamente sendo acrescentado ao dano que sofrera o autor antes de propor a demanda⁶⁹.

Mas, fiel ao ensinamento de Enrico Finzi, Andolina deixa claro que para a ocorrência do dano marginal, não basta o mero decurso do tempo. É necessário que a ele se acrescente um fato novo, que aumente o prejuízo do autor durante o tempo de insatisfação de seu direito, comprometendo a *fruttuosità pratica della esecuzione forzata*⁷⁰. Tal demora não é a causa em si, mas a situação específica, na qual se verifica um novo prejuízo. Exemplifica dizendo que durante esse tempo de espera pode ocorrer o empobrecimento do devedor, um ato fraudulento de disposição do direito controvertido, a perda da garantia patrimonial do crédito ou a

⁶⁷ “Solo la esistenza di circostanze eccezionali, può alterare questa norma che è un necessario corollario del doppio grado: e quindi carattere eccezionale deve avere il pericolo nel ritardo che può determinare la inversione nella tutela degli opposti interessi: esso deve essere cioè, come si disse, un dano ulteriore, ovviabile soltanto con la esecuzione provvisoria”. (FINZI, Enrico. Distinzione tra pericolo e danno nel ritardo. in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. III, parte II, 1926, p. 51).

⁶⁸ No original: “È questa una constatazione della quale bisogna avere il coraggio di misurare interamente la gravità: la proposizione della domanda giudiziale non riesce ad arrestare il fluire della vita, che continua indisturbato come se nulla fosse stato, proprio come se non si fosse verificato il fatto (nuovo e importante!) del ricorso del cittadino alla giustizia dello Stato”. (ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1983, p. 16).

⁶⁹ Vale, novamente, trazer o texto original, inclusive por sua importância histórica: “A me pare che l’ordinamento processuale non possa restare indifferente di fronte a questo fenomeno, ma debba anzi adottare un atteggiamento il più possibile adeguato a fronteggiarlo; per lo meno nella misura in cui voglia restare consapevole della propria funzione, e quindi, anche, delle proprie responsabilità. Ma, per il momento, è opportuno mettere da parte queste considerazioni e concentrare l’attenzione sul danno che l’attore subisce nelle more del procedimento: esso può convenientemente definirsi come “marginale”, in quanto va progressivamente ad aggiungersi a quello eventualmente già sofferto anteriormente alla proposizione della domanda”. (ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1983, p. 16 e 17).

⁷⁰ ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1983, p.18 a 21.

desvalorização monetária. É então o surgimento desse evento ulterior que caracteriza o *danno marginale*. Esclarece ainda ser possível distinguir o *danno marginale in senso lato*, que ocorre nas situações acima referidas, daquele *danno marginale in senso stretto (da induzione processuale)*, presente no plano dos títulos executivos e decorrente da simples permanência do estado de insatisfação do direito⁷¹.

A expressão também foi utilizada por Piero Calamandrei, na sua clássica *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*⁷². Para o mestre italiano, o *periculum in mora* que está na base das medidas cautelares⁷³ não é o perigo genérico de dano jurídico, mas sim especificamente o dano marginal, aquele que pode derivar do retardamento, tornado inevitável, em virtude da lentidão do procedimento na tutela definitiva. É essa impossibilidade prática de acelerar a prolação da decisão final que faz surgir o interesse em uma medida provisória⁷⁴.

Referindo-se ao *danno marginale*, Andrea Proto Pisani explica que os processos de cognição plena, voltados a assegurar a garantia do contraditório de modo completo, possuem uma *duração fisiológica* no tempo⁷⁵. Essa é a razão pela qual o autor pode sofrer um prejuízo grave ou irreparável. Tal prejuízo consiste tanto no fato de se por em risco a possibilidade futura de atuação da sentença de mérito, como também na permanência do direito em um estado de insatisfação por todo o tempo necessário até a sentença com força executiva. A esse prejuízo dá-se o nome de *periculum in mora*, ou, na terminologia de Finzi, *danno marginale*. Nesse sentido, o jurista italiano destaca que a vedação à autotutela privada pode, por si mesma e considerando a duração temporal do processo, *ser causa, ou concausa, de dano ao autor que tem razão*⁷⁶.

⁷¹ ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1983, p. 20.

⁷² CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936, p. 18.

⁷³ Consideradas aqui em seu contexto amplo na Itália, o que abrange as medidas antecipatórias.

⁷⁴ “ma è specificamente il pericolo di quell’ulteriore danno marginale, che potrebbe derivare dal ritardo, reso inevitabile dalla lentezza del procedimento ordinario, del provvedimento definitivo. È la impossibilità pratica di accelerare la emanazione del provvedimento definitivo, che fa sorgere l’interesse alla emanazione di una misura provvisoria”. (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936, p. 18).

⁷⁵ Conforme já exposto na nota 33.

⁷⁶ PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*, in *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, 1987, p. 111.

2.2.3.O processo deve se adequar ao tempo do litígio e não o litígio ao tempo do processo

Essa visão é interessante pois mostra que o litígio não cessa com a propositura da ação. Nesse exato momento, o problema não desaparece, nem tampouco fica paralisado. Analisando o tempo e o processo, Soraya Amrani-Mekki mostra que o *litígio evolui, no curso do processo*, inclusive em virtude de demandas incidentes. Daí porque defende ela que o processo deve se adequar ao *tempo do litígio* e não o contrário, ou seja, o *litígio se adequar ao tempo do processo*⁷⁷.

A modulação do tempo do procedimento de acordo com o interesse das partes é algo bem presente na cultura jurídica francesa. Tal exigência faz parte do *serviço* que o Poder Judiciário deve fornecer à sua *clientela*, como bem explica Marie-Anne Frison-Roche⁷⁸. Nesse sentido, o produto ou serviço deve ser especificamente adaptado às necessidades do indivíduo. Essa organização e distribuição do tempo entre as partes constitui o trabalho central do juiz dos *référés*, por exemplo. A ele incumbe analisar a urgência (em suas variadas formas, inclusive aquela *outra* atinente aos direitos evidentes), fixar prazos diferenciados de contestação e antecipar a realização do provável direito material.

Importante lembrar que a evolução do conflito pela demora só faz aumentar a sensação de insatisfação das partes, especialmente do autor que tem razão. É preciso se libertar daquela ideia equivocada de que, uma vez ajuizada a ação, o problema estaria resolvido. Na verdade, não é isso o que ocorre. O ajuizamento da ação é apenas o primeiro passo para a resolução do conflito de interesses. Ele continua existindo e certamente se agravará dependendo do tempo decorrido até a implementação da decisão judicial. Como muito bem observado, a morosidade do processo é *fator potencializador das disparidades entre as partes*⁷⁹.

Observe-se que a mera declaração da existência do direito, mediante a sentença sujeita à apelação com efeito suspensivo, também não faz cessar o conflito. Ao contrário, gera um dano decorrente do atraso na realização prática daquele direito agora reconhecido. Como bem destaca Federico Carpi, trata-se de uma escolha política que fez prevalecer a exigência de controle e aperfeiçoamento, em detrimento da imediata execução do comando judicial⁸⁰. Mas tal opção

⁷⁷ AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*, Paris: Dalloz, 2002, p. 21 e 22.

⁷⁸ FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure*, in *Le temps dans la procédure*, Paris: Dalloz, 1996, p. 19.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 63.

⁸⁰ CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 21.

gera consequências práticas ruinosas à satisfação dos direitos. Daí porque o tempo, nesse aspecto, é um elemento agravante do conflito de interesses.

2.3 A URGÊNCIA, SUA TRANSFORMAÇÃO E UM CERTO LUTO

A grande velocidade dos meios de comunicação e as exigências cada vez maiores de uma interação imediata entre as pessoas gera uma alteração naquilo que se espera da prestação jurisdicional. Não há como negar que vivemos tempos de urgência. O momento atual prioriza a celeridade em detrimento da reflexão. Como narra uma ilustrativa passagem da doutrina, vivemos em uma cultura na qual *se promete tudo, imediatamente*⁸¹. Tal concepção é extremamente negativa pois reduz a atenção dadas às situações que, verdadeiramente, merecem um tratamento diferenciado.

Se tudo se torna urgente, nada mais o é. Com essas palavras, Yves Strickler chama a atenção para a generalização que banaliza a noção de urgência na França⁸². A propósito desse claro movimento de flexibilização do conceito, Cécile Chainais destaca que atualmente o que se vê no sistema francês é uma concepção vaga, de conteúdo variável e suscetível de uma apreciação subjetiva e evolutiva⁸³. Tanto é assim que há uma clara aproximação entre urgência e utilidade, o que torna o conceito essencialmente funcional⁸⁴. Para as decisões proferidas em sede de *référé*, a urgência aparece frequentemente como um fato jurídico que surge da situação factual⁸⁵, submetida à análise do magistrado.

⁸¹ OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 279.

⁸² São essas as palavras no texto original: “Mais, si tout devient urgent, plus rien ne l’est”. (STRICKLER, Yves. *L’évolution contemporaine du référé et des procédures d’injonction*, in *Revista de Processo*, vol. 261, Nov. 2016, p. 167 a 196).

⁸³ CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris: Dalloz, 2007, p. 502 e 503.

⁸⁴ “La notion d’urgence est à ce égard profondément fonctionnelle. En conséquence, loin de répondre à la pure *nécessité*, le provisoire se trouve lui-même instrumentalisé au service de la simple *utilité*”. (CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris: Dalloz, 2007, p. 503).

⁸⁵ Nesse sentido, afirmam Xavier Vuitton e Jacques Vuitton: “Dans les cas où l’urgence est une condition des pouvoirs du juge des référés, elle apparaît le plus souvent comme un fait juridique, ressortissant de la situation factuelle soumise au juge”. (VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. *Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale*. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 21).

2.3.1 A banalização da urgência

Na verdade, essa banalização da urgência decorre diretamente de um fenômeno cada vez mais perceptível no processo civil: a valorização da celeridade. Prova disso é que, ao tratar dos três princípios estruturantes do direito processual, Serge Guinchard cita um *besoin de confiance* (necessidade de confiança) que se traduz no princípio da lealdade; um *besoin d'écoute* (necessidade de escuta) que reflete o princípio do contraditório e um *besoin de proximité* (necessidade de proximidade)⁸⁶. Esclarece, então, que esse último não significa, necessariamente, uma proximidade espacial, tendo mais relação com o tempo a ser gasto no percurso, ou seja, com o princípio da celeridade.

O que mais chama a atenção é que, ao se mencionar a necessária *proximidade* entre o fato e a decisão, não se faz referência apenas às situações de urgência. Estas, portanto, não constituem mais aquele antigo limite. Mesmo aquilo que não é urgente, deve ser célere. Dito de outra forma, a celeridade é sempre desejada, independentemente da existência ou não de *periculum in mora*. Ela passa a ser compreendida como um valor que fundamenta o sistema processual. No Brasil também se reconhece que a *aspiração social é a da 'justiça urgente' em confronto com a 'justiça ordinária e ritual'*⁸⁷.

De igual forma, a doutrina belga destaca a mudança operada quanto às medidas urgentes. Antes consideradas excepcionais e vistas com reservas, elas agora se tornaram corriqueiras, como atesta a realidade do *juiz de référé*⁸⁸.

Mas não há dúvida que a urgência, em qualquer de suas formas e graus de intensidade, exige uma atuação diferenciada no que tange a prestação jurisdicional. O que se deve buscar nesses casos, segundo Jacques Normand, é um *tratamento que fuja, precisamente, das vias ordinárias*⁸⁹. O processo civil deve se adaptar à urgência das situações da vida, e não o contrário. Deve haver, portanto, técnicas específicas para assegurar a eficácia e a segurança das decisões judiciais em todos os casos, inclusive naqueles de urgência. Tais técnicas, obviamente,

⁸⁶ GUINCHARD, Serge. Une vision renouvelée de leurs relations dans l'émergence d'un droit processuel humaniste. In: AMRANI-MEKKI, Soraya. Procédure civile et procédure pénale: unité et diversité? Bruxelles: Bruylant, 2014, p. 31.

⁸⁷ FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 308.

⁸⁸ OST, François. Le temps du droit. Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 283.

⁸⁹ “Quel que soit le degré de l'urgence, quelle que soit la nature des intérêts qu'elle met en jeu, la situation qu'elle affecte appelle, par définition, un traitement juridictionnel dérogatoire, un traitement qui échappe, précisément, aux voies ordinaires” (NORMAND, Jacques. “Le traitement de l'urgence en droit processuel français: exception ou principe?”, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, tomo II, Milão: Milano – Dott.A.Giuffrè Editore, 2005, p. 1398)

não podem ser as mesmas do procedimento comum, nem tampouco podem ter por base a ideia de ser necessário primeiro conhecer completamente todos os fatos e argumentos, para só depois decidir. A urgência exige uma inversão cronológica das atividades judiciais. O que se pretende, portanto, é uma nova forma de pensar e agir dentro do procedimento.

2.3.2. Uma outra exigência de celeridade

Parte da doutrina percebe que a demora processual gera uma outra forma de exigência de celeridade, aquela inerente à satisfação dos direitos já evidenciados. Na França, Yves Strickler afirma que, na presença de um direito certo, o juiz deve considerar que a urgência fica ali mesmo demonstrada. Isso porque ela é inerente ao respeito de um direito incontestável⁹⁰.

Justamente por isso, a exigência de celeridade não está contida apenas no *periculum in mora*. Ela também se caracteriza pela pressa em se satisfazer um direito que já se mostra evidente. Diz-se, nessa medida, que o mero decurso do tempo para um direito evidente e que permanece sem resposta, por si só, representa uma lesão⁹¹. É o que se denomina de *mutação funcional* da proteção provisória: o *référé-provision* surge como uma forma de moralização das relações jurídicas entre credor e devedor⁹².

Esse intuito moralizador ganha destaque quando se percebe que esse procedimento simples impede que o devedor de má-fé utilize todos os artificios do processo e oferece uma solução rápida e eficaz a um litígio que não merece ser decidido de outra forma⁹³.

Tal anseio cria, assim, uma outra exigência de celeridade, completamente distinta do risco de perecimento do direito ou perigo na demora. A tutela sumária, inicialmente destinada

⁹⁰ Vale transcrever o texto original: En présence d'un droit certain, le juge peut ainsi estimer que l'urgence va en quelque sorte de soi. L'urgence serait inhérente au respect d'un droit incontestable. (STRICKLER, Yves. "Le référé-différend", in *Revue de recherches juridiques – Droit prospectif*, 2004-3, Puam, Mars 2015, p. 1277-1315).

⁹¹ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 309.

⁹² "L'avènement de cette condition d'un *fumus boni juris* particulièrement renforcé, allié à l'éviction de la condition de l'urgence, correspond a une mutation fonctionnelle de la protection juridictionnelle provisoire: fondamentalement, le référé-provision est au service d'une fonction de moralisation des relations juridiques entre débiteur et créancier" (CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Paris: Dalloz, 2007, p. 516).

⁹³ "La faveur manifestée para la Cours de cassation pour le référé-provision tient en grand partie dans le fait qu'il constitue un efficace moyen de moralisation de la vie juridique et judiciaire. Le référé-provision, procédure simple, empêche que le débiteur de mauvaise foi n'utilise toutes les arcanes de la procédure au fond pour éviter de régler normalement, et donc rapidement, une dette incontestable, épargne les recours multiples et abusifs et apporte une solution rapide et efficace à un litige qui n'en méritait pas d'autre". (VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. *Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale*. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 36 e 37).

a proteger o direito diante do *periculum in mora*, evoluiu para responder à necessidade social de uma justiça imediatamente eficaz⁹⁴. Essa outra exigência de celeridade constitui um dos pressupostos da tutela da evidência. A propósito, Dinamarco distingue as situações em que a demora torna inútil o processo daquelas em que a espera, *além do razoável*, gera *sofrimento do titular de direitos*. Nestas últimas, ainda que a prestação da tutela tenha utilidade, torna-se ilegítimo e injusto sujeitar a parte a tanta espera⁹⁵.

2.3.3 O luto na França pela perda da urgência como requisito da tutela sumária

O que se observa em alguns sistemas, notadamente no direito francês é uma dissociação entre a urgência, caracterizada pelo *periculum in mora*, e a concessão da tutela sumária. Trata-se de verdadeira e silenciosa revolução em relação àquilo que se considerava como pressuposto para a tutela cautelar ou antecipatória. Em alguns países e de um tempo para cá, os provimentos sumários passaram a se basear apenas no *fumus boni juris*, afastando-se por completo do antigo requisito do *periculum in mora*.

Essa é a denominada *mudança funcional* da proteção provisória na França. Os juízes da urgência passam a ser também os juízes da evidência⁹⁶. A propósito dessa grande e significativa mudança, Cécile Chainais relata que os juízes de *référé* tiveram que enfrentar um verdadeiro *luto (deuil)*, ao admitir que o procedimento de tutela sumária não estava mais condicionado necessariamente à urgência⁹⁷. Em outra passagem, a mesma autora destaca que o novo regime, atinente ao *référé-provision* não é verdadeiramente novo, mas sim o antigo *référé amputado de sua condição de existência: a urgência*⁹⁸. Nota-se aqui a força da palavra

⁹⁴ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 521.

⁹⁵ “O segundo grupo de situações é representado pela tutela jurisdicional demorada que chega depois de uma espera além do razoável e muito sofrimento do titular de direitos – p. ex., no caso do titular do direito a alimentos, que permanecesse anos a fio esperando a tutela jurisdicional, recebendo-a somente depois de muito tempo de injustas privações”. (DINAMARCO, Cândido. O regime jurídico das medidas urgentes, *in* Revista Forense, vol. 356, ano 97, julho-agosto de 2001, p. 32).

⁹⁶ “Juges du provisoire, les juges de l’urgence deviennent, aussi, juges de l’évidence. (CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1304).

⁹⁷ “L’expression était bien trouvée car c’est incontestablement un travail de deuil que les juges des référés avaient à accomplir: admettre que le référé puisse désormais ne plus être conditionné nécessairement par l’urgence, alors même que la physionomie et le régime de cette procédure avaient été déterminés historiquement para cette condition”. (CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 523).

⁹⁸ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 525.

amputação, a qual bem revela essa mudança significativa.

Esse é o ponto da doutrina francesa que merece reflexão e desenvolvimento no Brasil. Precisamente aqui é que reside a ideia de uma nova visão de tutela provisória, ou melhor, de uma antecipação aplicada de forma ampla e completamente divorciada da noção de *periculum in mora*. Evidentemente, há uma certa resistência em se admitir a técnica da tutela antecipada sem o requisito da urgência. Tal resistência, que já se mostrava presente na aplicação do art. 273, II do Código de Processo Civil de 1973, merece ser combatida, a fim de se garantir uma aplicação plena do art. 311 do Código de 2015.

A expressão *deuil*⁹⁹ é extremamente pertinente pois demonstra a dificuldade e o sofrimento na passagem de uma fase para a outra. Ela bem representa o luto pela perda de algo inerente à tutela provisória e que durante muito tempo constituiu sua essência. Mas, assim como na morte de pessoas próximas, o luto também representa o necessário caminhar para uma nova fase, com o devido respeito e a consideração por quem não está mais presente. Enfrentar o luto significa aceitar a perda e seguir adiante.

Assim também ocorre com a tutela provisória, a qual deve aceitar e admitir uma nova forma, após a perda do requisito da urgência para os direitos evidentes.

Antes, todas as medidas sumárias (cautelares e antecipatórias) baseavam-se na urgência (*periculum in mora*). Agora não mais. Essa mudança gera dificuldades e resistências. O sentimento de luto se justifica na medida em que o amplo poder concedido aos juízes de *référé* na França baseava-se inicialmente na urgência¹⁰⁰. Era ela quem autorizava esse amplo poder jurisdicional com efetividade imediata. Constituía, assim, uma espécie de salvo-conduto, permitindo a imposição de decisões céleres e a exigência de comportamentos com efeitos imediatos. Agora, tal requisito está morto para as situações em que a tutela dependa apenas e tão somente da probabilidade do direito. Fala-se, inclusive, em uma metamorfose¹⁰¹ da tutela provisória, na medida em que ela se afasta de sua função originária. A propósito, a orientação das Cortes francesas, ao reconhecerem que o *référé-provision* não se subordinava ao requisito da urgência, foi o que favoreceu, em grande parte, o seu crescimento¹⁰².

⁹⁹ Luto, em francês.

¹⁰⁰ Nesse sentido, Cécile Chainais fala na confiança e na *imensa latitude deixada* aos juízes dos *référés*: “La confiance faite au juge des référés, l’immense latitude qui lui était laissée, étaient donc fondées sur la condition de l’urgence” (CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 524).

¹⁰¹ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 524 e 525.

¹⁰² VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 21.

2.3.4 A urgência contratual

Interessante destacar que os franceses admitem, inclusive, a pré-constituição da urgência, mediante seu estabelecimento em cláusula contratual. Ou seja, uma urgência não real, mas contratual. Isso quer dizer que as partes podem estabelecer *a priori* a possibilidade de discutir litígio futuro em sede de *référé*¹⁰³. Não se tem, nesse caso, uma urgência propriamente dita, tendo-se, na verdade, uma urgência fictícia, criada pela própria intenção das partes. Antigamente a tendência era não permitir essa ampliação, pois os litigantes não poderiam prever uma competência do juiz de *référé*, além das atribuições legais. Ou seja, quando inexistissem as condições legalmente previstas, dentre elas, a urgência (para o *référé* normal). Contudo, a Corte de Cassação, em 1986 e 1988, reconheceu, independentemente da existência real da urgência, ser válida a cláusula contratual em que as partes submetem o cumprimento de determinada obrigação ao juiz de *référé*¹⁰⁴. Isso é inovador e libertador. A utilização desse procedimento célere e eficaz passa a estar ao alcance das partes e por sua exclusiva deliberação.

Mas o inverso não é verdadeiro. As partes não podem contratualmente impedir a atuação do juiz de *référé*. Uma previsão contratual nesse sentido é considerada nula¹⁰⁵. Como esclarece Vuitton e Vuitton, a Corte de Cassação, por mais de uma oportunidade, já se manifestou nesse sentido¹⁰⁶. O fundamento é bem claro: a jurisprudência protege o seu campo de intervenção contra as estipulações contratuais que tenham o efeito de restringir ou reduzir o poder já atribuído pela lei aos juízes dos *référés*¹⁰⁷. Assim, se houver de fato uma situação urgente, nenhuma cláusula contratual pode constituir obstáculo à atuação judicial em *référé*, assegurada legalmente. Há aqui, evidentemente, o respeito à garantia de uma prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva. Desta garantia não podem validamente dispor as partes.

¹⁰³ Não, obviamente o *référé-provision* mas as outras formas de *référé* que dependem da urgência.

¹⁰⁴ Nesse sentido, VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. *Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale*. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 22. Os autores fazem menção às seguintes decisões proferidas pela Corte de Cassação: Cass. 3 civ, 20 janv. 1988: Bull.civ. 1988, III, n° 14 e Cass. 3 civ, 9 déc. 1986: Bull. Civ. 1986, III, n° 176, p. 138.

¹⁰⁵ VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. *Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale*. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 23.

¹⁰⁶ Cass. Req., 20 janv.1941: S.1941, 1, p. 13 - Cass. 2e civ., 16 mai 1957: Bull.civ.1957, II, n° 356 - Cass. Soc., 4 mai 1977: Bull.civ. 1977, V, n° 289: pour une convention collective. (VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. *Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale*. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 22).

¹⁰⁷ VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. *Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale*. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 22.

Assim entende a Corte.

2.3.5 A dispensa do requisito da urgência na Itália

Na Itália também se verifica um certo distanciamento da tutela provisória em relação à condição da urgência. Os arts. 186 bis¹⁰⁸, 186 ter¹⁰⁹ e 186 quater¹¹⁰ do Código de Processo Civil italiano são exemplos disso. Através deles é possível a antecipação da tutela quando não houver contestação (186 bis), quando houver prova escrita (186 ter) ou quando já se encontrar finda a instrução (186 quater). Com efeito, a Lei nº 353, de 26 de novembro de 1990, criou essas hipóteses da concessão de ordens de pagamento pelo juiz da ação principal, sem qualquer vínculo com a urgência¹¹¹. Trata-se de técnica que permite a satisfação imediata do direito em virtude de circunstâncias especiais.

Outro exemplo significativo é a possibilidade de reintegração do empregado ao seu antigo posto de trabalho, independentemente de urgência, quando o juiz considerar que os elementos de prova do empregador para justificar a dispensa são inválidos ou insuficientes. A previsão consta do art. 18, alínea 7 da Lei nº 300, de 20 de maio de 1970. Novamente aqui não há sequer a análise a respeito do *periculum in mora*. Basta a evidência do direito do

¹⁰⁸ “Art. 186 bis. Ordinanza per il pagamento di somme non contestate.

Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite. Se l’istanza è proposta fuori dall’udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione.

L’ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo.

L’ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177, primo e secondo comma, e 178, primo comma”. (Codice di Procedura Civile Esplicato, a cura di Antonella Comite e Stefano Liguori, Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2018, p. 198).

¹⁰⁹ “Art. 186 ter. Istanza di ingiunzione.

Fino al momento della precisazione delle conclusioni, quando ricorrano i presupposti di cui all’articolo 633, primo comma, numero 1), e secondo comma, e di cui all’articolo 634, la parte può chiedere al giudice istruttore, in ogni stato del processo, di pronunciare con ordinanza ingiunzione di pagamento o di consegna. Se l’istanza è proposta fuori dall’udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione. (...)” (Codice di Procedura Civile Esplicato, a cura di Antonella Comite e Stefano Liguori, Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2018, p. 199).

¹¹⁰ “Art. 186 quater. Ordinanza successiva alla chiusura dell’istruzione.

Esaurita l’istruzione [187, 188], il giudice istruttore, su istanza della parte che ha proposto domanda di condanna al pagamento di somme ovvero alla consegna o al rilascio di beni, può disporre con ordinanza il pagamento ovvero la consegna o il rilascio, nei limiti per cui ritiene già raggiunta la prova. Con l’ordinanza il giudice provvede sulle spese processuali. (...)” (Codice di Procedura Civile Esplicato, a cura di Antonella Comite e Stefano Liguori, Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2018, p. 200).

¹¹¹ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 530.

trabalhador¹¹².

O sistema italiano previa também a antecipação de tutela em matéria societária, mediante o Decreto legislativo nº 5, de 17 de janeiro de 2003¹¹³. Por força de seu art. 19 era possível uma ordem de pagamento em dinheiro diante da prova dos fatos constitutivos e de uma contestação manifestamente infundada. Observe-se que aqui a semelhança com o *référé-provision* era ainda mais clara pois esse requisito de uma defesa manifestamente infundada equipara-se à ideia de contestação não séria. Novamente, portanto, se vê uma aproximação entre os sistemas.

2.3.6. Diferenças e alternativas entre os sistemas

A grande diferença, contudo, é que na Itália, assim como no Brasil, não há um juízo específico para as medidas urgentes. Elas não se exaurem no provimento sumário, tal como ocorre nos juízos de *référé*. A competência para sua concessão é do mesmo juiz encarregado da instrução. Logo, o magistrado que concede a tutela provisória permanece no mesmo procedimento até o fim, quando proferirá uma nova decisão, agora com cognição exauriente.

A circunstância de não existir, no Brasil, um juízo próprio para as tutelas sumárias faz com que o mesmo juiz tenha que apreciar tanto o pedido de tutela provisória, quanto o pedido final. Isso pode fazer com que ele relegue a apreciação do pedido sem urgência para o momento após o término da instrução, deixando a análise das provas e das alegações das partes para ser feita uma única vez (no momento da prolação da sentença). E isso é muito ruim em termos de efetividade. Tal problema inexistente na França, onde o *juiz de référé* tem por função precisamente a análise da tutela sumária. Ela não constitui, portanto, um *plus* que se agrega ao enorme volume de suas atividades diárias. Ela representa o cerne de sua jurisdição, naquele momento e naquela vara específica.

Tal dificuldade, contudo, não impede que se estabeleça um equilíbrio entre as posições processuais das partes, notadamente no que diz respeito à comprovação dos fatos que sustentam as suas alegações. Assim, ainda que surja para o magistrado um trabalho a mais (decorrente de um momento decisório anterior à sentença), isso fará com que se estabeleça paridade e justiça no tratamento em juízo.

Por que não se admitir então – como ocorre na França – que existe no sistema jurídico

¹¹² CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 528.

¹¹³ O art. 19 foi derogado pela Lei 69 de 2009.

brasileiro uma *outra* exigência de celeridade, dissociada do *periculum in mora* e profundamente vinculada à noção de evidência do direito? Ela é quem autoriza a antecipação da tutela, mesmo nas situações em que não há qualquer risco na demora.

Em outras palavras, ainda que o decurso do tempo não implique a possibilidade de perecimento do direito material, a antecipação da tutela é, não apenas desejada, mas também exigível. As garantias constitucionais do acesso adequado ao Poder Judiciário, da isonomia, da eficiência e da razoável duração do processo assim estabelecem. Imperioso, portanto, reconhecer que a demonstração dos fatos sobre os quais se fundamenta o direito do autor, aliada à fragilidade da defesa do réu, faz surgir uma necessidade de antecipação. Tal necessidade, ainda que divorciada da urgência, existe de forma clara em nosso sistema. Ela decorre de um verdadeiro dever: a de satisfazer imediatamente os direitos evidentes.

Essa constitui uma visão atual da tutela provisória. Afinal, como ensina Victor Marins: *é preciso compatibilizar, na medida do possível, o direito positivo com o progresso da doutrina*¹¹⁴.

¹¹⁴ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela (1996), 2ª ed (ano 2000), 8ª tiragem, Curitiba: Juruá, 2008, p. 329.

3 A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA SEM URGÊNCIA NA ITÁLIA E NA FRANÇA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

A técnica da antecipação da tutela dissociada da urgência constitui uma realidade importante na Itália e na França. Ela vem sendo reconhecida pela doutrina e amplamente aplicada pela jurisprudência. Tais experiências estrangeiras notoriamente serviram de inspiração para o legislador brasileiro. Essa é a razão pela qual se deve olhar para o que veio antes da previsão do Código de Processo Civil de 1973 (art. 273, II) e do Código de Processo Civil de 2015 (art. 311). Necessário, nesse aspecto, compreender as razões dessa forma de tutela sumária em outros países e o que podemos extrair e aproveitar das lições da vivência alheia.

Os tópicos seguintes procuram apontar vantagens do sistema de tutela de evidência nesses dois países sem, contudo, ter a pretensão de apresentar um estudo de direito comparado. Sabe-se que para tanto seria necessário um esforço muito maior, com metodologia e abordagem próprias. Não é esse o intuito. O que se pretende é tão somente mostrar que a tutela da evidência, tal como posta no Código atual, não é fruto apenas da criatividade e inovação do legislador brasileiro. Ela tem sua razão de ser em técnicas muito mais antigas, advindas da bela e rica experiência do foro em outros lugares. Trata-se, assim, de homenagear e aprender com aquilo que nos antecedeu. Afinal, quase tudo é uma continuidade de algo.

3.1. A CONDENAÇÃO COM RESERVA NO SISTEMA ITALIANO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A TUTELA DA EVIDÊNCIA BRASILEIRA

Há quase quarenta anos, Andrea Proto Pisani, ao tratar na Itália da chamada *tutela giurisdizionale differenziata*, identificava a existência de procedimentos sumários típicos, os quais podiam oferecer a utilidade prática equivalente (se não idêntica) àquela que se obtinha com a cognição plena e exauriente. Eram os denominados provimentos sumários não cautelares, com cunho claramente satisfativo¹¹⁵.

Isso mostra que há bastante tempo a doutrina identifica a existência de *duas estradas* para a atuação jurisdicional dos direitos, como bem ilustra a figura de linguagem de Giuliano

¹¹⁵ “...la seconda è data dall’esame dei problemi tecnici principal posti dal concorso in uno stesso momento di più procedimenti sommari tipici suscettibili di offrire utilità pratiche equivalente (se non identiche) a quelle che si potrebbero ottenere tramite il ricorso o la conclusione di un processo a cognizione piena ed esauriente.” (PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata, *in* Rivista di Diritto Processuale, n. 4, Ottobre-Dicembre 1979, Padova: Cedam, 1979, p. 538).

Scarselli¹¹⁶. De acordo com a primeira, deve-se inicialmente reconhecer de forma plena (com cognição completa e exauriente) quem tem razão para só então proceder à satisfação forçada do direito. Segundo a outra, a satisfação de um suposto direito prescinde da cognição completa e exauriente, podendo ser antecipada, ainda que em um momento posterior se complemente a cognição, inclusive com a responsabilização por eventuais equívocos judiciais e danos.

3.1.1 Em que consiste a condenação com reserva de exceções?

A condenação com reserva de exceções consiste em uma técnica processual do direito italiano que permite a distribuição do tempo do processo de acordo com a necessidade de instrução. Com base na prova suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, aliada à inconsistência das exceções opostas pelo réu, o juiz pode conceder um provimento condenatório de eficácia imediata, mas sob a condição resolutiva¹¹⁷. Assim, independentemente da urgência, uma vez comprovado o fato constitutivo do direito e, havendo exceções opostas pelo réu que dependam de dilação probatória, o juiz pode, desde logo, condenar o réu a adimplir a obrigação, relegando para uma segunda fase o exame das referidas exceções. Com isso, o autor suporta a duração do processo necessária para a aferição dos fatos constitutivos de seu direito, incumbindo ao réu suportar o tempo restante, para a prova dos fatos que fundamentam suas exceções¹¹⁸.

Trata-se de um procedimento que se caracteriza pela cognição exauriente em relação aos fatos constitutivos do direito do autor e, ao mesmo tempo, por uma deliberação sumária quanto à *infondatezza*¹¹⁹ das exceções opostas pelo réu¹²⁰. Há, nesse passo, as ideias de

¹¹⁶ “In estrema sintesi sono dunque previste due strade per giungere al medesimo esito finale di attuazione giurisdizionale dei diritti : secondo l’una prima si deve accertare in modo pieno chi ha ragione e chi ha torto e solo dopo si può procedere alla realizzazione forzata del diritto accertato ; secondo l’altra l’attuazione forzata di un (presunto) diritto può prescindere dall’accertamento pieno, sebbene questo, in un momento successivo, possa o debba comunque esser svolto e, ove dia esito positivo al presunto debitore, obbliga l’imprudente creditore a tutte le restituzioni e ai danni. Non muta, nei due casi, il risultato ultimo dell’attività giurisdizionale, giungendo essa a stabilire pur sempre con certezza chi ha ragione e chi ha torto ; ciò che muta, nel secondo caso, è il rapporto logico-temporale tra il processo di cognizione e quello d’esecuzione, atteso che la seconda strada si limita a consentire che il processo esecutivo possa funzionare *con riserva ma senza esclusione* della cognizione piena del merito. (SCARSELLI, Giuliano. La Condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 05).

¹¹⁷ PROTO PISANI, Andrea. “La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano”, in Revista de Processo, vol. 90, Abr-Jun 1998, p. 22-35.

¹¹⁸ PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di diritto processuale civile. Sesta edizione aggiornata a cura dell’autore e di Remo Caponi, Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 569.

¹¹⁹ O significado é de uma inconsistência, semelhante à ideia de contestação não séria da doutrina francesa.

¹²⁰ TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisori senza accertamento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p.

probabilidade do direito e fragilidade da defesa.

Tal instituto processual afasta o princípio de que o juiz deve conhecer todas as exceções apresentadas pelo réu antes de proferir a decisão. Afasta também a noção de que a inversão da ordem das atividades jurisdicionais depende da urgência.

Na condenação com reserva, o magistrado simplesmente inverte essa ordem, mesmo sem haver qualquer *periculum in mora*. O sistema autoriza uma inversão do julgamento, fazendo com que o juiz emita uma ordem de condenação, reservando as exceções para comprovação e apreciação na fase posterior, ainda que eventualmente haja a possibilidade de repetir aquilo que foi pago (*solve et repete*)¹²¹. A cognição aqui é incompleta na medida em que se verifica de modo parcial¹²². Observe-se que, para serem reservadas, as exceções devem ser de *lunga indagine*, isto é, devem depender de uma dilação probatória. Isto porque as exceções que podem ser decididas desde logo conduzem a uma sentença imediata, ao invés da condenação com reserva.

A origem da condenação com reserva está no procedimento executivo-documental do período medieval, o qual assegurava ao credor, mediante a apresentação de uma prova escrita, a pronta satisfação de seu crédito¹²³. Na baixa Idade média, o instituto constituía uma aplicação processual da regra *solve et repete* e tinha uma difusão tão grande que chegava a ser considerada um princípio fundamental do sistema¹²⁴.

O direito comum medieval, cujo processo ordinário era muito lento, criou várias figuras processuais com cognição sumária. Tal concepção sobreviveu no sistema italiano atual, distanciando-se da regra geral que exige a prévia declaração do direito para a posterior execução. São os chamados provimentos sumários não cautelares. E uma das espécies de *azione sommaria di condanna* é justamente a condenação com reserva de exceções. A outra é a ordem judicial *inaudita altera parte*, isto é, concedida sem o contraditório prévio. A característica da *condanna con riserva* é que, em virtude de uma prova documental de especial qualidade ou por outros motivos igualmente relevantes, permite-se a condenação antes mesmo da análise das exceções, cujo exame é relegado para uma fase ulterior do processo¹²⁵. Um desses outros

264.

¹²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, 2ª ed, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 219 e 220.

¹²² PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata, *in* Rivista di Diritto Processuale, n. 4, Ottobre-Dicembre 1979, Padova: Cedam, 1979, p. 572.

¹²³ SCARSELLI, Giuliano. La condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 550.

¹²⁴ SCARSELLI, Giuliano. La condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 318 e 319.

¹²⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile – principi, ottava edizione a cura di Vittorio

motivos pode ser a admissão ou a não contestação por parte do réu, ou seja, a caracterização do que a doutrina italiana denomina de *titolo* ou *fatto non controverso*¹²⁶. Nessa hipótese, ainda que não exista uma prova documental, o silêncio ou anuência do réu autoriza a condenação com reserva. É o que vem previsto, por exemplo, no art. 65 da Lei nº 1.669, de 14 de dezembro de 1933 (*cambiale*) e no art. 57 da Lei nº 1736, de 21 de dezembro de 1933 (*assegno bancario*). De igual forma, o instituto está contemplado, mais recentemente, nos arts. 35, 36, 648 e 665 do Código de Processo Civil italiano, assim como no art. 1.462 do Código Civil italiano.

3.1.2 A tipicidade da condenação com reserva de exceções

O principal problema, contudo, reside na sua aplicação de forma típica, sendo autorizada apenas para algumas situações específicas. O art. 1.462 do Código Civil italiano, por exemplo, estabelece limitações à possibilidade das partes, em contrato, preverem que eventuais exceções só poderão ser analisadas após o cumprimento da obrigação. Segundo esse dispositivo, isso não será aplicável quando as exceções disserem respeito à nulidade, anulabilidade ou rescisão do contrato.

São exemplos também da aplicação típica desse instituto os arts. 35 e 36 do CPC italiano, os quais se referem respectivamente às situações em que o juiz não tem competência para apreciar a exceção e à apresentação de reconvenção. Significativo é também o exemplo do art. 665 do CPC, o qual permite que, nas locações, o locador retome imediatamente a posse, com reserva das exceções opostas pelo réu. O provimento provisório nesse caso tem força executiva, ainda que possa ser condicionado à prestação de uma caução. Aplica-se também na hipótese do art. 648 do mesmo código.

A grande crítica feita na Itália é que esse instituto se limita a algumas situações, não existindo a previsão genérica de sua aplicação. A tipicidade de sua previsão limita demasiadamente essa técnica processual, fazendo com que ela se aplique a apenas alguns grupos de pessoas ou interesses. Com efeito, não há sentido em se permitir que determinados setores da sociedade, ou certa espécie de credores, sejam detentores exclusivos de uma técnica processual bem mais ágil e eficiente¹²⁷. Afinal, qual seria o motivo a justificar que essa alternativa se restrinja a algumas poucas situações típicas?

Colesanti ed Elena Merlin, Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 176-178.

¹²⁶ SCARSELLI, Giuliano. La condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 405 e 415.

¹²⁷ SCARSELLI, SCARSELLI, Giuliano. La condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 07).

Traçando um paralelo entre a condenação com reserva na Itália e o *référé-provision* na França, verifica-se que aquela constitui uma das espécies do gênero *référé*, ou seja, está abrangida por ele. Justamente por isso, o ordenamento francês superou o italiano ao inserir uma norma que tornou a condenação com reserva uma figura genérica e atípica¹²⁸.

A tipicidade da tutela sumária na Itália é também criticada por outros autores. Ao tratar do direito de ação previsto na primeira parte do art. 24 da Constituição italiana¹²⁹, Proto Pisani destaca a distinção operada em relação aos processos sumários. Isso porque, enquanto no rito ordinário basta a mera afirmação da titularidade do direito, nas ações sumárias deve haver o preenchimento de pressupostos específicos de admissibilidade, sob pena de extinção¹³⁰. É bem verdade que existe uma atenuação ou, como dizem os italianos, um *temperamento* no sistema ao se admitir a medida cautelar de caráter residual (o art. 700 do Código de processo civil italiano). Mas, esta tende a ter uma aplicação restritiva, justamente por exigir um *pregiudizio imminente e irreparabile*. Isso levou a jurisprudência italiana a afirmar a inaplicabilidade desse dispositivo para os direitos de conteúdo pecuniário ou que pudessem ter a violação ressarcida com o pagamento de uma quantia em dinheiro¹³¹.

Assim, até mesmo esse poder geral de cautela, atípico por natureza, encontra limites em certos requisitos especiais. Observe-se que apesar do art. 700 ser amplo, voltado à atipicidade, ele exige a existência de um prejuízo iminente e irreparável¹³², o que cria uma limitação.

O instituto sofreu uma natural evolução, mas sempre girou em torno de três centros de representação de interesses: o credor, o devedor e o Estado-juiz¹³³. Tanto é assim que, no

¹²⁸ “Teniamo invece a sottolineare che, nella misura in cui il *référé provision* può contenere e contiene anche le ipotesi di condanna con riserva, l’ordinamento processuale francese, con la riforma del 1973, avrebbe o ha superato in questa materia gli ordinamenti italiano e tedesco, inserendo una norma che fa della condanna con riserva una figura atípica e generale (contravvenendo, così, tra l’altro, ad una tradizione storica che ha sempre visto la Francia come uno stato avverso all’istituto de quo)”. (SCARSELLI, Giuliano. La condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 394 e 395).

¹²⁹ “24. Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”.

¹³⁰ “A differenza del processo a cognizione piena, i processi sommari sono processi tipici: processi cioè ai quali si può fare ricorso non sulla base della mera affermazione della titolarità del diritto, bensì sulla base del ricorrere degli specifici pressuposti speciali di ammissibilità previsti per ciascuno di essi”. (PISANI, Andrea Proto. “La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano”, in Revista de Processo, vol. 90, Abr-Jun 1998, p. 22-35).

¹³¹ RICCI, Edoardo F. A evolução da tutela urgente na Itália. In: ARMELIN, Donaldo. Tutelas de urgência e cautelares: Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 381.

¹³² PISANI, Andrea Proto. “La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano”, in Revista de Processo, vol. 90, Abr-Jun 1998, p. 22-35.

¹³³ SCARSELLI, Giuliano. La condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 320.

início, bastava a mera prova do fato constitutivo do direito do credor para que fosse concedida a decisão de condenação com reserva. Visava-se, acima de tudo, atender o interesse do autor que possuísse uma prova escrita. A análise judicial, naquele momento era muito mais restrita, limitada à formalidade e validade dessa prova. Uma vez constatada a presença de documento válido, a ordem teria de ser concedida. Posteriormente, algumas exceções passaram a ser oponíveis antes da decisão de condenação. O interesse do devedor, que pretendia sempre ampliar esse rol, foi de certa forma atendido. Agregou-se então ao instituto a condição de que houvesse uma exceção que exigisse a dilação probatória. Não bastava mais a mera prova do fato constitutivo. Essa passou a ser analisada em conjunto com a exceção que viesse a ser oposta pelo réu. Por fim, a legislação estabeleceu termos mais abertos para a análise do instituto, tais como os “graves motivos”, previstos atualmente no art. 1.462 do Código Civil italiano. Isso assegurou uma maior discricionariedade na decisão. A condenação com reserva passou a depender de um juízo de deliberação sumário, a fim de se aferir a conveniência e oportunidade da antecipação no caso concreto. Preservou-se, nessa última fase, o poder estatal em conceder ou não a ordem antecipatória.

A lógica que deu origem ao instituto é a do *solve et repete*, havendo naturalmente a obrigação futura de, em determinadas situações, repetir o pagamento. Mas o instituto evoluiu de tal forma na Itália que surgiu também a compreensão de que o tempo necessário para a prova dessas exceções só interessa ao réu. Daí porque é ele quem tem que suportar a espera necessária à análise judicial de tais exceções. De acordo com Giuliano Scarselli, essa seria a função atual da condenação com reserva¹³⁴.

De fato, a condenação com reserva, no sistema italiano, decorre da aplicação do princípio segundo o qual o tempo processual deve ser suportado pela parte que tem necessidade da dilação probatória¹³⁵. É o que, no Brasil, há muitos anos, defende Luiz Guilherme Marinoni ao tratar da distribuição do ônus do tempo no processo¹³⁶. Segundo ele, *é tarefa da dogmática*

¹³⁴ SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 551.

¹³⁵ Nesse sentido, esclarece Giuliano Scarselli: “In questi casi la condanna con riserva risponde più semplicemente al principio per il quale *i tempi immediati del processo devono andare a danno della parte che ha bisogno della trattazione della causa per provare l'esistenza del diritto o dell'eccezione*”. (SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 551).

¹³⁶ “A técnica antecipatória, é bom que se diga, é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da Justiça”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela* (1996), 9ª ed, rev. atual. e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 23). No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 58. Antes disso, em obra de 1992, Luiz Guilherme Marinoni já se valia da doutrina de Ovídio Baptista da Silva para sustentar que o procedimento ordinário deveria ser utilizado apenas para os casos em que o índice de probabilidade da existência ou não existência

– preocupada com a construção do processo justo e isonômico – construir técnicas que justifiquem racionalmente, a distribuição do tempo do processo¹³⁷. Essa é a razão pela qual se atribuiu um caráter progressista ao provimento antecipatório, pois ele permite uma inovação imediata, redistribuindo entre as partes o ônus temporal do processo¹³⁸.

É bem verdade, por outro lado, que o sistema processual italiano não conhece um procedimento genérico de antecipação sem urgência, como ocorre na França mediante o instituto do *référé-provision*. Isso faz com que Proto Pisani, ao abordar o tema, lamente essa omissão legislativa¹³⁹. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni lembra que, na Itália, existe um anseio no sentido da criação de uma norma que estabeleça a atipicidade da condenação com reserva. Destaca que isso chegou inclusive a ser proposto por um grupo de estudos do Conselho Superior da Magistratura italiana¹⁴⁰, mas que acabou não sendo acolhido.

Comparando os sistemas italiano e francês, é de particular interesse o caráter atípico do *référé-provision*, uma vez que ele pode ser concedido em todos os casos de obrigação não seriamente contestável. Não há limites tampouco em relação à matéria objeto da apreciação judicial, sendo possível a ordem de *référé* nas ações civis e comerciais, qualquer que seja a natureza da obrigação (contratual ou extracontratual)¹⁴¹. A crítica que se faz a respeito dessa tipicidade é bastante pertinente. Isso porque o sistema italiano trata situações semelhantes de formas diferentes, permitindo que algumas obrigações tenham a possibilidade de satisfação

do direito de cada parte fosse equivalente. (MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória, (1992), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 116).

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 32.

¹³⁸ ASSIS, Araken de. Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 403.

¹³⁹ “L’ampio dibattito svoltosi negli ultimi quindici anni in Italia ha convinto, credo, quasi tutti dell’opportunità della introduzione anche in Italia di un istituto analogo al *référé-provision* francese secondo cui il giudice del *référé* può emanare ordinanza immediatamente esecutiva a favore del creditore ove l’obbligazione ‘non sia seriamente contestabile’”. (PISANI, Andrea Proto. “Verso la residualità del processo a cognizione piena?”, in Revista de Processo, vol. 131, Jan/2006, p. 239 a 249).

¹⁴⁰ A proposta tinha o seguinte teor: “Ordinanza di condanna con riserva – Quando i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio siano non contestati dalle parti costituite o risultino già pienamente approvati, ma la causa non si presenti di pronta decisione per le necessità istruttorie collegate alle eccezioni del convenuto, ove le eccezioni stesse, tenuto conto della natura del rapporto, della qualità delle parti e di ogni altro elemento risultante in causa, appaiono verosimilmente infondate, il giudice istruttore, su istanza di una parte e nel contraddittorio dell’altra, pronuncia ordinanza di condanna all’adempimento totale o parziale della prestazione richiesta. L’ordinanza costituisce titolo esecutivo e titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale. L’efficacia dell’ordinanza può essere subordinata alla prestazione di una cauzione. L’ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui gli artt. 177 e 178, primo comma. Essa è altresì reclamabile nelle forme e nei termini dell’art. 669 bis 13. Se il processo se estingue, si applica l’ultimo comma dell’art. 186 bis” (MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência, 2ª ed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 290).

¹⁴¹ SCARSELLI, Giuliano. La condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 391 e 392.

antecipada, enquanto outras tenham de aguardar o término da instrução. Tal incoerência afasta, em parte, a justificação lógica e sistemática que constitui a base do próprio instituto¹⁴². Com efeito, muitas situações concretas, que não se enquadram na tipificação da lei italiana, exigiriam a aplicação da condenação com reserva para justificar a aplicação do princípio de que o tempo do processo deve ser suportado pela parte que necessita da instrução¹⁴³.

Saliente-se que a maneira de se comprovar o fato constitutivo (prova documental ou não documental) também é fonte de diferenciação no sistema italiano. A condenação com reserva só é cabível, via de regra, quando houver documento escrito. Isso gera uma distinção injustificável. Ainda que a origem do instituto seja o processo executivo, essa valorização dos documentos em detrimento de outros meios de prova não é bem vista. Critica-se o fato de outras provas não darem ensejo a essa antecipação, principalmente porque todos os meios de prova deveriam produzir os mesmos efeitos, nos termos da lei¹⁴⁴.

3.1.3 A condenação com reserva não tem intuito punitivo

O instituto da condenação com reserva de exceções, ainda que limitado a um campo específico, atende a necessidade de um procedimento diferenciado para aqueles direitos que já se mostram evidenciados. E o que é melhor: isso ocorre independentemente da urgência. Além disso, tal técnica possui a enorme vantagem de desestimular o abuso do direito de defesa, conforme destaca Proto Pisani¹⁴⁵. Isso porque o juiz afasta a “vantagem” de qualquer conduta protelatória na medida em que antecipa o direito do autor e relega para uma segunda fase a possibilidade da apresentação das defesas de mérito indiretas.

Observe-se que há uma distinção entre essa função da condenação com reserva e o combate ao abuso do direito de defesa. Ainda que este último possa ser visto como uma consequência desejável do instituto da *condanna con riserva*, tal objetivo é meramente secundário¹⁴⁶. Se assim não fosse, só seria possível antecipar diante das situações de abuso, o

¹⁴² SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 563.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 39.

¹⁴⁴ SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 565.

¹⁴⁵ “La tecnica che può soddisfare l’esigenza di evitare l’abuso del diritto di difesa, è quella della condanna con riserva delle eccezioni: in base ad essa il giudice, conosciuti i soli fatti costitutivi del diritto, emette un provvedimento giurisdizionale di merito, rinviando ad una fase processuale successiva la cognizione in ordine alle eccezioni del convenuto”. (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Sesta edizione aggiornata a cura dell’autore e di Remo Caponi, Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 569).

¹⁴⁶ SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 555.

que reduziria demasiadamente o leque de aplicações práticas do instituto. Com efeito, distribuir o ônus do tempo do processo é algo que deve ocorrer independentemente da conduta maliciosa ou não da parte requerida. Em outras palavras, ainda que a defesa não seja manifestamente abusiva, mas a exceção aparente ser infundada, é justo que o réu suporte o tempo necessário para essa dilação probatória.

Mas, ainda que tal efeito seja meramente secundário, o objetivo de um processo mais célere e efetivo é alcançado. Trata-se da aplicação do princípio segundo o qual o tempo do processo deve ser utilizado em detrimento da parte que tem necessidade da instrução¹⁴⁷.

3.1.4 A contribuição para a tutela da evidência brasileira

Vale destacar que há grande semelhança entre esse instituto e a tutela da evidência, recentemente ampliada no Brasil pelo Código de Processo Civil de 2015. Mesmo sob a égide do Código anterior, já se reconhecia essa similitude, identificando-se o *référé-provision* do sistema francês e o art. 273, II do Código de Processo Civil de 1973 como figuras genéricas de condenação com reserva¹⁴⁸.

É digno de nota que, ao tratar do anseio de uma técnica genérica de antecipação, Proto Pisani defendeu que a introdução na Itália de algo semelhante ao *référé-provision* francês deveria ocorrer de acordo com o modelo da condenação com reserva de exceções, ou seja, nos casos em que: a) o fato constitutivo não tenha sido contestado ou já esteja plenamente provado; e b) as exceções do réu, além de exigirem uma longa instrução, aparentem ser infundadas¹⁴⁹. São sugeridas, portanto, as mesmas condições previstas no art. 311, IV do nosso Código de Processo Civil para a tutela da evidência: prova do fato constitutivo do direito do autor e a

¹⁴⁷ “In questi casi la condanna con riserva risponde più semplicemente al principio per il quale i tempi immediati del processo devono andare a danno della parte che ha bisogno della trattazione della causa per provare l’esistenza del diritto o dell’eccezione”(SCARSELLI, Giuliano. La condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 551)

¹⁴⁸ “In Italia non esiste una figura generale di condanna con riserva, ma solo tante ipotesi tipiche. Figure generali di condanna con riserva sono invece il *référé-provision* di diritto francese e l’art. 273 del Brasile” (PROTO PISANI, Andrea. “La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano”, in Revista de Processo, vol. 90, Abr-Jun 1998, p. 22-35).

¹⁴⁹ Vale transcrever as palavras do autor: “A mio avviso l’introduzione in Italia dell’istituto francese dovrebbe avvenire secondo lo schema dommatico della condanna con riserva di eccezioni emanabile (a termine di un processo speciale autonomo o anche in prima udienza nel processo a cognizione piena) ogni qual volta i fatti costitutivi siano non contestati o pienamente provati e le eccezioni del convenuto, oltre ad essere di lunga indagine, appaiano prima facie infondate alla stregua di un giudizio di verosimiglianza (della allegazione) o anche di probabilità ove sussistano elementi probatori”. (PISANI, Andrea Proto. “Verso la residualità del processo a cognizione piena?”, in Revista de Processo, vol. 131, Jan/2006, p. 239 a 249).

existência de defesa que, apesar de inconsistente, demande atividade instrutória posterior.

Outro fator de aproximação entre os institutos é que ambos dispensam a existência do *periculum in mora*. Na condenação com reserva não se exige o *pericolo di infruttuosità* (típico da cautelaridade), nem tampouco o *pericolo di tardività* (inerente às medidas de urgência antecipatórias). Sua função é apenas a de gerar um equilíbrio no tratamento das partes, evitando que o autor tenha que esperar o tempo necessário para dilação probatória relativa às exceções opostas pelo réu. Significativa, assim, é a sua aplicação aos casos de locação, permitindo o despejo imediato quando o réu opõe exceções não fundadas em prova escrita e não existe a alegação de graves motivos (art. 665 do CPC italiano)¹⁵⁰.

Parece haver aqui aquela outra exigência de celeridade que se referira Yves Stricker¹⁵¹, ou seja, não a urgência relativa ao perigo da demora, mas um dever de antecipação diante da injustiça de se fazer aguardar quando o direito já se encontra evidenciado em juízo. Essa outra exigência de celeridade é o que, neste trabalho, se denomina de *dever de antecipar a tempo*, isto é, um dever de antecipação no momento oportuno.

A forma da condenação com reserva pode ser a de uma sentença, no caso do art. 35 do Código de Processo Civil italiano¹⁵², ou a de um provimento sumário (*ordinanza*), como ocorre na hipótese do art. 648, 1º comma do mesmo diploma¹⁵³. Em ambas as situações, o provimento terá eficácia executiva. Isso é da sua própria natureza. Com efeito, não haveria qualquer sentido na condenação sem que a mesma pudesse ser imediatamente executada. Saliente-se, contudo, que quando se tratar de sentença, essa é considerada pela doutrina como uma espécie do gênero sentenças *non definitive di merito*. A propósito, Chiovenda destaca que a denominação de *sentenza provvisoria di condanna*, utilizada pelo art. 65 da Lei nº 1669, de

¹⁵⁰ Art. 665. Opposizione, provvedimenti del giudice – Se l'intimato comparisce e oppone eccezioni non fondate su prova scritta, il giudice (667), su istanza del locatore, se non sussistono gravi motivi in contrario, pronuncia ordinanza non impugnabile di rilascio, con riserva delle eccezioni del convenuto. L'ordinanza è immediatamente esecutiva, ma può essere subordinata alla prestazione di una cauzione per i danni e le spese.

¹⁵¹ “En présence d'un droit certain, le juge peut ainsi estimer que l'urgence va en quelque sorte de soi. L'urgence est inhérente au respect d'un droit incontestable”. (STRICKLER, Yves. “Le référé-différend”, in *Revue de recherches juridiques – Droit prospectif*, 2004-3, Puam, Mars 2015, p. 1277-1315).

¹⁵² Art. 35. Eccezione di compensazione – Quando è opposto in compensazione (1241 c.c) un credito che è contestato ed eccede la competenza per valore del giudice adito, questi, se la domanda è fondata su titolo non controverso o facilmente accertabile, può decidere su di essa e rimettere le parti al giudice competente per la decisione relativa all'eccezione di compensazione, subordinando, quando occorre, l'esecuzione della sentenza alla prestazione di una cauzione (119); altrimenti provvede a norma dell'articolo precedente (478).

¹⁵³ Art. 648. Esecuzione provvisoria in pendenza di opposizione – Il giudice istruttore, se l'opposizione non è fondata su prova scritta o di pronta soluzione, può concedere, provvendo in prima udienza, con ordinanza non impugnabile, l'esecuzione provvisoria del decreto, qualora non sia già stata concessa a norma dell'art. 642(655). Il giudice concede l'esecuzione provvisoria parziale del decreto ingiuntivo oposto limitatamente alle somme non contestate, salvo che l'opposizione sia proposta per vizi procedurali.

14 de dezembro de 1933, é equivocada. Segundo ele, isso pode gerar confusão com a sentença de condenação provisoriamente executiva, o que é algo bem diverso¹⁵⁴. Daí porque prefere utilizar sempre a denominação de *sentenza di condanna con riserva*.

A condenação com reserva, independentemente da forma processual com que se manifeste (*ordinanza* ou *sentenza non definitiva di merito*) nunca terá a autoridade de coisa julgada material. Com efeito, após seu pronunciamento, o processo prosseguirá para a fase posterior, podendo haver alteração do conteúdo decisório diante do julgamento das exceções reservadas.

Assim como ocorre com a tutela da evidência no Brasil, trata-se de uma decisão provisória, sujeita à alteração após a cognição exauriente. Nesse caso, haverá uma sentença posterior, afastando aquela condenação anterior e ainda obrigando a restituir o bem ou a ressarcir o dano¹⁵⁵. Trata-se de uma decisão que não transita materialmente em julgado. Em outras palavras, o provimento provisório estará sempre sob a condição resolutiva de uma sentença final que venha a acolher as exceções opostas pelo devedor¹⁵⁶.

É o que Chiovenda denomina de *atto giuridico sotto condizione risolutiva*, esclarecendo que o autor poderá ser posteriormente condenado a restituir o que recebeu indevidamente, assim como a indenizar os danos sofridos pelo réu¹⁵⁷. A grande vantagem desse instituto é que ele não impede que, em uma segunda fase, se realize a cognição exauriente e completa. Apenas gera um fracionamento do que será objeto da análise judicial, separando-a em dois momentos processuais distintos. Em outras palavras, concilia a celeridade com a busca de certeza jurídica. Exatamente como a previsão da tutela da evidência, agora ampliada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

A constitucionalidade dessa técnica processual chegou a ser questionada perante a Corte Constitucional italiana, uma vez que ela permite a antecipação do direito, postergando o contraditório paritário entre as partes, mesmo diante da inexistência do *periculum in mora*. A solução de equilíbrio encontrada na Itália foi aplicar essa técnica não em todos os casos de exceções, mas sim quando tais exceções exigirem longa instrução e se mostrarem manifestamente infundadas. Com isso atende-se a exigência de evitar o abuso do direito de

¹⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, 2ª ed, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 225.

¹⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile. Le azioni, il processo di cognizione*, Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1965, p. 210.

¹⁵⁶ SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 546.

¹⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, 2ª ed, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 227.

defesa e, ao mesmo tempo, assegura-se o respeito aos princípios constitucionais¹⁵⁸.

Observe-se que tanto na Itália como no Brasil, o que normalmente autoriza a antecipação sem urgência não é apenas a prova do fato constitutivo do direito do autor, mas essa prova aliada à inconsistência ou fragilidade da defesa do réu. Somente assim cria-se um equilíbrio entre as alegações de ambas as partes, o que permite a antecipação da tutela.

Por outro lado, a técnica da condenação com reserva de exceções separa a atividade cognitiva referente à pretensão do autor daquela relativa às exceções opostas pelo réu. Trata-se de um instituto que permite a cisão entre ação e exceções¹⁵⁹, autorizando uma decisão judicial em duas fases ou momentos distintos. É exatamente o que faz a tutela da evidência no Brasil. A cognição completa só ocorre em um segundo momento, no qual todas as alegações de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos poderão ser examinados. Mas isso somente após a decisão antecipada, a qual terá por base as alegações e provas apresentadas pelo autor. Observe-se que, na Itália, antes da decisão antecipada, concede-se um prazo brevíssimo para o réu se manifestar. Se este alegar nulidade, anulabilidade ou rescisão do contrato, obviamente não haverá a antecipação. Nesses casos, não há prova suficiente do direito do autor. Ou seja, não haverá uma defesa frágil e inconsistente. Se a alegação do réu é relevante e grave, como no caso de nulidade do contrato, por exemplo, não se aplica a técnica da antecipação. Por outro lado, todas as outras eventuais exceções (não relevantes) somente serão examinadas posteriormente. Daí porque se diz que a condenação é pronunciada *com reserva do resultado que se obtiver no processo ordinário*¹⁶⁰.

Não há dúvida que a condenação com reserva representa uma evolução da tutela provisória na Itália, em uma clara demonstração de que a tutela antecipatória tende a se distanciar ainda mais da urgência e do *periculum in mora*, aproximando-se de um outro pressuposto, ou seja, a provável existência do direito deduzido em juízo pelo autor. Afirma-se, assim, que o *futuro da tutela urgente italiana reside provavelmente nesta solução*, explicando-se que a *provável (e preferível) conclusão da evolução ainda em curso da tutela antecipatória do direito italiano se baseia em uma regra fundamental*, pela qual a concessão seria admitida em todos os casos em que o juiz julgaria o pedido do autor procedente se tivesse que decidir

¹⁵⁸ PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di diritto processuale civile. Sesta edizione aggiornata a cura dell'autore e di Remo Caponi, Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 569.

¹⁵⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile (1935), volume I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 219.

¹⁶⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1947, p. 71.

naquele momento, com as provas até então produzidas¹⁶¹. Há, portanto, uma clara indicação de que a utilização de uma norma geral de antecipação, aplicável para todas as situações de direitos evidentes, seria o ideal para a Itália.

Mas, é importante que se diga, não há apenas efeitos negativos na tipicidade. Como toda e qualquer realidade jurídica, dela podem ser extraídas consequências boas e ruins. A vantagem dessa opção consiste em evitar o risco do jurisdicionado depender de uma avaliação exclusivamente discricionária por parte do juiz¹⁶². Em outras palavras, em um sistema em que exista risco de indeferimento da tutela por razões subjetivas ou culturais, a previsão específica e típica pode auxiliar na concessão das medidas antecipatórias.

Por outro lado, um sistema atípico, tal como o que ocorre na França com o instituto do *référé*, oferece uma *vantagem sistemática* ao assegurar a atipicidade do direito de ação não apenas em relação ao processo ordinário, mas também quanto à tutela sumária¹⁶³. É o que se expõe a seguir.

3.2 O *RÉFÉRÉ-PROVISION* NO SISTEMA FRANCÊS, A NOÇÃO DE CONTESTAÇÃO NÃO SÉRIA E A TUTELA DA EVIDÊNCIA BRASILEIRA

O instituto que *salvou a honra da justiça*¹⁶⁴. Essa é uma das frases de efeito que Jacques Normand utiliza para celebrar a existência do *référé* no sistema francês. De fato, essa forma de tutela sumária, assecuratória ou satisfativa e baseada na oralidade, adquiriu uma importância enorme na França. Trata-se, sem dúvida, de um fenômeno de grande popularidade e aceitação. Não apenas entre os jurisdicionados, mas também entre os operadores do direito em geral. Ele encarna a figura de um Poder Judiciário mais próximo do cidadão. Tanto é assim que é considerado uma das feições mais familiares da justiça¹⁶⁵. Isso se deve, primordialmente,

¹⁶¹ RICCI, Edoardo F. A evolução da tutela urgente na Itália. In: ARMELIN, Donaldo. Tutelas de urgência e cautelares: Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 386 e 387.

¹⁶² Nesse sentido, esclarece Andrea Proto Pisani: “Un sistema totalmente atipico presenterebbe, conclusivamente, il rischio di far dipendere da una valutazione discrezionale del singolo giudice la stessa ammissibilità del mezzo di tutela, il che non mi sembra rischio da sottovalutare” (PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile, *in* Rivista di Diritto Civile, Padova: Cedam, 1987, p. 123). Vide também PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di diritto processuale civile, (1994), sexta edizione, Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 605.

¹⁶³ PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile, *in* Rivista di Diritto Civile, Padova: Cedam, 1987, p. 123.

¹⁶⁴ NORMAND, Jacques. “Les fonctions des référés”, *in* Les mesures provisoires en droit belge, français et italien, Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 87.

¹⁶⁵ “Le référé est aujourd’hui parmi les visages les plus familiers de la justice”. (STRICKLER, Yves. Procédure

a dois fatores: simplicidade e eficácia.

3.2.1 Origem e características do *référé*

O *référé* consistia inicialmente em uma medida judicial apenas de urgência, a qual autorizava providências de natureza cautelar ou satisfativa. Com o tempo, o sistema francês ampliou a aplicação desse instituto, prevendo também uma outra figura, denominada de *référé-provision*. Para esse último, passou a ser suficiente a caracterização da evidência do direito, dispensando-se, assim, o requisito da urgência.

Essa forma de tutela sumária nasceu no foro, mais precisamente na atuação prática dos requerimentos de urgência formulados perante o Châtelet de Paris: uma antiga fortaleza, situada na margem direita do rio Sena. Ali funcionava a sede da polícia e do Poder Judiciário local. Todos aqueles que tivessem um problema jurídico urgente poderiam comparecer e requerer providências¹⁶⁶. Deste uso prático, o procedimento acabou evoluindo para os textos legais.

A origem é uma característica que indica a importância dos *référés*, um instituto que nasceu da aplicação prática, ou seja, da jurisprudência, vindo a ser só posteriormente incorporado pela lei. Como bem destacado pela doutrina, isso é ainda mais significativo na França, país impregnado pelo primado da lei como fonte do direito. Daí a sua singularidade, uma vez que foi o juiz quem impôs o procedimento do *référé* ao legislador e não o contrário¹⁶⁷.

Dentre as características do *référé*, destacam-se a simplicidade, a oralidade e a dispensa de maiores formalidades. Nesse sentido, afirma-se que ele constitui uma aplicação do pragmatismo francês, no qual há uma preocupação maior com a efetividade do que com as regras formais¹⁶⁸. Basta dizer que, atualmente, o Código de Processo Civil¹⁶⁹ francês permite a intimação para o comparecimento do réu em poucas horas, mesmo durante dias feriados ou

Civile, 8e édition, Bruxelles: Bruylant, 2018, p. 279).

¹⁶⁶ A respeito da origem e evolução dos procedimentos em *référé*, vide CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1302 e 1303.

¹⁶⁷ “Dans un pays comme le nôtre, tout impregne qu’il est de la primauté de la loi comme source du droit, la singularité du référé est remaquable puisque c’est le juge qui a imposé la procédure au législateur et non l’inverse”. (BURGELIN, Jean-François; COULON, Jean-Marie; FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le juge des référés au regard des principes procéduraires. In: Recueil Dalloz Sirey, n. 10, 1995, p. 67).

¹⁶⁸ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. In: Revista de Processo, vol. 203, Jan/2012, p. 99-118.

¹⁶⁹ Art. 485, segunda parte. “Si néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d’assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés”.

férias, devendo o magistrado avaliar apenas se a exiguidade do prazo concedido é suficiente para a preparação da defesa¹⁷⁰. Trata-se do *référé d'heure à heure*¹⁷¹, ou seja, uma medida concedida em razão de sua extrema celeridade, mas que, mesmo assim, preserva o contraditório. Nesses casos, a citação pode ocorrer nas horas imediatamente seguintes à realização do pedido e o comparecimento pode ocorrer não apenas em audiência, mas também em domicílio¹⁷².

O sistema francês admite, inclusive, a celeridade máxima no cumprimento da decisão de *référé*. Nas situações de extrema urgência, autoriza-se que a ordem seja apresentada antes mesmo da notificação ou intimação da parte, mediante uma simples cópia do provimento¹⁷³. Trata-se da chamada *exécution sur minute*¹⁷⁴.

Essa informalidade faz jus à sua criação, ou seja, uma medida que nasceu da vida prática e acabou migrando para os códigos, fazendo o caminho inverso do que normalmente ocorre. Daí porque ele é um instituto processual muito conhecido e próximo dos cidadãos. Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva lembra que o exemplo francês é ilustrativo para demonstrar que as *pressões* da experiência judicial instituem *novos modelos, abrem caminhos inovadores* e afastam os *castelos conceituais que a doutrina tenta preservar*¹⁷⁵.

O *référé* guarda relação com as *ordonnances de provision* do processo romano canônico, tendo sido amplamente aplicado entre os séculos XIV e XVI. A possibilidade de concessão do *référé* foi mencionada no Code Louis, de 1667 (Título XVII, arts. 14 a 17)¹⁷⁶.

Seus dispositivos iniciais adotavam uma noção de urgência a partir da ideia do *periculum in mora*. O art. 5º, por exemplo, previa a prestação de alimentos e tudo o que exigisse celeridade

¹⁷⁰ Art. 486 do Code de Procédure Civile: “Le juge s’assure qu’il s’est écoulé un temps suffisant entre l’assignation et l’audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense.”

¹⁷¹ Cécile Chainais explica essa especificidade francesa, ou seja, o *référé d'heure à heure*. CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 277.

¹⁷² “Si tratta di un *référé* concesso in ragione di estrema celerità, sia in quanto la citazione a comparire può essere effettuata nelle ore immediatamente successive (giorno lavorativo o festivo, di giorno o di notte), sia in quanto la comparizione può avvenire (oltre che in udienza) anche nel proprio domicilio. Tale procedimento è subordinato ad una apposita richiesta (*requête*), nella quale vanno compiutamente esposte le ragioni che giustificano la massima celerità. (TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisori senza accertamento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 246).

¹⁷³ Art. 489 do Code de Procédure Civile, segunda parte: “En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l’exécution aura lieu au seul vu de la minute”.

¹⁷⁴ AMRANI-MEKKI, Soraya. Le temps et le procès civil. Paris: Dalloz, 2002, p. 475.

¹⁷⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica, 2ª ed, rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 194.

¹⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. A técnica antecipatória na perspectiva do direito comparado, http://www.lex.com.br/doutrina_25738622_A_TECNICA_ANTECIPATORIA_NA_PERSPECTIVA_DO_DIREITO_COMPARADO.aspx. Acesso em 01.05.2018).

(*tout ce qui requiert célérité*)¹⁷⁷. Mas, além disso, em todas essas situações, a sentença de primeiro grau teria uma executoriedade imediata, mediante a prestação de caução, como determinava o art. 13¹⁷⁸.

Anos mais tarde, o instituto do *référé* veio a ser expressamente regulamentado com a edição da *Ordonnance Royale* de 22 de janeiro de 1685 (arts. 6º a 9º)¹⁷⁹. Posteriormente, em 1806, sua aplicação foi ampliada para toda a França, conforme os artigos 806 a 812 do Código de Napoleão. Atualmente, ele está previsto em vários dispositivos do Código de Processo Civil Francês, particularmente nos arts. 145, 484 a 492, 808 e 809.

Como já exposto, no início, o procedimento tinha uma estreita ligação com a ideia de perigo na demora. Dessa forma, ele poderia ser concedido em todos os casos de urgência¹⁸⁰. Todavia, ele se ampliou de tal forma que a urgência, em algumas situações, tornou-se meramente presumida e, em outras, passou a ser dispensada (*référé-provision*). A jurisdição, tipicamente de urgência, passou a abranger também os casos mais simples, naquelas situações em que a evidência do direito passou a permitir uma justiça rápida e eficaz¹⁸¹. Justamente por isso diz-se que houve uma transformação da urgência no sistema legal francês.

Observe-se aqui, assim como ocorre com a condenação com reserva na Itália, um desprendimento da urgência. Menciona-se, nesse ponto, a ocorrência de uma *lenta erosão* desse requisito¹⁸². A tutela provisória evoluiu, em ambos os sistemas, permitindo sua aplicação mesmo nos casos em que não exista *periculum in mora*.

O *référé* é marcado por cinco características principais: celeridade, simplicidade, contraditório prévio, provisoriedade e eficácia imediata.

3.2.2 A dispensa da coisa julgada material

Por sua própria natureza, o procedimento é baseado na cognição sumária e, portanto,

¹⁷⁷ CARPI, Federico. La provvisoria esecutorietà della sentenza, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 36 e 37.

¹⁷⁸ Art. 13. Les jugements...seront exécutoires par provision en donnant caution, nonobstant oppositions ou appellations. (CARPI, Federico. La provvisoria esecutorietà della sentenza, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 37).

¹⁷⁹ AMRANI-MEKKI, Soraya. Le temps et le procès civil, Paris: Dalloz, 2002, p. 464.

¹⁸⁰ Dans tous les cas d'urgence.

¹⁸¹ AMRANI-MEKKI, Soraya. Le temps et le procès civil, Paris: Dalloz, 2002, p. 477.

¹⁸² TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 256.

as ordens de *référé* são revogáveis. Elas não possuem a autoridade da coisa julgada material¹⁸³. Nesse aspecto, o que se verifica na França é que muitas vezes as partes dispensam a garantia da coisa julgada, satisfazendo-se apenas com a decisão provisória e sumária a respeito de seu direito. Essa é uma visão mais atual, consentânea com a realidade da vida e com a celeridade que se impõe em certas relações jurídicas. Aceitar essa outra forma de prestação jurisdicional é importante e libertador. Afastam-se, assim, as amarras do processo civil clássico, baseado na ordinariade, na cognição exauriente e na longa espera pela decisão definitiva e pelo trânsito em julgado.

Vale destacar que, no Brasil, a tutela antecipada antecedente de urgência, tal como prevista nos arts. 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015, também dispensa a formação de coisa julgada material. Trata-se de uma estabilização autônoma, isto é, independentemente da continuidade da instrução e da obtenção de cognição exauriente.

A respeito dessa outra forma de encarar o processo, Roberta Tiscini diz já ser possível na Itália o reconhecimento de que a tutela jurisdicional pode produzir um resultado prático imediato, prescindindo da estabilidade da decisão¹⁸⁴.

Em 2005, Ada Pellegrini Grinover publicou um artigo relatando a situação da tutela provisória em vários países e apresentando o projeto de lei que ela e um grupo de juristas brasileiros¹⁸⁵ encaminhara, em nome do Instituto Brasileiro de Direito Processual, para a estabilização da tutela provisória. Ali afirmou que já era hora de *desmistificar os dogmas da universalidade do procedimento ordinário de cognição, da sentença e da coisa julgada, que não podem mais ser consideradas como a única técnica processual para a solução jurisdicional das controvérsias*¹⁸⁶.

De fato, o volume de demandas, a falta de estrutura judiciária e a velocidade das relações jurídicas exigem, cada vez mais, um processo adequado às reais necessidades das partes. A qualidade da prestação jurisdicional depende, não apenas da profundidade da cognição, mas também da celeridade em que ela possa ser prestada.

¹⁸³ Importante distinguir os *référés* propriamente ditos dos chamados *falsos référés* ou *référés en la forme*. Estes últimos se valem de um procedimento acelerado, mas com uma decisão definitiva e que produz coisa julgada material. O nome pode confundir ambos os institutos, o que é objeto de crítica por autores franceses. Sobre o tema e, especificamente, sobre esse mau uso das palavras, vide FOULON, Marcel; STRICKLER, Yves. *Les référés en la forme*, Paris: Dalloz, 2013, p. 292.

¹⁸⁴ TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisorii senza accertamento*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 264.

¹⁸⁵ Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni.

¹⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. In: *Revista de Processo*, vol. 121, março/2015, p. 11 a 37.

Dondi, Ansanelli e Comoglio igualmente destacam que a estabilidade da decisão representa uma eventualidade, não o objetivo primário do processo. Surge, assim, uma progressiva reconfiguração da resposta jurisdicional, não mais como tutela definitiva e precisa, mas como simples resolução tempestiva do conflito¹⁸⁷. Isto porque, com o progressivo aumento da litigiosidade, tornou-se mais difícil garantir eficiência mediante um processo que proporcione uma rápida resposta a um conflito.

Contudo, na Itália, ainda há uma forte resistência à ideia de que a decisão baseada em cognição exauriente é algo renunciável e que tal renúncia deve ser deixada à livre escolha da parte que propõe a ação¹⁸⁸.

O surpreendente é que, na grande maioria dos casos, as partes se satisfazem com a decisão sumária e não propõem a demanda principal. Isso demonstra que, para muitas situações da vida prática das pessoas, obter uma decisão definitiva, com força de coisa julgada material, tornou-se dispensável. Por outro lado, caso se pretenda esse julgamento definitivo, haverá tal alternativa. Na França, isso caberá a outro juiz, agora mediante a cognição exauriente.

3.2.3 A importância do julgamento com base em cognição sumária

Há na autonomia do *référé* um ponto importante a ser destacado. Culturalmente, no Brasil, julgar pressupõe decidir em caráter definitivo. Os juízos provisórios, baseados em cognição sumária, não são valorizados. Ao contrário, há uma certa discriminação, sob o pressuposto de que a verdadeira função jurisdicional só é atingida com a cognição completa e exauriente. Existe, nesse raciocínio, um claro equívoco. Os julgamentos provisórios são tão importantes quanto os definitivos e, em muitos casos, conseguem, por sua agilidade e eficácia, resolver melhor os problemas dos jurisdicionados. Vale lembrar a crítica, ainda atual, de Ovídio Baptista da Silva ao dizer que os julgamentos provisórios são tidos pela doutrina como *não-julgamentos*. *Se o julgamento for provisório, não será juízo sobre a lide, porém mera decisão processual (interlocutória), de modo que se preserve a ordinariade*¹⁸⁹. Essa forma de ver o direito e a prestação jurisdicional deve mudar.

¹⁸⁷ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. Processi civile in evoluzione – una prospettiva comparata. Milano: Giuffrè Editore, 2015, p. 291 e 292.

¹⁸⁸ TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 265.

¹⁸⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 152.

É tempo de se reconhecer a existência de uma *função jurisdicional prática*, voltada à obtenção de resultados e que não tem qualquer relação com a declaração definitiva, apta à produção de coisa julgada material¹⁹⁰.

Ao contrário do que ocorre com a tutela sumária na Itália, o *référé* não guarda referibilidade ao processo principal¹⁹¹. Uma vez concedida a medida, a manutenção de seus efeitos não está subordinada ao ajuizamento de uma ação futura, nem muito menos a qualquer prazo ou providência. A medida cumpriu o seu objetivo. O prosseguimento da disputa, a fim de se ter uma decisão definitiva é deixada ao puro arbítrio das partes.

Mas, a eficácia do *référé* faz com que um provimento sumário, sem a análise da questão de fundo, acabe por se tornar, na prática, definitivo. Isto porque as partes não são obrigadas a propor a ação principal. Tal definitividade *de fato* é vista por muitos como algo positivo¹⁹², já que dispensa a propositura de uma nova ação, evitando assim o volume desnecessário de processos. Mas há também críticas na doutrina francesa. Soraya Amrani-Mekki sustenta que, embora a legislação não exija que as partes provoquem a *jurisdição de fundo*, isso deveria se tornar obrigatório mediante a fixação de um prazo. O objetivo seria evitar a permanência de um provimento meramente provisório¹⁹³. Também crítica é a visão de Cécile Chainais, que entende que o *référé* não poderia ser um substituto do julgamento definitivo. Segundo ela, esse fenômeno, inclusive nos casos em que não há urgência, caracteriza uma *subversiva mudança de rota* da tutela provisória¹⁹⁴.

Por outro lado, nada impede que em casos de maior gravidade, ou quando estiver em disputa um direito fundamental, o próprio juiz do *référé* crie um vínculo com o processo

¹⁹⁰ TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 265.

¹⁹¹ “A la différence de ce qui, il y a peu encore, était de règle en droit italien, le *référé civil* n’a pas, en France, de caractère “instrumental” par rapport au fond. La saisine du juge des référés n’est pas subordonnée à l’introduction préalable d’une instance au fond. Une fois prise la mesure sollicitée, la persistance de ses effets n’est pas subordonnée à la saisine du juge du fond dans un délai déterminé. Cette saisine éventuelle est laissée à la discrétion des intéressés. A celle du demandeur auquel il n’aurait été que partiellement fait droit, ou à celle du défendeur, pour faire constater son bon droit et obtenir en conséquence la mainlevée de la mesure prise contre lui”. (NORMAND, Jacques. “Le traitement de l’urgence en droit processuel français: exception ou principe?”, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, tomo II, Milão: Milano – Dott.A.Giuffrè Editore, 2005, p. 1402).

¹⁹² Roberta Tiscini sugere que o legislador italiano adote o que há muito tempo o ordenamento francês já conhece: a existência de uma função decisória prática, voltada a um resultado que não guarda nenhuma relação com a declaração baseada em cognição exauriente. (TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 265).

¹⁹³ AMRANI-MEKKI, Soraya. Le temps et le procès civil, Paris: Dalloz, 2002, p. 488 e 489.

¹⁹⁴ A autora se refere ao que denomina de *détournement subversif*. (CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 543).

principal, estabelecendo a duração temporal da medida concedida. Nessa situação, cria-se uma relação de dependência entre o procedimento de *référé* e a jurisdição *du fond* pelo teor da decisão judicial. Ela é quem estabelece um prazo de duração. Foi o que ocorreu quando o médico pessoal do Presidente François Mitterrand, M. Gubler, revelou em um livro os segredos de seus boletins de saúde¹⁹⁵. Como se tratava de uma causa atinente à garantia fundamental da liberdade de expressão, ao proibir a divulgação da obra, a ordem de *référé* fixou o prazo de um mês para que as partes provocassem a jurisdição principal. E a Corte de Cassação manteve tal orientação¹⁹⁶.

3.2.4 O SAMU judiciário

Com efeito, por se tratar de um provimento sumário, sem cognição exauriente, no procedimento do *référé* não ocorre o julgamento da ação principal (*au fond*), ou seja, a declaração definitiva da existência do direito. Mesmo assim, o procedimento tem força executiva e eficácia imediata. Essa característica salta aos olhos: sua efetividade é marcante. O poder de *imperium* ocorre antes da *jurisdiction*. Daí porque se diz que o *référé* é caracterizado por uma inversão da cronologia do processo civil, *pouco importando o direito desde que haja a força, pouco importando a palavra desde que se tenha o braço armado*¹⁹⁷.

Essa celeridade e eficácia são consideradas as razões principais para o seu grande sucesso¹⁹⁸. A propósito dessa ampla aplicação, decorrente de sua eficácia, Roger Perrot denomina o instituto de *SAMU judiciaire*¹⁹⁹, fazendo referência ao serviço de atendimento

¹⁹⁵ CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1309.

¹⁹⁶ Civ. 1ère, 16 juill. 1997, D. 1997.264, et JCP, 1997, II 22.964 (CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1309).

¹⁹⁷ “La chronologie du procès civil est renversée. Peu importe le droit tant qu’il y a la force, peu importe la parole tant qu’il y a le bras armé. Ce faisant, le juge est amené à conférer une force exécutoire à une solution qui ne peut être que provisoire puisqu’elle ne repose que sur une apparence, une vraisemblance de droit”. (AMRANI-MEKKI, Soraya. Le temps et le procès civil, Paris: Dalloz, 2002, p. 474).

¹⁹⁸ “É tuttavia anche chiara la ragione della diffusione del *référé* nella giustizia civile francese. Ciò essenzialmente in ragione della rapidità della decisione e della sua immediata esecutività anche attraverso l’utilizzazione in questa sede di uno strumento tipico di coercizione all’adempimento, quale le astreintes; circostanza che consente di prospettare una sostanziale ordinarizzazione del *référé*”. (DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. Processi civile in evoluzione – una prospettiva comparata. Milano: Giuffrè Editore, 2015, p. 349).

¹⁹⁹ “Dans tous ces cas, il est possible de saisir le président du tribunal de grande instance qui statuera immédiatement au moyen d’une ordonnance de *référé*. Sans doute, la décision ainsi rendue est-elle provisoire, en ce sens qu’elle ne préjuge pas la solution qui sera donné ultérieurement par le tribunal compétente. Mais du moins cette façon de procéder permet-elle de parer au plus pressé. Le moment n’est

médico de urgência da França (*Service d'Aide Médicale d'Urgence*). A imagem é perfeita pois, tanto aqui como lá, o atendimento é imediato, superficial e satisfativo. Muitas vezes, o que se pretende é evitar a morte até que ocorra um atendimento mais aprofundado. Em outros casos, a “cura” do paciente se dá no próprio serviço de emergência, não sendo necessário um tratamento hospitalar. Em todas as situações, portanto, garante-se um socorro rápido e eficiente.

3.2.5 Autonomia e paralelismo

Mas o mais interessante é que o sistema francês concebeu uma estrutura própria para a análise e concessão dos pedidos de *référé*. Assim, há uma separação completa entre a jurisdição do processo principal (*au fond*) e a jurisdição que trata dos procedimentos de *référé*. Fala-se, nesse sentido, em um *paralelismo* entre as duas formas de prestação jurisdicional²⁰⁰, na medida em que a decisão do juiz de *référé* não interfere, nem prejudica, a decisão que poderá vir a ser proferida na ação principal. O juiz desse procedimento específico analisa apenas e tão somente o pedido sumário, não existindo uma continuidade do processo para a análise mais aprofundada. Certamente, essa constitui uma das explicações de seu grande sucesso e aplicação.

Analisando os sistemas de tutela provisória em vários países, Ada Pellegrini Grinover aponta que na grande maioria dos casos o procedimento do *référé* encerra a disputa. Isso porque as partes costumam se conformar com o provimento, *sendo que parece que mais de 90% (noventa por cento) dos casos acabam resolvidos sem necessidade do processo ordinário*²⁰¹.

A enorme eficácia das decisões concedidas em *référé* fez mudar, inclusive, a maneira de se encarar as funções judiciais. No direito francês, aquela figura de um juiz exclusivamente jurista, conhecedor da teoria e sem ação, voltado apenas à declaração do direito, deu lugar ao juiz da vida prática e da execução das ordens judiciais. Sob a influência de Belleyne, presidente do Tribunal de la Seine, o juiz dos *référés* tornou-se um homem de ação²⁰². Este novo juiz não

pas venu d'exposer dans tous ses détails la procédure de référé (que l'on a parfois comparée à un 'SAMU judiciaire'). On soulignera simplement l'importance de cette procédure qui a pris depuis quelques années un essor considérable". (PERROT, Roger. *Institutions judiciaires*, Paris: Montchrestien – Lextenso éditions, 2012, p. 107).

²⁰⁰ “Il carattere più propriamente tipico di questo procedimento è dato dal suo parallelismo rispetto al procedimento principale, non essendo previste interrelazioni o interscambi fra i due percorsi processuali. E' tuttavia anche chiara la ragione della diffusione del *référé* nella giustizia civile francese”. (DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processi civile in evoluzione – una prospettiva comparata*. Milano: Giuffrè Editore, 2015, p. 349).

²⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. In: *Revista de Processo*, vol. 121, março/2015, p. 11 a 37.

²⁰² DRAI, Pierre. “L'exécution des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal”,

ignora os pleitos da parte vencedora, não é surdo aos seus reclamos e adapta o poder de seu *imperium* à situação concreta da causa e ao objetivo fixado²⁰³. Tal flexibilidade voltada às necessidades do caso concreto e o poder de *imperium* do magistrado constituem fatores do enorme sucesso desse instituto processual. Sua importância é reconhecida e enaltecida diante da grande amplitude que foi sendo obtida ao longo dos anos²⁰⁴.

3.2.6 Uma noção vaga e flexível de urgência

No que diz respeito à urgência, importante destacar que se trata de um conceito bastante vago, razão pela qual a doutrina francesa a considera a partir de uma noção funcional, aferível pelo juiz no caso concreto²⁰⁵. A propósito da expressão utilizada pelo legislador, *em todos os casos de urgência*, diz-se que ela é *bonita, vasta e acima de tudo, vaga!*²⁰⁶ Em outras palavras, apenas diante da situação concreta será possível avaliar se há uma urgência a justificar o provimento sumário. Observe-se que os próprios dispositivos atinentes ao *référé ordinaire* partem de uma ideia bastante ampla ao preverem a concessão em *todos os casos de urgência*²⁰⁷. Isso conduz a uma flexibilidade muito positiva e abrangente.

Essa condição para a atuação dos juízes de *référé* é difícil de definir. Como se costuma dizer, trata-se de um conceito impreciso e que não se obtém por definições ou conteúdos positivos, mas sim pelos limites que não podem ser ultrapassados. Tais limites são apuráveis no caso concreto, pelo próprio juiz. Compreende-se na França que se o legislador não enumerou os casos de urgência é porque eles não podem ser todos previstos pela lei, devendo ser deixados

in Revue internationale de droit compare, vol. 38, nº 02, Avril-juin 1986, p. 513.

²⁰³ DRAI, Pierre. “L’exécution des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal”, *in* Revue internationale de droit compare, vol. 38, nº 02, Avril-juin 1986, p. 514.

²⁰⁴ A propósito desse grande alcance e da importância do instituto para o sistema judicial francês, vide PERROT, Roger. *Institutions judiciaires*. Paris: Montchrestien – Lextenso éditions, 2012, p. 107.

²⁰⁵ AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*, Paris: Dalloz, 2002, p. 464 e 465.

²⁰⁶ O texto no original transmite a força do argumento: “Tous les cas d’urgence... c’est beau... c’est vaste...c’est surtout vague! (STRICKLER, Yves. *Procédure civile*. 6 édition, Éditions Larcier, 2015, p. 260).

²⁰⁷ “Dans tous les cas d’urgence”.

à apreciação do magistrado²⁰⁸. Considera-se ainda que a urgência é factual²⁰⁹. Essa expressão é repleta de significado. Uma urgência factual é aquela que ocorre no mundo concreto e que depende da avaliação dos fatos no momento da decisão. Logo, não pode ser antevista pelo legislador, nem muito menos especificada em circunstâncias típicas. Daí porque se conclui que deve haver uma liberdade maior na apreciação judicial.

Situação completamente diferente se verifica no *provvedimento d'urgenza* do direito italiano, em que há um requisito específico de urgência, ou seja, o prejuízo iminente e irreparável do art. 700 do Codice di Procedura Civile²¹⁰. Ou seja, no direito italiano não existe a mesma maleabilidade para a aferição judicial. Exige-se um tipo específico de urgência, o que restringe sobremaneira a aplicação da regra, ainda que haja uma tendência à flexibilização.

Além dessa flexibilidade maior, mesmo nas hipóteses legais em que a urgência é tecnicamente dispensada, o direito francês pressupõe que certas situações de ilegalidade exigem um tratamento diferenciado e, portanto, mais célere. É o que ocorre no *référé* baseado em uma situação manifestamente ilícita (art. 809, primeira parte do CPC francês). Afirma-se aqui que a ilicitude, por si mesma, necessita de uma intervenção rápida, o que abriga a noção de urgência²¹¹.

Vê-se nisso, claramente, uma concepção particular do sistema francês, o qual exige uma resposta célere e eficiente às lesões aos direitos evidentes. Essa é uma noção que pode e dever ser utilizada em nosso sistema para uma melhor aplicação da tutela da evidência.

Destaque-se, contudo, que são grandes as diferenças entre aquela realidade e o modelo judicial brasileiro. Lá, não existe uma litigiosidade tão expressiva como ocorre no Brasil. O volume de processos é muito menor e há uma forte tendência à aceitação das decisões judiciais, ainda que provisórias. A interposição de recursos e o ajuizamento da ação principal são muito

²⁰⁸ “Cette condition nécessaire à l’intervention du juge des référés est cependant particulièrement délicate, voire impossible à définir. La notion d’urgence, “assurément toute relative”, est pourtant “de celle que l’on conçoit le plus facilement”, tant il est vrai qu’elle “fait partie de ces concepts dont on appréhend la définition, moins par leur contenu positif que par les limites à ne pas dépasser”. Par suite, il faut “redouter la systématisation excessive de notions utiles par leur imprécision même”. Car si le législateur n’a pas énuméré les cas d’urgence, c’est parce qu’ils ne peuvent “être prévus tous par la loi (et) sont laissés à l’appréciation du magistrat”. (STRICKLER, Yves. “Le référé-différend”, in *Revue de recherches juridiques – Droit prospectif*, 2004-3, Puam, Mars 2015, pp. 1277-1315).

²⁰⁹ “On devine cependant par là-même que l’urgence est, par nature, extrêmement factuelle, puisqu’elle suppose une appréciation concrète de l’environnement dans lequel la mesure à prendre doit intervenir”. (VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. *Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale*. 3^e édition, Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 15).

²¹⁰ BONATO, Giovanni. “I référés nell’ordinamento francese”, in *La tutela somaria in Europa – Studi a cura di Antonio Carratta*, Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 63.

²¹¹ AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*, Paris: Dalloz, 2002, p. 478.

menos frequentes. A distinção parece decorrer de um forte viés cultural. Segundo a doutrina francesa, o sistema judicial não atrai espontaneamente os franceses, os quais preferem, de todas as maneiras possíveis, utilizar outras formas de solução de seus conflitos. Nas palavras de Loïc Cadiet, *o direito não faz parte verdadeiramente da cultura francesa*²¹².

3.2.7 O référé-provision: ao invés da justiça que não pode perder tempo, a **justiça que não tem tempo a perder**

Há diversas formas de *référé*. Em geral, o procedimento de *référé* baseia-se na urgência e tem um caráter conservativo. Estes são considerados os *référés ordinaires*, ou seja, de natureza comum (art. 484 do Code de Procédure Civile)²¹³. A flexibilidade, na apreciação da urgência e até mesmo na fixação do prazo para a manifestação do réu, é uma de suas características relevantes.

Mas a ampliação do uso do instituto fez surgir também os procedimentos especiais, com aplicações mais específicas. São os *référés spéciaux*, cujas principais espécies são: a) *référé sauvegarde*, de natureza cautelar, baseada na urgência, e que tem como objetivo evitar um ilícito ou um dano iminente (art. 809, primeira parte, do Code de Procédure Civile)²¹⁴. Ele se volta à proteção, inclusive, dos direitos fundamentais²¹⁵; b) *référé-provision*, com caráter satisfativo e que dispensa completamente o requisito da urgência, bastando a existência de uma obrigação não seriamente contestável (art. 809, segunda parte, do Code de Procédure Civile)²¹⁶. Este instituto é certamente o que serviu de origem e influência para a criação da tutela da evidência no Brasil; e c) *référé-probatoire*, com o objetivo de produção de provas, o qual dispensa tanto a urgência como a ausência de contestação séria (art. 145 do Code de Procédure

²¹² “la justice française n’attire pas spontanément les Français qui lui préfèrent, dans toute la mesure du possible, d’autres modes de règlement de leurs différends. Plus fondamentalement, le droit ne fait pas vraiment partie de la culture française, qui est plutôt de type administratif que de type juridique...” (CADIET, Loïc. L’hypothèse de l’américanisation de la justice française. Mythe et réalité, in www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/37.pdf. Acesso em 30.06.2018.

²¹³ Art. 484. L’ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d’une partie, l’autre présente ou appelée, dans le cas où la loi confère à un juge qui n’est pas saisi du principal le pouvoir d’ordonner immédiatement les mesures nécessaires.

²¹⁴ Art. 809, primeira parte. Le président peut toujours, même en présence d’une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s’imposent, soit pour prévenir un dommage iminente, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

²¹⁵ AMRANI-MEKKI, Soraya. Le temps et le procès civil, Paris: Dalloz, 2002, p. 481.

²¹⁶ Art. 809, segunda parte. Dans le cas où l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ou ordonner l’exécution de l’obligation même s’il s’agit d’une obligation de faire.

Civile)²¹⁷. O objetivo da prova pode ser simplesmente evitar a propositura de uma demanda. Como não há nenhum julgamento ou declaração a respeito do fundo do direito, o procedimento se limita ao interesse probatório, não servindo nem mesmo para interromper a prescrição.

Mas, como já mencionado, o *référé* que surgiu como um provimento cautelar e baseado na urgência, ampliou-se para abranger uma medida satisfativa destacada do *periculum in mora (référé-provision)* a partir do Decreto 73-1122, de 17 de dezembro de 1973²¹⁸, com a possibilidade de uma ordem antecipatória sempre que a obrigação não fosse *seriamente contestável*. E essa noção de antecipação sem urgência pode e deve ser aplicada no Brasil mediante a tutela da evidência.

O instituto do *référé-provision* está hoje positivado principalmente nos arts. 771 e 809 do Código de Processo Civil francês. Concebido inicialmente apenas para as obrigações de pagamento, com a reforma de 1º de janeiro de 1986, ele passou a abranger também as obrigações de fazer, mediante o acréscimo da parte final do art. 809²¹⁹.

Essa evolução, de um caráter meramente conservativo para a possibilidade de satisfação antecipada dos direitos, mostra a perda da referibilidade e o surgimento da autonomia do *référé-provision* em relação ao processo principal. Ele assume uma natureza satisfativa e completamente independente da sorte da ação que venha a ser ajuizada. Isso decorre da noção de evidência do direito, construída, por sua vez, a partir da ideia de ausência de contestação séria²²⁰. Essa concepção de uma defesa frágil e inconsistente é algo que se encontra presente em todos os incisos do art. 311 do Código de Processo Civil brasileiro.

Assim como na tutela da evidência, o traço mais significativo, sem dúvida, é a dispensa do requisito da urgência. Isso é o que verdadeiramente caracteriza o *référé-provision*. Trata-se de uma particularidade importante pois a origem dessa forma de tutela sumária sempre foi a urgência. Nessa linha, Barbosa Moreira destaca que a expansão do instituto fez com que

²¹⁷ Art. 145. S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

²¹⁸ Le décret du 17 décembre 1973 sur les mesures d'instruction a introduit dans le texte du décret du 9 septembre 1971 une innovation digne de remarque, qui a été reprise dans l'article 809, alinéa 2, du C. pr.civ. Ce texte autorise en effet le juge des référés à accorder au créancier une provision. Mais il assortit cette faculté d'une condition: il faut que l'existence de l'obligation ne soit pas sérieusement contestable. (CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1336).

²¹⁹ Houve o acréscimo da seguinte disposição ao art. 809: "ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire".

²²⁰ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processi civile in evoluzione – una prospettiva comparata*. Milano: Giuffrè Editore, 2015, p. 300.

se afastasse esse requisito originário²²¹.

O *référé-provision* ganhou uma grande aplicação prática por permitir a satisfação do direito, de forma rápida, eficaz e sem o ajuizamento da ação principal. No início, uma de suas utilizações voltava-se para aquelas pessoas que eram vítimas de acidentes de trânsito e que necessitavam de quantias de dinheiro para tratamentos médicos. Não podendo esperar a lentidão do processo comum, tais pessoas costumavam fazer maus acordos, com o intuito de atender necessidades momentâneas. Nesse sentido, o *référé-provision* surgiu como um caminho alternativo e muito melhor.

Como não há limites para a antecipação, podendo esta abranger 100% do valor pleiteado, o instituto se consagrou como uma forma de prestação jurisdicional extremamente eficiente. Vale destacar que inicialmente havia uma resistência dos juízes em conceder provisoriamente a totalidade do valor pleiteado. Essa posição restou superada com a decisão da Corte de Cassação que, em 20 de janeiro de 1981, eliminou este obstáculo²²². A partir de então, não se discutiu mais quanto à possibilidade do *référé-provision* abranger a totalidade do montante perseguido em juízo. Tal orientação consagrou sua autonomia, vez que dispensou o ajuizamento de uma ação principal.

Há aqui uma grande divisão entre os *référés* de modo geral e o *référé-provision*. Este se desvinculou completamente da urgência, servindo para atender todas as situações de direitos já evidenciados. É claro que há também nesse instituto uma preocupação com a celeridade do procedimento, mas não se trata da urgência decorrente do *periculum in mora*. Em outras palavras, a decisão do *référé-provision* deve ser célere em virtude das circunstâncias da causa, da força das alegações das partes e das provas já produzidas. Não porque existe um risco de perecimento do direito.

Jacques Normand faz uma distinção clara entre essas duas formas de provimento

²²¹ “Todavia, a importância real das características apontadas vem-se atenuando em mais de um aspecto, à medida que se expande o uso do instrumento. A urgência, por exemplo, que do início podia ser vista como o *quid* específico do *référé*, é hoje presumida pela lei em certos casos, e noutros pura e simplesmente dispensada. Assim é que o art. 809, 1ª alínea, confere ao presidente do *tribunal de grande instance* o poder de decretar medidas conservativas ou restitórias, “seja para prevenir dano iminente, seja para fazer cessar uma turbacão manifestamente ilícita. E mais: nos termos da 2ª alínea, quando a obrigação afirmada pelo requerente não lhe parece “seriamente contestável”, ele pode conceder ao credor uma “*provision*” ou ordenar o cumprimento da obrigação, mesmo que se trate de uma obrigação de fazer”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 96 e 97).

²²² Nesse histórico julgamento a Corte de Cassação francesa concluiu que “le montant de la provision n’avait d’autre limite que le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée”. (Civ. 20 janv. 1981, Bull. Civ., IV, nº 40, p. 30; Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1981, p. 679). CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 517.

sumário: o juiz de *référé* deve atuar porque *non se pode perder tempo* (urgência) ou porque *é inútil perder tempo* (contestação não séria, dispensa da urgência)²²³. Na verdade, a frase notória, é atribuída ao magistrado M. Raynaud, durante a conferência da Associação Francesa de Direito Judiciário privado, em 1984: nos casos de urgência, *a justiça não pode perder tempo*; nos casos de evidência, *a justiça não tem tempo a perder*²²⁴. O *référé-provision* se aplica justamente nessa segunda situação, ou seja, quando o decurso do tempo já se mostra inútil, diante da força dos elementos de prova do autor.

Um dos requisitos do *référé-provision* é o convencimento judicial quanto à existência da obrigação, quer diante da prova escrita do fato constitutivo, quer em virtude da força das alegações (verossimilhança) quando se tratar de ilícitos extracontratuais. Além disso, há a necessidade de que a defesa apresentada pelo réu se mostre inconsistente. Esse é o elemento que traz equilíbrio ao sistema pois a mera antecipação, sem urgência, só se justifica quando se estiver diante de uma contestação frágil (*obrigação não seriamente contestável*, como dizem os franceses).

No que diz respeito ao primeiro requisito, vê-se claramente uma amplitude maior do que aquela relativa à condenação com reserva, do sistema italiano. A ordem de *référé* pode ser concedida não apenas diante de um documento, ou seja, de uma prova escrita, como ocorre nos ilícitos contratuais, mas também quando houver um ilícito extracontratual. Nesse último caso, a crença a respeito da existência da obrigação advém da verossimilhança, já que não há como se falar em prova documental a respeito de obrigações extracontratuais. Tal verossimilhança é obtida não apenas mediante provas incompletas ou indícios, como também pela simples credibilidade e congruência das alegações feitas em juízo. Daí porque se entende que o *référé-provision* constitui um gênero que abrange, dentre suas espécies, a condenação com reserva²²⁵.

No que diz respeito ao segundo requisito, há uma grande subjetividade em sua

²²³ “En un mot, on peut concevoir que l’on saisisse le juge des référés soit *parce qu’il n’y a pas de temps à perdre*, autrement dit lorsqu’il y a urgence, soit *parce qu’il est inutile de perdre son temps*, c’est à dire lorsque la contestation élevée par la défense est dépourvue de sérieux”. (NORMAND, Jacques. “Le traitement de l’urgence en droit processuel français: exception ou principe?”, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, tomo II, Milão: Milano – Dott.A.Giuffrè Editore, 2005, p. 1414).

²²⁴ “Juges du provisoire, les juges de l’urgence deviennent, aussi, juges de l’évidence. Dans le premier cas, ‘la justice ne doit pas perdre de temps’, dans le second cas, ‘elle n’a pas de temps à perdre’”. Formule avancée par M. Raynaud (magistrat), lors d’une conférence au Palais de Justice de Paris, le 1er mars 1984, dans le cadre de l’Association française de droit judiciaire privé (imprimerie du TGI de Paris, mais 1984). (CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. *Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil*, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1304, nota 06).

²²⁵ SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 394.

caracterização. Com efeito, a satisfação do direito material mediante a tutela antecipada ocorre, nesse caso, com base na fragilidade da defesa apresentada pelo réu, isto é, naquilo que os franceses denominam de uma contestação não séria. Note-se que para avaliar a evidência do direito, o juiz deve analisar o próprio mérito, mas sempre subordinando sua atuação à chamada contestação não séria²²⁶. Como alerta Yves Strickler, não é a mera oposição do réu à obrigação que a torna seriamente contestável. O juiz deve apreciar o valor da contestação que foi apresentada²²⁷.

O mais interessante é que essa noção vaga não é considerada um problema no sistema francês. Muito pelo contrário. A flexibilidade, decorrente da adoção do conceito jurídico indeterminado de “contestação não séria”, permite que tal forma de tutela seja tão vasta, ampla e eficiente. Diz-se, inclusive, que *la vie du référé est entre les mains des juges*²²⁸. Ou seja, que a vida desse instituto está nas mãos dos juízes, pois eles têm de decidir baseando-se em suas impressões e na noção extremamente subjetiva de *contestação séria*.

3.2.8 A noção de contestação não séria

Mas afinal, o que é uma *contestação séria* e, portanto, como se caracteriza a figura oposta, apta a autorizar a concessão do *référé-provision*? Tal entendimento é central na jurisdição dos *référés* pois se trata de um critério limitador à atuação do juiz. Quando a contestação for séria, o magistrado não poderá atuar em sede de tutela provisória. E tal controle é feito posteriormente, pela própria Corte de Cassação.

A definição não é simples. A noção de contestação séria chegou até mesmo a adquirir a reputação de algo inacessível²²⁹ e, portanto, inviável de ser aferida abstratamente.

Para Yves Strickler, a seriedade da contestação reside na dúvida que se crie a respeito do mérito do pedido principal, o chamado *fundo do direito (le fond du droit)*²³⁰. *Mutatis*

²²⁶ “Le juge doit se pencher sur le fond du litige, pour apprécier l’évidence du droit, ce qui requiert que son intervention soit subordonnée à l’absence de contestation sérieuse”. (VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 103).

²²⁷ STRICKLER, Yves. Procédure Civile, 8. édition, Bruxelles: Bruylant, 2018, p. 288.

²²⁸ COULON, Jean-Marie. Les solutions relatives à l’office du juge, *in* Le temps dans la procédure, Paris: Dalloz, 1996, p. 61.

²²⁹ NORMAND, Jacques. Action en justice; juridiction; organisation judiciaire et compétence. In: Revue Trimestrielle de Droit Civil, année 1979, juillet-septembre, n. 3, Paris: Editions Sirey, p. 654.

²³⁰ “La contestation sérieuse reside dans un doute sur le fond du droit. L’amphibologie de ce dernier mot, qui designe tant le droit subjectif (prérogative que le droit objectif reconnaît aux individus et invoquée par eux) que le droit objectif lui-même (les règles de droit), annonce la subdivision des développements suivants: la

mutandi, pode-se concluir que a contestação não séria é aquela defesa tão frágil e inconsistente que não chega a gerar qualquer incerteza ou questionamento a respeito da procedência do pedido do autor. Constitui assim uma mera alegação, destituída de sentido e força argumentativa. Considera-se também uma contestação séria aquela que o juiz não pode, sem hesitação, rejeitar em poucas palavras²³¹.

A noção de contestação não séria constitui uma espécie de farol a guiar a possibilidade ou não de atuação dos juízes do *référé-provision*. Todo o risco envolvido na antecipação de uma soma em dinheiro ou de uma obrigação de fazer é atenuado justamente pela constatação da fragilidade da defesa do réu. Isso porque a auto executoriedade das decisões de *référé* constitui, ao mesmo tempo, uma grande vantagem e um grande perigo. Em razão da celeridade e do exame superficial, há uma preocupação com a possibilidade de erro e com a dificuldade posterior na restituição dos valores. Daí a importância de se equilibrar o instituto com a exigência de um requisito específico: uma defesa inconsistente. Nas palavras de Yves Strickler, *o juiz desempenhará bem sua tarefa se utilizar a noção de contestação séria como guia*²³².

Pode-se dizer que, no sistema francês, considera-se séria a contestação que não se utiliza de argumentos manifestamente vãos²³³ para se opor ao pedido do autor. Ou seja, a defesa ganha a conotação de seriedade sempre que tiver potencial para prosperar em relação ao mérito da discussão. Nessa linha de raciocínio, a possibilidade de criação de uma incerteza é o que separa uma contestação séria de uma não séria. Jacques Normand também se utiliza da expressão *manifestamente vã* para conceituar essa forma de defesa inconsistente²³⁴.

Há ainda uma vinculação entre a ideia de contestação séria e o *fumus boni juris*. Nela, a expressão *fumus boni juris* adquire todo o seu sentido. Isto é, o juiz prejulga abertamente o mérito da pretensão. O próprio direito material, em termos de existência, é considerado como

contestation sérieuse sur la situation de fait (1), la contestations sérieuse sur la règle de droit (2)”. (STRICKLER, Yves. *Le juge des référés, juge du provisoire*. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2010, p. 66).

²³¹ CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. *Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil*, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1315.

²³² STRICKLER, Yves. *Le juge des référés, juge du provisoire*. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2010, p. 81, tradução livre.

²³³ VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. *Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale*. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 26.

²³⁴ Diz ele: “Il y a contestation sérieuse, admet-on de nos jours, dès lors que l’un des moyens de défense opposés à la prétention de celui qui s’appuie sur un droit n’est pas manifestement vain, dès lors autrement dit qu’il existe une incertitude, si faible soit-elle, sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond, s’il venait à être saisi”. (NORMAND, Jacques. *Action en justice; juridiction; organisation judiciaire et compétence*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1979, Paris: Editions Sirey, p. 654).

contestável ou não contestável. Trata-se, assim, de uma avaliação sobre a própria validade da pretensão considerada sobre o *fond du litige*, ou seja, sobre o juízo de mérito propriamente dito²³⁵.

A doutrina tem muitos exemplos. Um deles é a necessidade de interpretação de uma cláusula contratual. Isto é, se para conceder a decisão o juiz precisa interpretar uma previsão dúbia em determinado pacto, conclui-se que não se faz presente o requisito para a concessão do *référé*. Outra situação indicadora de contestação séria pode estar na invocação de uma causa excludente da responsabilidade civil²³⁶. Nesse caso, haverá uma razão para o juiz de *référé* analisar se pode ou não agir de maneira sumária. Em resumo, havendo dúvida, não cabe a atuação em sede de *référé-provision*.

O que resulta claro é que essa noção de contestação não séria é aferível apenas no caso concreto, diante das circunstâncias que envolvem cada demanda judicial e as consequentes argumentações das partes. Destaca-se, assim, a inacessibilidade de um conceito prévio e abstrato de contestação séria, a exemplo do que ocorre com a noção de urgência. Ela constitui *uma das chaves mais ilusórias do jogo dos référés*²³⁷, algo, portanto, de difícil apreensão.

Compreende-se que atribuir um único significado a tal expressão seria não apenas impossível como também equivocado. Isso porque ela *vive e se alimenta da jurisprudência*²³⁸.

Mas, todos aqueles que invocam a existência de um direito em um procedimento de *référé* devem estabelecer uma certeza a seu respeito, convencendo o julgador de que a resistência oposta à sua pretensão é, evidentemente, injustificada²³⁹. Daí a razão pela qual tornou-se notória a frase do Primeiro Vice-Presidente Draï, ao dizer que o juiz dos procedimentos de *référé* é o juiz do evidente e do incontestável²⁴⁰.

Observe-se que em todos esses conceitos há uma grande subjetividade na avaliação

²³⁵ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 515.

²³⁶ CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. Procédure civile: droit interne et européen du procès civil, 33e édition, Paris: DALLOZ, 2016, p. 1336.

²³⁷ NORMAND, Jacques. Action en justice; juridiction; organisation judiciaire et compétence. In: Revue Trimestrielle de Droit Civil, année 1979, Paris: Editions Sirey, p. 654.

²³⁸ TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorî senza accertamento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 259.

²³⁹ NORMAND, Jacques. Action en justice; juridiction; organisation judiciaire et compétence. In: Revue Trimestrielle de Droit Civil, année 1979, Paris: Editions Sirey, p. 654 e 655.

²⁴⁰ “En ce sens l’on peut dire avec le Premier Vice-Président Draï que le juge des référés est le juge de l’évident et de l’incontestable. L’évidence du droit, son incontestabilité manifeste, la certitude absolue de son existence, tel semble bien être le critère de l’absence de contestation sérieuse”. (NORMAND, Jacques. Action en justice; juridiction; organisation judiciaire et compétence. In: Revue Trimestrielle de Droit Civil, année 1979, Paris: Editions Sirey, p. 655).

judicial a respeito do que caracteriza uma contestação não séria. Mas isso, como já mencionado, é extremamente positivo, pois assegura uma flexibilidade na aplicação da regra. Na França a contestação não séria é aferível diante do caso concreto, na avaliação do que disseram as partes e na análise da lei e das provas já produzidas.

A Itália, por não adotar um sistema genérico e atípico de tutela sumária, há algum tempo destaca a importância da jurisdição de *référé* da França. Lá se afirma que essa forma de provimento jurisdicional ocupa um posto de relevo no panorama das legislações europeias que atribuem ao juiz civil um poder geral de cautela. Isto porque o juiz pode atuar, sem nenhum limite aparente, de forma ampla e desvinculada do juízo de mérito²⁴¹.

O que se percebe na Itália é que o *référé-provision* francês abrangeu a hipótese da *condanna con riserva* e foi além, instituindo uma figura mais ampla, atípica e genérica²⁴².

Uma passagem da própria doutrina francesa demonstra bem esse caráter genérico e amplo do *référé*: Yves Strickler faz referência à declaração de Cayrol, segundo o qual no sistema judiciário francês existe um *planeta référé*²⁴³. De fato, o instituto ganhou imensa popularidade e amplitude porque é célere, simples, genérico, baseado na oralidade e, acima de tudo, imediatamente eficaz. Dentre todas essas características, pode-se dizer que a simplicidade, a atipicidade e a eficácia são as grandes protagonistas desse sucesso.

Esse procedimento célere e eficaz constitui uma via para a *vazão dos litígios mais simples, para os quais parece supérfluo impor a lentidão e as custas de um processo principal*²⁴⁴.

3.2.9 A aplicação atípica e a tutela da evidência no Brasil

Comparando-se o *référé* com o *provvedimento d'urgenza* do art. 700 do Código de Processo Civil italiano, percebe-se que o instituto francês é muito mais amplo e atípico na sua

²⁴¹ ARIETA, Giovanni. I Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (1982), seconda edizione interamente riveduta ed ampliata, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985, p. 18 e 19.

²⁴² “Teniano invece a sottolineare che, nella misura in cui il *référé-provision* può contenere e contiene anche le ipotesi di condanna con riserva, l'ordinamento processuale francese, con la riforma del 1973, avrebbe o ha superato in questa materia gli ordinamenti italiano e tedesco, inserendo una norma che fa della condanna con riserva una figura atipica e generale (...)”. (SCARSELLI, Giuliano. La condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 394 e 395).

²⁴³ STRICKLER, Yves. L'évolution contemporaine du *référé* et des procédures d'injonction, RePro, v. 261, nov. 2016, p. 167 a 196.

²⁴⁴ NORMAND, Jacques. Préface à la première édition. In: VUITTON, Xavier; VUITTON, Jacques. Les *Référés*: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale (2003), 3eme édition, Paris: Lexis Nexis S.A, 2012, p. XII.

concessão, pois não são predeterminadas pela lei as situações de *periculum in mora* (*dans tous les cas d'urgence*). Além disso, ele também é atípico quanto ao conteúdo do provimento, pois o juiz pode ordenar todas as medidas que entender necessárias (*toutes les mesures*)²⁴⁵.

Por sua vez, o *référé-provision* é atípico em relação às situações em que pode incidir, uma vez que a lei autoriza sua aplicação sempre que a obrigação não for seriamente contestável. Ou seja, pouco importa a natureza do direito material discutido no processo. Havendo uma defesa inconsistente, o autor tem direito à antecipação. Com efeito, ele pode ser utilizado tanto em relação às obrigações contratuais como extracontratuais, não existindo no sistema processual uma previsão típica, nem tampouco requisitos específicos²⁴⁶. Por outro lado, sua atipicidade também se mostra presente no que se refere a todas as medidas que o juiz pode adotar. Não há, portanto, uma taxatividade ou limitação prevista pela lei. E, como já exposto, o juiz de *référé* pode antecipar até mesmo 100% (cem por cento) da pretensão da parte.

A principal vantagem do sistema atípico consiste em sua grande flexibilidade, autorizadora da antecipação. Afinal é ela quem garante uma aplicação tão vasta e tão genérica a ponto de tornar o *référé* algo extremamente popular e acessível aos jurisdicionados²⁴⁷.

No Brasil, a tutela sumária vem sofrendo uma nítida evolução. Inicialmente, ela se destinava principalmente às situações de urgência, onde houvesse *periculum in mora*. Com o tempo, foi se ampliando para admitir a antecipação da tutela baseada apenas na evidência. A propósito, reconhece-se o surgimento de *outros caminhos*, destinados a conceder a tutela jurisdicional sumária diante de situações em que o direito do autor é considerado evidente. É o caso, por exemplo, das liminares possessórias²⁴⁸.

Atualmente, considerando-se os valores fundamentais da isonomia, duração razoável do processo, efetividade e acesso adequado ao Judiciário, a tutela da evidência deve ser aplicada de forma ampla e genérica, sempre que estiverem presentes a probabilidade do direito do autor, a fragilidade da defesa e a necessidade de continuidade da instrução.

Diante dessas circunstâncias, deve ser concedida antecipação da tutela, a qual pode

²⁴⁵ BONATO, Giovanni. “I référés nell’ordinamento francese”, in *La tutela somaria in Europa – Studi a cura di Antonio Carratta*, Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 66.

²⁴⁶ CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris: Dalloz, 2007, p. 519.

²⁴⁷ “Dans l’ordre judiciaire, le succès du référé-provision ne se dément pas. Il est dû en grande partie à la souplesse de ses conditions d’application. Ainsi, l’urgence, après quelques hésitations, n’est plus exigée dans le cadre de l’article 809, alinea 2 nouv.c. pr.civ”. (STRICKER, Yves. *Le juge des référés, juge du provisoire*. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2010, p. 76).

²⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 36 e 37.

ser requerida com base nos conceitos jurídicos indeterminados do abuso do direito de defesa (CPC, art. 311, I) e da prova documental suficiente, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (CPC, art. 311, IV). Essa aplicação genérica da tutela da evidência é tratada nos capítulos 5 e 8.

4 DIREITOS EVIDENTES E AS PREMISSAS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA SEM URGÊNCIA NO BRASIL

Os direitos evidentes são aqueles que podem ser percebidos, independentemente da necessária continuidade da instrução processual, diante da probabilidade de sua existência aliada à fragilidade, presente ou pressuposta, da defesa do réu.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, *um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo*²⁴⁹. Isso significa que o que caracteriza os direitos evidentes é justamente a percepção de sua existência. Tal percepção decorre de dois fatores conjugados: a probabilidade de um lado e a fragilidade da defesa de outro. Portanto, para a aplicação da tutela da evidência, é necessário o elemento da defesa frágil, inconsistente. Observe-se que essa fragilidade pode já estar demonstrada nos autos (por uma contestação inconsistente, por exemplo) ou ser pressuposta pelo legislador, diante das peculiaridades da relação de direito material.

Em artigo publicado em 1988, Egas Dirceu Moniz de Aragão reconhecia ser possível que a solução final do processo fosse desde logo adiantada, através de medida cautelar atípica²⁵⁰, quando a ‘existência da obrigação não fosse seriamente contestável’, valendo-se da expressão do CPC francês. Dizia, então, que isso poderia ocorrer quando houvesse razoável possibilidade de o beneficiário do adiantamento ganhar o processo principal e fosse possível garantir suficientemente o outro litigante para a hipótese de ocorrer o inverso. Trazia dois exemplos históricos de antecipações de tutela no Brasil. O primeiro, ocorrido em 19 de abril de 1947, quando o Tribunal de Justiça de São Paulo não concedeu mandado de segurança impetrado contra o ato do juiz que mandara separar uma gleba de terras, concedendo desde logo a posse provisória ao comunheiro, em virtude da demora do processo²⁵¹. O segundo, em 1983, quando locatário e locador se desentenderam quanto ao valor do aluguel, tendo ocorrido autorização do juiz para o levantamento dos alugueres consignados nos autos. Isso se deu mediante medida cautelar atípica, sob o argumento da demora do processo e do direito do

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. (2017) 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 282.

²⁵⁰ Naquela época ainda não havia no Brasil a previsão da antecipação da tutela no curso do processo de conhecimento.

²⁵¹ A decisão acentuou que os condôminos “pretendem é continuar na exploração do imóvel, sem permitir que os demais usem e gozem dele”. TJSP, MS 33.801, Revista dos Tribunais 169/552 (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Medidas cautelares inominadas. In: Revista Brasileira de Direito Processual, v. 57, 1º Trim. 1988, Rio de Janeiro: Forense, p. 51).

locador em receber ao menos o valor que o locatário entendia ser devido²⁵².

Atualmente, a antecipação da tutela dos direitos evidentes está contemplada principalmente²⁵³ no art. 311 do Código de Processo Civil de 2015. Esse dispositivo disciplina a tutela da evidência e apresenta um rol de hipóteses não taxativas para sua concessão. Mas essa técnica de distribuição do ônus do tempo no processo, e a regra legal que a institui, têm por base alguns dos mais relevantes direitos fundamentais.

Com efeito, os princípios da isonomia (CF, art. 5º, caput), da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII e CPC, art. 4º), da efetividade (CPC, art. 6º), da eficiência (CF, art. 37) e do contraditório (CF, art. 5º, LV) não apenas orientam como também servem de fundamento para a antecipação dos direitos evidentes. Todos eles guardam uma relação próxima com o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e com a garantia de acesso adequado ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).

Não é demais lembrar que os direitos fundamentais não podem mais ser vistos como simples garantia e mero direito de defesa do cidadão em relação ao Estado. Hoje se compreende que se tratam de *direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização*²⁵⁴.

Além disso, o reconhecimento da importância de decisões baseadas em probabilidade (mesmo que dissociadas da urgência) e o contraponto de equilíbrio assegurado pela prestação de caução contribuem de forma significativa para viabilizar a aplicação dessa técnica de antecipação.

Os princípios constitucionais, as normas fundamentais do próprio Código e a fixação de caução constituem, portanto, as premissas para uma aplicação ampla e genérica da tutela da evidência. Eles vêm antes e lhe servem de base.

4.1 O QUE SÃO DIREITOS EVIDENTES

As razões para a celeridade na prestação jurisdicional são de duas ordens. A primeira

²⁵² A medida cautelar foi decretada perante a 1ª Vara Cível de Foz do Iguaçu, Paraná, autos nº 1.411/1983. (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Medidas cautelares inominadas. In: Revista Brasileira de Direito Processual, v. 57, 1º Trim. 1988, Rio de Janeiro: Forense, p. 51).

²⁵³ Outros dispositivos do próprio Código de Processo Civil e da legislação extravagante também prevêem a tutela da evidência. Alguns exemplos disso podem ser encontrados: nas ações possessórias (CPC, art.562), nos embargos de terceiro (CPC, art. 678), nas ações de despejo por falta de pagamento (Lei nº 8.245/91, art. 59, § 1º), nas ações revisionais de aluguel (Lei nº 8.245/91, art. 68, II) e na antecipação de uso e fruição de bem na partilha (CPC, art. 647, § único).

²⁵⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org). Processo e Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 05.

se refere à necessidade de um curto espaço de tempo para que o provimento seja útil e efetivo. A segunda se relaciona à *singeleza do litígio que dispensa e até desaconselha o caminho longo e talvez tortuoso do trâmite mais solene*²⁵⁵. No primeiro caso haverá a urgência inerente ao *periculum in mora*, a qual se verifica em relação aos potenciais direitos, sob condição de risco. No segundo, estar-se-á diante de direitos evidentes, ou seja, aqueles que podem ser percebidos, independentemente da necessária continuidade da instrução processual, diante da probabilidade de sua existência aliada à fragilidade da defesa do réu.

Os direitos evidentes já mereciam um tratamento diferenciado no sistema do Código de 1973. A propósito da possibilidade de antecipação prevista no art. 273, II do diploma anterior, Teresa Arruda Alvim afirmava tratar-se de um fenômeno *qualitativamente diferente das medidas de natureza cautelar*²⁵⁶. Realmente, a satisfação antecipada desses direitos, completamente dissociada do *periculum in mora*, decorre de uma exigência de celeridade imposta pelos próprios valores constitucionais. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, ao tratarem do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, igualmente sustentavam que *se a posição jurídica do demandante é muito mais robusta que a do demandado, deve o juiz antecipar a tutela jurisdicional com base na evidência do direito postulado (art. 273, inciso II)*²⁵⁷.

A evidência se refere à probabilidade da alegação feita em juízo, aliada à fragilidade da defesa. *Evidente significa claro, patente, óbvio*²⁵⁸. 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 da parte requerente estar com a razão alia-se à defesa inconsistente apresentada pelo réu.

Observe-se que nem sempre as definições de tutela da evidência trazem esse elemento

²⁵⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org.) Inovações do Código de Processo Civil, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 11.

²⁵⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. Nulidades do processo e da sentença (1997). 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 403.

²⁵⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 30.

²⁵⁸ ASSIS, Carlos Augusto de. Reflexões sobre os novos rumos da tutela de urgência e da evidência no Brasil a partir da Lei 13.105/2015. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.) Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório (2015), v. 4, Salvador: Editora Jus Podivum, 2016, p. 64.

da fragilidade da defesa do réu, embora essa seja uma ideia que lhe é inerente. Bruno da Rós Bodart, por exemplo, deixa transparecer o requisito do improvável sucesso do réu. Ele conceitua a tutela da evidência como a *técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável o sucesso do réu em fase mais avançada do processo*²⁵⁹.

A probabilidade do direito do autor diz respeito à aparência do direito. Ela, em conjunto com uma defesa não séria, permite a antecipação da tutela. Nesse aspecto, o processo civil – diferentemente do que ocorre no âmbito penal – satisfaz-se com o convencimento do julgador de que a existência de um fato é mais provável que a sua inexistência²⁶⁰. O modelo de constatação no juízo sobre os fatos é, portanto, o da preponderância de provas. Mas, como exposto, para a aplicação da técnica da tutela da evidência é necessário que exista uma defesa não séria ou que essa falta de seriedade possa ser antevista.

O interessante é que a evidência pode ser aferida antes do término da instrução processual. Considera-se, nessa medida, que o objeto da evidência consiste em uma desproporção ou incompatibilidade, isto é, no resultado de uma comparação²⁶¹. O evidente, em termos de tutela provisória, é o que se mostra visível, ostensivo, flagrante, ainda que possa vir a ser mais tarde reconhecido como falso. Como alerta Bruno Petit, *até mesmo as evidências podem ser enganosas*²⁶².

A evidência traduz um conceito vago, o qual normalmente é aferível à luz do caso concreto e mediante a comparação entre as alegações e provas já produzidas no processo. Salvo as exceções em que a evidência é fixada *a priori* pelo legislador, tal noção geralmente guarda relação com o que se afirma e se demonstra no palco das demandas judiciais.

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*

²⁵⁹ BODART, Bruno da Rós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 111.

²⁶⁰ KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 30.

²⁶¹ PETIT, Bruno. L'évidence. In: Revue trimestrielle de droit civil, année 1986, juillet-septembre, n. 3, Paris: Dalloz, p. 487.

²⁶² PETIT, Bruno. L'évidence. In: Revue trimestrielle de droit civil, année 1986, juillet-septembre, n. 3, Paris: Dalloz, p. 488.

*entre os litigantes*²⁶³.

4.2 O MODELO DE CONSTATAÇÃO SOBRE OS FATOS PARA A TUTELA FINAL E A PROBABILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA

Ao tratar dos vários modelos de constatação para o julgamento final, Danilo Knijnik cita os três principais como sendo: a preponderância de provas, a prova clara e convincente e a prova além da dúvida razoável²⁶⁴. Afirma então que no processo civil brasileiro, o modelo de constatação utilizado é o da preponderância de provas, isto é, a prevalência da existência do fato em relação à sua inexistência.

Tal modelo de constatação difere-se daquele aplicado no âmbito penal (cujo *standard* exigido é superior) justamente porque, nos processos civis, a possibilidade de erro em favor do autor tem a mesma importância que o erro em favor do réu. O direito material interfere, nesse aspecto, quanto aos graus de certeza necessários para cada questão jurídica. Normalmente, nos juízos cíveis, não há entre as duas partes do processo um peso maior quanto ao risco de erro judiciário. Assim, no processo civil o julgamento deve dar-se em favor da parte que vier a ser favorecida pela preponderância das provas²⁶⁵, sem a necessidade de uma prova em standards superiores, tais como prova clara e convincente ou acima da dúvida razoável. Tal questão é explorada com maior profundidade em tópico adiante, quando se analisa o mito da certeza judicial e a aferição da verossimilhança.

A antecipação da tutela em relação aos direitos evidentes pressupõe um juízo sobre os fatos constitutivos do direito do autor. Como prevê o art. 300 do Código de Processo Civil, um dos requisitos da tutela provisória é o *fumus boni juris*. Este, por sua vez, requer uma definição sobre o que é necessário para se apontar a probabilidade do direito. É preciso então buscar um critério técnico a fim de aferir a probabilidade, permitindo-se dessa forma de concessão da tutela sumária.

Ao contrário da tutela final, o que ocorre na tutela provisória é uma participação restrita das partes. Assim, para a aferição da probabilidade analisam-se as provas, mas o *juízo ainda é passível de ser modificado pela influência das partes*²⁶⁶. Esclarecem Marinoni e

²⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 227.

²⁶⁴ KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37.

²⁶⁵ KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37.

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de

Arenhart que a probabilidade, em sua acepção tradicional, se refere a um juízo sobre o objeto e não propriamente à participação e poder de influência das partes. Por isso, preferem eles utilizar a expressão *juízo provisório* ao invés de *juízo de probabilidade*.

A probabilidade consiste, portanto, em um juízo provisório sobre a existência do direito, em virtude de uma participação das partes que ainda não é ampla, ou seja, é restrita. Isso não significa que o conhecimento do juiz sobre os fatos é provável, *mas sim que as partes ainda não se utilizaram de forma plena das suas oportunidades de participação para o convencimento do juiz*²⁶⁷.

4.3 A ISONOMIA

A isonomia, assegurada pelo art. 5º, *caput* da Constituição Federal, constitui um direito fundamental que se aplica a todos os cidadãos brasileiros, pressupondo tratamento igualitário perante a lei, sempre que não existir um fator legítimo de *discrimen*. Aplicada no âmbito do processo civil, a isonomia assegura tratamento paritário entre os próprios litigantes (CPC art. 139, I) e impede distinções injustificadas no momento de aplicação da lei material ou processual.

Egas Dirceu Moniz de Aragão lembra que a regra constitucional da isonomia perante a lei implica também em uma atuação isonômica por parte do juiz²⁶⁸. Cita então Eduardo Couture, para quem a lei processual primeiro e o juiz em seguida devem proporcionar que o autor e o réu atuem no processo em um plano de igualdade²⁶⁹.

O tratamento isonômico das partes constitui um dos pressupostos para um processo justo. Nesse ponto, Cândido Rangel Dinamarco destaca que para oferecer resultados substancialmente justos, o processo há de ser *justo em si mesmo* mediante, inclusive, um tratamento isonômico aos litigantes²⁷⁰. Sem dúvida, isso é de suma importância.

2015. (2015). 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 87.

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. (2015). 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 87.

²⁶⁸ “Ora isso não passará de vãs palavras se na materIALIZAÇÃO do processo através dos atos que lhe compõem o procedimento não for acatada a regra constitucional da isonomia perante a lei, *ipso facto* perante o juiz” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Medidas cautelares inominadas. In: Revista Brasileira de Direito Processual, v. 57, 1º Trim. 1988, Rio de Janeiro: Forense, p. 57).

²⁶⁹ COUTURE, Eduardo. Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil, n. 20. In: Estudios de Derecho Procesal Civil, v. 1, 2.ed., Buenos Aires: Editora Depalma, 1978, p. 66.

²⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: volume I, 8ª ed, rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 129.

Acrescente-se ainda que a igualdade pressupõe tratamento isonômico não apenas entre as partes (em termos de paridade de tratamento) mas também em relação ao grau de demonstração da probabilidade do direito discutido em juízo. Ou seja, não se pode dar aos direitos evidentes o mesmo tratamento daqueles direitos que ainda estão na fase de demonstração de sua possível existência.

Com efeito, essa disparidade na solução processual decorre do princípio da isonomia. A igualdade material exige tratamento igual para situações iguais e, ao mesmo tempo, tratamento desigual para situações desiguais. Nesse sentido, a igualdade no processo pressupõe uma distribuição isonômica do tempo entre os litigantes. Isso deve levar em consideração o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado, o que está associado à evidência do direito alegado pelo requerente e à fragilidade da defesa do réu²⁷¹.

4.3.1 A base para o tratamento diferenciado dos direitos evidentes

A ideia de tratamento desigual para as distintas posições processuais com relação à comprovação dos fatos é defendida por Luiz Guilherme Marinoni no Brasil desde 1992, ou seja, antes mesmo da reforma de 1994,²⁷² que alterou o art. 273 do Código de 1973. Ao tratar do processo injuncional, o mesmo já destacava que um dos pontos centrais era o *respeito ao grau de probabilidade da existência do direito afirmado pelo autor, como ocorre no processo de execução*²⁷³. E, citando a doutrina de Ovídio Baptista da Silva, afirmava que a ordinaryidade deveria se limitar aos casos em que o índice de probabilidade da existência do direito de cada uma das partes fosse equivalente²⁷⁴. De igual forma, Marinoni, em 1993, sustentava inexistir devido processo legal quando a demora resultasse em sacrifício ao autor que já demonstrara *prima facie* o seu direito, com um razoável índice de probabilidade²⁷⁵. Ou seja, propunha um

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 278 e 279.

²⁷² Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

²⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória* (1992), 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 115.

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória* (1992), 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 116. O texto original de Ovídio é o seguinte: “Uma construção racional dos procedimentos deveria reservar a ordinaryidade apenas para aqueles casos em que o índice de probabilidade da existência ou não existência do direito que cada uma das partes alega possuir, seja praticamente equivalente, de modo que o juiz somente depois da instrução ultimada poderia decidir-se”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*, vol. II, (1990), 2ª edição corrigida, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 194).

²⁷⁵ Vale aqui a transcrição “De fato, se não pode existir decisão definitiva antes de discutida amplamente a lide, também não reflete o devido processo legal a demora do processo redundando no sacrifício do autor que

tratamento diferenciado diante da evidência do direito do autor²⁷⁶.

Tratando da denominada *defesa inconsistente*, Daniel Mitidiero também destacava que a tutela antecipatória fundada no art. 273, II do CPC de 1973 e *despregada da condição da urgência* visava *promover a igualdade substancial entre as partes*, pois tinha como objetivo distribuir o peso do tempo no processo *de acordo com a maior ou menor probabilidade de a posição jurídica afirmada pela parte ser fundada ou não*²⁷⁷.

Tal forma de pensar vinha igualmente retratada no Anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil de 1985, de autoria de Luís Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Junior e Sérgio Bermudes. Ali se popunha, no art. 889, II que fosse concedida a antecipação da tutela quando *a contestação oferecida pelo réu careça de consistência nos pontos fundamentais do litígio, evidenciando-se como injusto prejuízo para o autor a dilação, para final, da tutela pretendida*²⁷⁸.

Observe-se que esse raciocínio, muito bem desenvolvido na doutrina nacional por Ovídio Baptista da Silva²⁷⁹, constitui a base para o tratamento diferenciado em relação aos direitos evidentes.

Nessa mesma linha, Daniel Mitidiero afirma ser *profundamente injusto fazer com que a parte aguarde para fruição de um direito evidente à luz do direito fundamental à tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, CF)*²⁸⁰.

Sob a égide do CPC/73, Eduardo José da Fonseca Costa já destacara que quando o *fumus* mostra-se muito intenso, o juiz por uma questão ético-jurídica concede a liminar sem exigir o *periculum in mora*²⁸¹. Isso, claramente, revela um tratamento diferenciado diante de

demonstra *prima facie* o seu direito em um razoável índice de probabilidade”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 86).

²⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 87.

²⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Tutela antecipatória e defesa inconsistente*. In: ARMELIN, Donaldo (coord). *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 337.

²⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 87.

²⁷⁹ “As técnicas de sumarização são, invariavelmente, baseadas no reconhecimento assumido pelo legislador de que, em determinadas circunstâncias, as peculiaridades do direito invocado pelo autor atribuem-lhe um elevado grau de verossimilhança, capaz de legitimar uma medida satisfativa imediata, ainda que provisória e muitas vezes até mesmo definitiva”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*, vol. II, (1990), 2ª edição corrigida, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 193).

²⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*, (2013), 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 157.

²⁸¹ “É como se o ‘excesso’ de *fumus boni juris* deformasse o campo de gravidade das tutelas de urgência e

um direito evidente. Na mesma linha, Luiz Fux afirma que a ausência de resposta a um direito evidente constitui por si só uma lesão²⁸².

Referindo-se ao efeito suspensivo da apelação antes da reforma na Itália, Federico Carpi indagava qual seria a *ratio* que conduz o legislador a permitir, em alguns casos, a execução provisória da sentença²⁸³. Em resposta, admitia que situações desiguais recebessem tutela desigual, pelo menos enquanto perdurasse o princípio da normal não executoriedade da sentença de primeiro grau. Afirmava, assim, haver a possibilidade de a execução imediata privilegiar a celeridade para se alcançar desde logo o bem da vida, valorizando o juízo de primeiro grau, o qual deixava de ser visto como uma anticamera do eventual juízo de apelação²⁸⁴.

A razão que autoriza a imediata realização de direitos, antes do trânsito em julgado ou antes mesmo da cognição exauriente, reside no princípio da igualdade e no seu corolário que exige tratamento desigual para situações desiguais.

Como bem destaca Natalino Irti referindo-se ao movimento das normas especiais, *o princípio da igualdade leva não mais em direção à uniformidade, mas em direção à diferenciação*²⁸⁵.

4.3.2 A *ratio* da diferenciação: direito material ou direito processual

No que concerne à execução provisória, a *ratio* do tratamento desigual pode residir tanto em circunstâncias processuais, como naquelas decorrentes do direito material, isto é, da natureza substancial da relação jurídica. Assim, por exemplo, nas ações de locação, a própria lei autoriza que a sentença que decreta o despejo tenha eficácia imediata. Isso se dá em virtude da natureza material da relação locatícia, a qual exige celeridade na desocupação do imóvel. O mesmo ocorre em relação às decisões que condenam a pagar alimentos ou que decretam a interdição, cuja natureza do direito buscado em juízo impõe um tratamento diferenciado (CPC,

afastasse do *periculum in mora* o centro de equilíbrio do sistema. Nesse sentido, a despeito da letra fria dos textos de lei sobre concessão de liminares, tem-se a séria impressão de que os magistrados agem, aqui, conforme uma pauta ético-jurídica não plasmada explicitamente nos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973: a evidência palmar do direito lesado importa na injustiça da espera”. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O ‘direito vivo’ das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74).

²⁸² FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 309.

²⁸³ CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 193 e 194.

²⁸⁴ CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 194.

²⁸⁵ IRTI, Natalino. *L’Età della decodificazione*, quarta edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 95.

art. 1.012, §1º, II e VI).

Observe-se que a eficácia imediata da sentença, nesses casos, decorre do reconhecimento das circunstâncias especiais que envolvem aquele direito tutelado em juízo. Há uma situação no mundo dos fatos que exige um procedimento mais célere e impõe o afastamento do efeito suspensivo automático da apelação. Por outro lado, pode haver uma razão de direito processual para essa eficácia imediata. É o que ocorre em relação ao capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória. Nessa parte, a decisão judicial não estará sujeita ao efeito suspensivo da apelação (CPC, art. 1.012, § 1º, V).

Em relação à tutela da evidência, pode-se perceber que a *ratio* pode residir tanto no direito material, quanto no direito processual. Na maioria dos casos, o que se verifica é uma distinção que não se baseia na natureza do direito (material) tutelado em juízo, mas sim na equiparação entre o que foi alegado e provado por cada uma das partes. O que autoriza, normalmente, a eficácia imediata da decisão de tutela da evidência é a equiparação entre as posições processuais das partes. Assim, de um lado, vê-se um autor que já fez prova suficiente do fato constitutivo²⁸⁶ de seu direito e, de outro, um réu que apresentou uma defesa inconsistente, requerendo produção probatória. Nessas circunstâncias, aferíveis em virtude das posições processuais (e não necessariamente da natureza do direito material), conclui-se que a decisão merece ser imediatamente antecipada.

Aí reside a amplitude e a utilidade da tutela da evidência. Independentemente da natureza do direito tutelado em juízo, se este já se encontra suficientemente comprovado de modo a demonstrar a sua plausibilidade e se existe uma defesa não séria, a medida antecipatória deve ser concedida.

Em outros casos, porém, em virtude da natureza do direito material, a evidência é antevista e estabelecida *a priori* pelo legislador. É o que ocorre, por exemplo, nas liminares possessórias (CPC, art. 562), nos embargos de terceiros (CPC, art. 678), na locação (Lei nº 8.245/91, art. 59, § 1º e art. 68, II) e na antecipação de uso e fruição de bem na partilha (CPC, art. 647, § único), conforme abordado adiante.

4.4 A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Comparando a atuação da ciência processual com a atividade nos laboratórios de

²⁸⁶ O fato constitutivo consiste naquele fato específico do qual deriva o efeito jurídico esperado. A propósito da noção de fato constitutivo, vide LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile: principi* (1955). 8 edizione a cura di Vittorio Colesanti ed Elena Merlin, Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 320.

pesquisa, Egas Dirceu Moniz de Aragão afirma que o ideal seria *agir sem pressa*. Lembra, contudo, que *a solução do litígio não pode aguardar o resultado perfeito, pois, enquanto não vem, a vida corre e as partes sofrem prejuízos*²⁸⁷.

A Constituição Federal, ao prever no art. 5º, XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, estabelece o direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva. E, para tanto, não se pode prescindir da exigência de uma duração razoável do processo.

Muito mais do que uma norma fundamental com relevância processual, a duração razoável constitui um dos pressupostos do devido processo legal. Isso porque não se pode conceber um processo legal justo e adequado (CF, art. 5º, LIV), sem a correlata exigência de um breve espaço temporal. Tanto é assim que José Rogério Cruz e Tucci, ao se referir ao devido processo previsto na Constituição Federal, inclui o requisito desse *lapso temporal razoável*²⁸⁸.

4.4.1 Retrospecto desse direito fundamental

Antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a qual acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Carta Magna²⁸⁹, já vigorava em nosso sistema a exigência de um processo com duração razoável.

Isso decorria da própria garantia do devido processo legal e da busca por efetividade. A propósito, Barbosa Moreira dizia que a técnica bem aplicada poderia constituir instrumento precioso a serviço da efetividade²⁹⁰. Ela, a efetividade, sempre esteve profundamente ligada à garantia constitucional de acesso à jurisdição e à duração razoável do processo. Nesse sentido, Egas Dirceu Moniz de Aragão, em palestra proferida no início dos anos 90, afirmou não ser suficiente facultar o acesso ao Poder Judiciário e deste exigir o julgamento justo; é preciso que para obtê-lo sejam concedidos meios (*remedies*) efetivos²⁹¹. E, complementando, disse que o

²⁸⁷ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. II, arts. 154-269, 9ª ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 79.

²⁸⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. As garantias constitucionais do processo civil no aniversário dos 30 anos da Constituição Federal, Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXVIII, n. 140, nov/2018. p. 84.

²⁸⁹ CF, art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

²⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 77, Jan-Mar 1995.

²⁹¹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Garantias fundamentais da nova Constituição, In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 184, Abr-1991, p. 103.

*remédio efetivo só o é quando proporciona resultado em prazo razoável*²⁹².

Com efeito, a tempestividade da prestação jurisdicional é um dos elementos que constituem o devido processo legal. O Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é um dos signatários, já assegurava esse direito fundamental antes da própria emenda constitucional nº 45. O tratado adquiriu vigência internacional em 18 de julho de 1978 e teve seu texto aprovado no direito brasileiro pelo Decreto nº 27, de 26 de maio de 1992, com a respectiva carta de adesão em 25 de setembro do mesmo ano. Posteriormente, com a publicação do Decreto nº 678, de 09 de novembro de 1992, o Pacto de San José foi promulgado e incorporado ao sistema jurídico nacional²⁹³. No art. 8º, 1 da referida convenção se estabeleceu que toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável.

Vale lembrar que, desde a Constituição do Império, em 1824, o Brasil já reconhecia a necessidade de observância de um prazo razoável para a duração dos processos²⁹⁴.

De qualquer forma, a partir de 2004 e seguindo uma orientação mundial, a Constituição de 1988 passou a prever expressamente a garantia de um processo judicial e administrativo sem dilações indevidas²⁹⁵. E agora, com o Código de Processo Civil de 2015, o legislador infra-constitucional fez prever no art. 4º que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Ou seja, não basta que o processo seja concluído dentro desse espaço de tempo considerado adequado, é preciso que a satisfação do direito, mediante o cumprimento da sentença, ocorra igualmente dentro de um breve período.

Olhando para trás, não há como deixar de mencionar que esse princípio já estava inscrito na Magna Carta, do Rei João Sem Terra, de junho de 1215. Ali, o art. 40 dispunha que *para ninguém se venderia, recusaria ou atrasaria direito ou justiça*²⁹⁶.

²⁹² MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Garantias fundamentais da nova Constituição, In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 184, Abr-1991, p. 103.

²⁹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 86.

²⁹⁴ Constituição Imperial de 1824, Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...) VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Vilas, ou outras Povoações pr

²⁹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. As garantias constitucionais do processo civil no aniversário dos 30 anos da Constituição Federal, Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXVIII, n. 140, nov/2018. p. 89.

²⁹⁶ No original: *To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice*". (JOBIM, Marco Félix. Cultura, escolas e fases metodológicas do processo, 3ª ed, rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 73).

Mais recentemente, em 1950, a Convenção Europeia pela Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais estabeleceu o direito ao prazo razoável em seu art. 6º, § 1º, ao prever que qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial²⁹⁷.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, igualmente consagrou o direito a um processo justo, com inúmeras garantias as litigantes, dentre elas a do julgamento em um prazo razoável²⁹⁸.

Conforme o entendimento da Corte Europeia dos Direitos do Homem, são três os critérios para a aferição desse tempo razoável e, conseqüentemente, para a constatação de uma indevida dilação processual: a) a complexidade do tema; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores; c) a atuação do órgão jurisdicional. Só após a análise desses três elementos pode-se chegar a uma conclusão adequada a respeito da demora²⁹⁹.

Digna de nota ainda é a reforma constitucional italiana, ocorrida em 1999, a qual fez inserir no art. 111 da Constituição que o *giusto processo* engloba a sua duração razoável³⁰⁰. De igual forma, a criação da *Legge Pinto*, nº 89, de 24 de março de 2001, a qual previu e disciplinou as demandas indenizatórias em virtude dos atrasos processuais, estabelecendo que o processamento se daria perante as próprias Cortes italianas³⁰¹.

O problema da morosidade processual é, na verdade, universal. Não se limita ao Brasil

²⁹⁷ Diz o inteiro teor do dispositivo: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecida pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”. (JOBIM, Marco Félix. Cultura, escolas e fases metodológicas do processo, 3ª ed, rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 75).

²⁹⁸ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. A razoável duração do processo, (2009), 2ª ed., rev. ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 38.

²⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 68.

³⁰⁰ Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

³⁰¹ Nesse sentido, esclarece Paulo Hoffman que foram tantos os processos por atraso processual perante a Corte Europeia que se causou uma morosidade da própria Corte, a qual não conseguia mais julgar os seus casos em tempo adequado. Isso fez com que a Itália tivesse que aprovar rapidamente uma lei que permitisse o ajuizamento dessas demandas perante os próprios tribunais italianos. (HOFFMAN, Paulo. Razoável duração do processo, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 52 e 53)

e nem ocorre apenas nos países em desenvolvimento. É algo que atinge todos, em diversos países, inclusive naqueles considerados mais desenvolvidos e avançados. Já dizia Barbosa Moreira que a crença de que se tratava de um problema exclusivamente brasileiro constituía um mito, dentro da ideia também equivocada de que deveria haver *rapidez acima de tudo*³⁰².

4.4.2 O cerne desse direito fundamental

O direito fundamental à tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV) pressupõe, necessariamente, que essa proteção se dê de forma adequada e efetiva, isto é, que esteja atenta às necessidades do direito material e que se realize em tempo hábil³⁰³. Com efeito, a garantia de acesso pressupõe uma resposta útil, eficaz, tempestiva e adequada³⁰⁴. O mesmo se pode dizer em relação ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) pois *não é ‘devido processo legal’ aquele que pela sua demora permite o sacrifício do direito do autor*³⁰⁵.

Mas não se pode ignorar que *processar um feito em prazo razoável exige acima de tudo um bom juiz-administrador*³⁰⁶. Logo, acesso aos tribunais, tutela jurisdicional adequada, efetividade, devido processo legal³⁰⁷, eficiência e processo em tempo razoável são valores intrinsecamente conectados.

Reconhece-se ainda uma certa interação necessária entre efetividade, segurança jurídica e duração razoável do processo³⁰⁸. Com efeito, um processo não pode ser efetivo sem oferecer a garantia da correta aplicação do direito material (segurança jurídica) e sem assegurar

³⁰² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual, oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 02.

³⁰³ MITIDIERO, Daniel. Processo civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 92.

³⁰⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil coletivo/Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 40.

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 83.

³⁰⁶ ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 120.

³⁰⁷ A propósito da relação entre devido processo legal e celeridade: “De fato, se não pode existir decisão definitiva antes de discutida amplamente a lide, também não reflete o devido processo legal a demora do processo redundando no sacrifício do autor que demonstra *prima facie* o seu direito em um razoável índice de probabilidade”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 86).

³⁰⁸ Essa interação é explicada por Marco Félix Jobim, o qual conclui que todas elas são garantias de um processo justo. (JOBIM, Marco Félix. O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2 ed., rev. e ampl, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 105).

que isso ocorra de forma célere (duração razoável).

Há, por outro lado, um dever por parte da própria Administração Pública em assegurar o respeito a esse direito fundamental, independentemente das dificuldades de orçamento ou de estrutura. Nesse sentido, diz-se que a insuficiência dos meios colocados à disposição ou o grande volume de trabalho pode servir para isentar a responsabilidade pessoal dos juízes pelos atrasos, mas não a da Administração Pública³⁰⁹. Nesse aspecto, Antonio do Passo Cabral lembra que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao julgar o caso Buchholz³¹⁰, afirmou que admitir desculpas estruturais para justificar a não aplicação do princípio da duração razoável seria o mesmo que transformar em “devida” a “indevida” administração da justiça³¹¹.

O fenômeno da globalização e a maior velocidade nas formas de comunicação (rede mundial de computadores, aplicativos de mensagens, celulares) gera um anseio ainda maior para a rápida solução dos processos judiciais e administrativos³¹².

Interessante observar que existe uma relação direta entre a duração razoável do processo e a própria justiça ou, melhor dizendo, a correção das decisões. Como esclarece Sergio Chiarloni, isso decorre não apenas da injustiça de uma sentença concedida além de um prazo suportável, mas também porque quando se passa muito tempo entre a instrução probatória e a sentença, diminui a probabilidade de uma correta valoração da prova³¹³. Ou seja, o espaço de tempo que se coloca entre a produção da prova e a sua análise judicial torna-se prejudicial e contraproducente.

Assim, o problema não se limita à injustiça da espera. O espaço de tempo existente entre as alegações das partes, a produção da prova e a decisão judicial mostra-se também extremamente prejudicial à própria precisão e justiça da prestação jurisdicional. Essa é uma realidade pouco analisada e debatida.

³⁰⁹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*, (2009), 2ª ed., rev. ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 300.

³¹⁰ Buchholz c. Alemanha, j. 06.05.1981.

³¹¹ CABRAL, Antônio do Passo. *A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo Código de Processo Civil*, In: DIDIER JR, Fredie et al (coord.) *Normas Fundamentais*, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 93.

³¹² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, (1992), 12ª ed, rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 361.

³¹³ Vale transcrever essa passagem em sua versão original: “Ma anche la ragionevole durata ha a che fare con la giustizia della decisione. Non solo per il connotato di ingiustizia che inquina la sentenza giusta, intervenuta per così dire fuori tempo massimo, magari dopo lustri dall’episodio della vita che ha dato origine alla controversia. Ma anche perché, se passa molto tempo tra l’istruzione probatoria e la decisione, diminuiscono le probabilità di corretta valutazione delle prove”. (CHIARLONI, Sergio. *Giusto processo, garanzie processual, giustizia della decisione*. In: *Revista de Processo*, vol. 152, Out/2007, p. 87-108).

4.4.3 Duração razoável e contraditório

Há, naturalmente, uma linha para a aferição do tempo na prolação das decisões judiciais. Nela, o ideal é que a decisão não ocorra nem de uma forma muito precipitada (sem ouvir o réu, por exemplo)³¹⁴, nem tampouco extremamente demorada. O respeito ao contraditório antes da prolação da decisão, por exemplo, é a realidade dos procedimentos de *référé-provision* na França. Ainda que extremamente ágeis, tais provimentos só são concedidos após a prévia manifestação do réu. Saliente-se que nos casos mais urgentes, o prazo de manifestação é estabelecido em horas, mas sempre se oferece essa oportunidade de defesa. O contraditório constitui, portanto, um princípio inderrogável nessa forma de tutela provisória. Isso é extremamente positivo e seguro.

Conciliar a celeridade processual com o contraditório prévio é não apenas possível, como desejável. Nesse sentido, importante destacar que os procedimentos de *référé-provision* do sistema francês asseguram a obtenção de uma decisão favorável e seu cumprimento dentro de um prazo que varia de 2 (duas) a 4 (quatro) semanas³¹⁵. Isso é simplesmente notável. Não é à toa que essa agilidade, aliada à sua simplicidade, tornou o instituto extremamente popular e prestigiado.

No Brasil, a tutela da evidência pode muito contribuir para o respeito a esse direito fundamental da razoável duração dos processos. Não apenas porque ela estimula dos comportamentos não protelatórios e a realização dos acordos, mas primordialmente porque reduz o peso do ônus do tempo processual. Ao antecipar a satisfação do direito do autor, a tutela da evidência faz com que o atraso, decorrente de dilações indevidas, por exemplo, se torne um problema exclusivo do réu. Sim, pois na medida em que o resultado prático do processo é alcançado pelo autor, o decurso do tempo deixa de ser aquela sombra perturbadora e inquietante.

A técnica da antecipação, ao permitir a satisfação imediata do direito do autor, atua como um bálsamo para atenuar a angústia e o sofrimento de quem espera.

4.5 A EFETIVIDADE

³¹⁴ O presente trabalho parte do pressuposto de que é possível conciliar celeridade com contraditório prévio, como se expõe em tópico específico.

³¹⁵ CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. *Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil*, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1336 e 1337.

Considera-se efetiva a prestação jurisdicional que assegura a possibilidade de se obter os resultados concretos de satisfação do direito material. Vale sempre lembrar a clássica lição de Chiovenda, segundo a qual o processo deve proporcionar a quem tenha razão, até onde seja possível, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir³¹⁶. Em outros termos, efetividade judicial consiste em um potencial para criar condições de reconhecimento e implementação dos direitos subjetivos.

Processo efetivo é aquele que, *observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material*³¹⁷. Seu potencial de efetividade refere-se à situação do *optimum* na proporção que tende a fazer coincidir a situação concreta com a situação abstrata prevista na norma material³¹⁸. Logo, o processo será tão mais efetivo quanto menor for a distância entre o que prevê a regra de direito substantivo e aquilo que seja possível obter no dia a dia da vida dos jurisdicionados. A angústia dos processualistas consiste justamente em eliminar ou encurtar essa distância, a fim de evitar que *a epopeia se resolva ingloriamente numa journée des dupes*³¹⁹.

Não há como negar também uma aproximação entre efetividade e eficiência, na medida em que ser efetivo traduz a *aptidão para desempenhar, do melhor modo possível, a função própria do processo*³²⁰. Essa relação é abordada a seguir.

4.5.1 Efetividade, eficácia e eficiência

Contudo, analisando-se mais de perto o conceito de efetividade, é possível estabelecer uma clara distinção entre eficácia, eficiência e efetividade. Nessa linha, compreende-se por

³¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Saggi di diritto processuale civile, v. I, Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 110.

³¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual (2006). 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

³¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: Temas de direito processual: segunda série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21.

³¹⁹ Barbosa Moreira utiliza a expressão “journée des dupes” (dia dos logrados), a qual tem origem na história da França e denomina o dia 11 de novembro de 1630, quando restaram frustradas as expectativas daqueles que pretendiam derrubar do poder o Cardeal de Richelieu. Faz assim uma bela comparação com a frustração típica dos jurisdicionados (logrados) que tendem a acreditar no cumprimento das promessas da lei material. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: segunda série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 22).

³²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A efetividade do processo de conhecimento. In: Revista de Processo, São Paulo, ano 19, v. 74, abril-jun 1994, p. 128.

eficaz aquilo que tem a aptidão para produzir efeitos; por eficiente a atividade que guarda uma boa relação entre os meios empregados e os resultados obtidos; e, finalmente, por efetivo o que atende os objetivos de alguma norma ou previsão legal³²¹. Assim, embora sejam próximos, os conceitos possuem suas especificidades próprias³²².

A prestação jurisdicional, por exemplo, pode ser efetiva sem ser eficiente. É o que ocorre quando o processo assegura ao jurisdicionado a realização do que está contido no direito material, mas tal satisfação se dá mediante um emprego exagerado de tempo, de recursos humanos ou materiais.

Por sua vez, um processo eficiente é aquele que apresenta resultados concretos, com pouco dispêndio de tempo ou recursos. Mas, sendo eficiente, ele será necessariamente efetivo³²³.

Considera-se efetivo o processo que *realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente*³²⁴. Em outras palavras, para ser efetivo, o processo tem de assegurar a satisfação do direito material, tal qual ocorreria caso não tivesse havido a resistência injustificada do adversário.

Enquanto a efetividade relaciona-se apenas com a obtenção dos resultados desejados, a eficiência implica sempre em uma correlação entre o que se alcançou e o que foi necessário utilizar ou fazer nesse *iter*.

4.5.2 Efetividade e celeridade

A efetividade da tutela jurisdicional pressupõe, naturalmente, uma adequação dos meios e das técnicas processuais às necessidades do direito material, além de uma atuação dentro de um prazo razoável. Há, portanto, estreita ligação entre efetividade e a garantia constitucional prevista no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, embora não se possa caracterizar uma prestação como efetiva apenas em virtude do tempo de duração do processo. O processo pode ser célere, sem ser efetivo. Nesse sentido, considera-se que *tutela efetiva não*

³²¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie [et al], Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 366 e 367.

³²² Vide a propósito COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 121, Mar-2005, p. 282.

³²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie [et al], Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 377.

³²⁴ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 18 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 104.

*é sinônimo tão-somente de tutela prestada rapidamente; agora, seguramente, não é efetiva a tutela prestada destempo*³²⁵.

Esse tempo razoável pressupõe a ideia de um tempo adequado, não necessariamente de um tempo curto. É por isso que se deve ter um certo cuidado quando se fala em prestação célere. Nos casos em que houver probabilidade e defesa for frágil, obviamente tempo adequado implica a concessão da tutela da evidência.

O custo temporal do processo compromete, ao mesmo tempo, sua efetividade e eficiência. A primeira porque reduz a qualidade da prestação jurisdicional diante da morosidade e do conseqüentemente agravamento do conflito. A segunda porque multiplica os custos do acompanhamento processual³²⁶.

Embora possam ser consideradas co-autores na construção de um devido processo legal, efetividade e celeridade são valores autônomos e que guardam suas individualidades. Em célebre conferência, proferida há quase vinte anos, Barbosa Moreira já destacava que *se uma Justiça lenta é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa*³²⁷. Efetividade, portanto, se refere principalmente à capacidade de produzir os resultados desejados no plano do direito material e inclui, obviamente, a aptidão de fazê-lo dentro do menor espaço de tempo possível. Mas celeridade não significa necessariamente boas decisões.

A qualidade da prestação jurisdicional não pode ser desconsiderada. Os julgadores são seres humanos e, se pressionados em termos de tempo, podem ficar propensos a cometer erros³²⁸.

Essa é a razão pela qual o valor da efetividade processual guarda íntima relação com a busca de soluções concretas, no plano do direito material. Pode-se dizer que será efetivo o processo que assegure a possibilidade de alcance da satisfação da pretensão material. É a obtenção da chamada *justiça do caso*, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³²⁹.

³²⁵ MITIDIERO, Daniel. Processo civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 94.

³²⁶ ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 127.

³²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual, oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 02.

³²⁸ NG, Gar Yein, Case management: procedural law v. best practices. In: RHEE, C.H. van; UZELAC, Alan. Civil Justice between efficiency and quality: from ius commune to the Cepej. Cambridge: Intersentia, 2008, p. 124.

³²⁹ “No plano jurisdicional, importa fundamentalmente organizar o processo e melhor instrumentalizar a realização do direito material, para alcançar a justiça do caso”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). Estudos de direito

O volume excessivo de demandas e as falhas estruturais do Poder Judiciário são frequentemente apontadas como causas relevantes para a morosidade e falta de efetividade. Sem dúvida, essas dificuldades da vida real dos jurisdicionados impedem, ou ao menos reduzem, a atuação judicial nos moldes desejados. Basta ver que o problema não se limita à demora na prolação das decisões. É imperioso perceber que a própria qualidade da prestação jurisdicional cai vertiginosamente quando os operadores se deparam com cargas oceânicas de processos. Como bem identificado, isso afeta a *qualidade do produto, sacrificando a curiosidade intelectual e a reflexão madura à pressão das pautas intermináveis*³³⁰. Dessa forma, o drama vivido pelos jurisdicionados não se restringe a esperar mais tempo pela decisão judicial, mas envolve ainda as características defeituosas do próprio provimento.

Em um sistema judicial efetivo, o direito fundamental de acesso à justiça pressupõe uma tutela eficaz e que possa ser prestada dentro de um prazo razoável³³¹. Não pode haver garantia de adequada tutela judicial se não houver a produção de resultados concretos e satisfatórios. O Poder Judiciário e os magistrados são os *depositários das esperanças das legiões de moleiros Sans Souci, que diariamente lhes batem às portas*³³² e por isso se deve exigir deles uma atuação célere e que verdadeiramente solucione os conflitos. Só assim se terá preservada a credibilidade e o apreço que os cidadãos devem manter pelas Cortes.

4.5.3 Efetividade e nível de exigência da prova: o *excesso do muito pouco* e o *excesso do muito cheio*

O conceito de efetividade é tão amplo e de difícil desenho que se torna mais fácil perceber quando um processo não é efetivo. E aqui é que entra em cena a existência dessa

processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 438.

³³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 77, Jan-Mar 1995, p. 171.

³³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade e processo de conhecimento. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 96, Out-Dez 1999, p. 60.

³³² Palavras de Egas Dirceu Moniz de Aragão que merecem transcrição: “Considerando que o remédio efetivo só o é quando proporciona resultado em prazo razoável, a Corte Européia dos Direitos do Homem pronunciou a 7 de julho de 1989 julgamento da maior relevância, no qual declarou ocorrente a violação do art. 6º, 1, da Convenção e por isso condenou o Estado espanhol a indenizar o litigante prejudicado pela demora injustificável do processo que instaurara perante a justiça local. Essa decisão abre rumos para o exame da efetividade da garantia de acesso aos tribunais e constitui contrapartida das garantias outorgadas ao Poder Judiciário. Se este, e os magistrados que o consubstanciam, são providos de prerrogativas, que asseguram sua independência, e são tradicionalmente os depositários das esperanças de legiões de moleiros Sans Souci, que diariamente lhes batem às portas, é essencial que deles se exija o julgamento em prazo razoável, sem o que o jurisdicionado ficará ao desamparo e a justiça terá faltado em sua mais importante missão”. (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Garantias fundamentais da nova Constituição, In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 184, Abr-1991, p. 97-105).

premissa para a tutela da evidência. Na grande maioria das vezes, um processo que exige uma quantidade exagerada de provas para a satisfação da pretensão, não é um processo efetivo. Sim, pois se eu preciso apresentar um número excessivamente alto de elementos probatórios para convencer o julgador a respeito da existência do meu direito, certamente a fruição desse direito no plano material será prejudicada. O aspecto processual e material do ordenamento jurídico se interrelacionam e criam uma maior ou menor dificuldade para a implementação dos direitos. Dito de outra forma, um excesso de exigências comprobatórias dificulta e retarda o reconhecimento e fruição de um direito subjetivo. Nesse mesmo raciocínio, um sistema mais frouxo, no que diz respeito aos níveis de exigibilidade da prova, garantirá uma aplicação do direito mais efetiva, ainda que com certo risco.

A tutela da evidência é caracterizada por uma técnica que permite a antecipação dos direitos prováveis, antes mesmo do final da instrução processual. Justamente por isso, ela antecipa, apostando em um resultado final. Mas essa aposta, é bom que se diga, não é aleatória. Ela se baseia na alta probabilidade da existência do direito, aferível mediante dois ingredientes: a carga probatória já produzida pelo autor e a fragilidade da defesa do réu. Trata-se assim de uma aposta racional, lógica, ponderada. Isto porque, presentes esses elementos, em regra geral haverá a vitória final do autor. Como na clássica lição de Chiovenda, o juiz deve decidir com base no que *normalmente acontece* e não com base em *tudo o que pode acontecer*³³³. Logo, permite-se a antecipação da satisfação dos interesses da parte que requer a tutela jurisdicional.

Um processo que permita, antes do final da instrução, a satisfação do direito que provavelmente será contemplado pelo ordenamento, mostra-se não apenas célere, mas também efetivo. Afinal, não terá sido necessário o exaurimento dos meios inerentes ao convencimento judicial. Superada uma parte do caminho, surge uma rota alternativa que abrevia, em vários quilômetros, a distância a ser percorrida. Se a pergunta for a respeito da absoluta segurança do atalho, sem dúvida a resposta será negativa. Por outro lado, se a indagação disser respeito ao nível de satisfação de quem caminha, esta será normalmente positiva.

Em síntese, no que diz respeito ao volume de provas exigido para se autorizar a satisfação dos direitos, um processo será efetivo sempre que conseguir evitar tanto o *excesso*

³³³ Essa ideia, de grande utilidade para a tutela da evidência, é explorada em tópico específico. Mas vale registrar aqui sua síntese: em determinadas situações, a doutrina italiana admitia que a condenação, ainda que não fosse definitiva (pois sujeita à cassação), adquirisse força executiva em virtude de uma opção do legislador, baseando-se na autoridade do juízo de apelação e na raridade de reforma de suas sentenças. Esse é o ponto da doutrina Chiovendiana que merece destaque: a rara ocorrência de reforma poderia autorizar desde logo a execução. Tal raridade justificava uma autorização do legislador para a execução antes do final do processo. Admitia-se, então, que o processo pudesse se comportar conforme *o que geralmente acontece*, mais do que conforme o que efetivamente *pode acontecer*.

*do muito pouco, quanto o excesso do muito cheio*³³⁴.

4.6 A EFICIÊNCIA

A tutela da evidência guarda um vínculo forte com o princípio da eficiência, isto é, com a exigência de uma atuação voltada para uma melhor produção de resultados, mediante o menor dispêndio possível de recursos. A eficiência é, assim, considerada como a virtude de produzir um determinado efeito³³⁵. Observe-se, contudo, que a eficiência pressupõe também uma relação adequada entre o que se espera de uma atividade e os meios ou técnicas nela empregados. Assim, somente será eficiente aquela atuação que conseguir alcançar os efeitos previstos, com o menor esforço possível. A eficiência também se caracteriza pelo aumento do bem-estar individual e social, ou seja, pelo ganho utilitário marginal, produzido pela norma³³⁶.

4.6.1 O que interessa à tutela da evidência é a eficiência qualitativa

Pode-se conceber a eficiência sob o ponto de vista da quantidade de decisões proferidas, relacionando-as ao tempo, aos custos e aos meios empregados. Essa é a chamada eficiência quantitativa³³⁷. Mas, o que mais importa para o direito processual (especificamente em relação à tutela da evidência) é a eficiência qualitativa, ou seja, a relação entre a qualidade das decisões e o emprego de tempo, custos e meios. Daí porque a eficiência, assim considerada, não implica a gestão processual levando em conta apenas os números, ou seja, o aspecto quantitativo. Significa *bem administrar os recursos humanos disponíveis para o gerenciamento dos processos e bem aplicar as técnicas processuais existentes para a tutela dos direitos*³³⁸.

³³⁴ Como já exposto na abertura deste trabalho, Marie-Anne Frison-Roche destaca os dois perigos que devem ser evitados: “Ce sont deux notions-cadre qui visent à sanctionner l’excès sous ces deux formes: l’excès du trop peu et l’excès du trop plein”. (FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure, *in* Le temps dans la procédure, Paris: Dalloz, 1996, p. 22).

³³⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo (1994), 4ª ed, rev. ampl. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 60.

³³⁶ WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 138.

³³⁷ Nesse sentido, vide NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização: paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Direito Jurisprudencial, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 256 e 257.

³³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69/Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 163.

Com efeito, a eficiência *mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados*³³⁹. Ser eficiente significa adotar medidas satisfatórias para alcançar finalidades pré-estabelecidas³⁴⁰.

O princípio da eficiência foi introduzido no art. 37 da Constituição Federal em 1998, por força da Emenda Constitucional nº 19, durante a chamada Reforma do Estado. Através dele, se impôs uma diretriz à administração pública, voltada para o controle entre o custo e o benefício dos serviços. Isto é, passou a ser exigível dos setores públicos da administração do Estado (inclusive dos órgãos judiciais) uma atuação com menos gastos e mais resultados práticos. Trata-se aqui da eficiência na área administrativa de cada um dos poderes, abrangendo o Poder Judiciário.

Atualmente, para o juiz não basta ser honesto, transparente e agir de acordo com as normas aplicáveis. Dele, enquanto gestor e funcionário público exige-se competência e produtividade³⁴¹. Com efeito, como demonstra a previsão contida no art. 8º do Código de Processo Civil de 2015³⁴², tal princípio, inicialmente dirigido aos serviços burocráticos ou administrativos do Estado, passou a orientar também a atuação judicial. Consequentemente, hoje serve como guia para a gestão que os magistrados devem adotar em relação aos processos judiciais em trâmite sob sua jurisdição. O princípio da eficiência, nesse sentido, faz com que a prestação jurisdicional seja vista como um serviço e o jurisdicionado como um cliente ou usuário, cuja satisfação deve ser buscada pelo gestor³⁴³.

4.6.2 A eficiência na atividade jurisdicional e não apenas nos serviços burocráticos

Mas observe-se que a eficiência aqui proposta não se dirige a medidas administrativas

³³⁹ O esclarecimento é feito por Leonardo Carneiro da Cunha, que a partir de noções de Natalino Irti, traça uma distinção entre eficácia, efetividade e eficiência. Vide CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie [et al], Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 366 e 367.

³⁴⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie [et al], Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 371.

³⁴¹ ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 115.

³⁴² Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

³⁴³ ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 124.

que circundam a atividade judicial³⁴⁴. Essa, sem dúvida alguma, é importante, mas não constitui o foco do presente trabalho. A eficiência ora mencionada diz respeito à adoção de técnicas processuais, dirigidas à obtenção de melhores resultados na prestação jurisdicional. Trata-se, portanto, de uma eficiência voltada à própria atividade judicial, em si mesma considerada, e não às atividades administrativas ou burocráticas acessórias aos órgãos jurisdicionais. O objetivo consiste no uso de medidas jurisdicionais mais adequadas, e não nas práticas que estão no entorno dessa atividade.

Há um papel relevante do princípio da proporcionalidade, o qual pressupõe o exame da idoneidade do ato, de sua necessidade no caso concreto e de uma proporcionalidade *stricto sensu*. Não por acaso, há algum tempo a jurisprudência brasileira vem considerando a proporcionalidade nos atos do Poder Público, como um critério de exame da razoabilidade dessas medidas³⁴⁵. Assim, quer se trate de atos do legislativo, do executivo ou do judiciário, a proporcionalidade passa a ser um *filtro que permite analisar a estrita obediência à lei pelo Estado*³⁴⁶.

Existe também relação entre essa noção de eficiência e o denominado *princípio da operosidade*³⁴⁷, segundo o qual as pessoas que participam da atividade judicial ou extrajudicial *devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça*. Isso pressupõe, além de uma atuação ética dos operadores do direito, a utilização dos instrumentos e dos institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível³⁴⁸.

A ligação entre tutela da evidência e princípio da eficiência decorre do fato da possibilidade da primeira auxiliar na obtenção de comportamentos processuais mais adequados (não procrastinatórios), além de gerar um estímulo às soluções consensuais. Com efeito, a parte que sofre os efeitos da tutela da evidência (e, portanto, tem de efetuar um depósito judicial, entregar um determinado bem ou se adequar a certa conduta) tende a buscar uma composição

³⁴⁴ ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 121.

³⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil coletivo/Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.38.

³⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil coletivo/Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 39.

³⁴⁷ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, ao tratar do Acesso à Justiça, desenvolveu a ideia do princípio da operosidade, demonstrando que o Poder Judiciário deve buscar uma atuação da forma mais produtiva e laboriosa possível. (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo (1999), 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 71).

³⁴⁸ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo (1999), 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 71.

para mitigar a dimensão de seu provável prejuízo. Tal reação é inerente à alteração do *status quo* gerada pela antecipação da tutela. Ou seja, a crença na derrota faz com que as condutas processuais se alterem. É o que se expõe com mais profundidade no capítulo seguinte.

A influência das normas em relação ao comportamento das pessoas vem sendo objeto de análise há bastante tempo. Segundo a teoria econômica do direito, a escolha de determinado indivíduo é feita a partir das vantagens e desvantagens decorrentes do cumprimento ou descumprimento da lei, prevalecendo o que lhe trouxer maior benefício³⁴⁹. Por via de consequência, a alteração do *status quo* mediante a concessão da tutela da evidência poderá gerar uma conduta processual mais adequada à satisfação dos direitos.

Isso significa que a justa distribuição do ônus do tempo no processo é importante não apenas para a parte, mas igualmente para a resolução rápida das demandas e para a própria eficiência do sistema jurisdicional. A conclusão é bastante lógica: a solução consensual dos casos e a consequente extinção dos processos, além de reduzir o tempo de espera das partes, diminui o volume de litígios e tende a tornar a prestação jurisdicional mais eficiente.

4.6.3. A eficiência nas demandas individualmente consideradas

O princípio da eficiência pode igualmente autorizar a gestão do processo pelo magistrado e a utilização de técnicas processuais atípicas, em uma verdadeira flexibilização procedimental³⁵⁰. Ao citar exemplos de aplicação do princípio da eficiência no processo civil, Fredie Didier Junior menciona: a) a possibilidade de escolha do meio executivo mais satisfatório; b) a interpretação dos textos legais de forma a oferecer melhores resultados; c) a *conexão probatória*; d) técnicas de gestão como a inversão da ordem das provas; e e) divisão dos autos do processo.

Parece claro que se é possível utilizar técnicas atípicas com base no princípio da eficiência, pode-se igualmente antecipar a tutela final nos casos de probabilidade do direito e

³⁴⁹ Aprofundando essa ideia, Márcia Carla Ribeiro e Diego da Silva Campos explicam: “Quanto mais certeza o indivíduo tiver de que a aplicação da norma jurídica aumentará o dispêndio de seus recursos (dinheiro, matéria prima, tempo...), maior o impacto da norma sobre seu comportamento, pois, sendo ele racional, pautará suas condutas pela busca da opção que lhe seja mais benéfica, considerando vantagens e desvantagens”. (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência recursal no novo cpc: uma análise econômica. In: Revista de Informação Legislativa, v. 50, n. 199, jul/set. 2013, p. 43). No que diz respeito aos incentivos e alteração das condutas processuais, vide também MILLER, Geoffrey P. The Legal-Economic Analysis of Comparative Civil Procedure. In: The American Journal of Comparative Law, vol. 45, n. 4, Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context, Autumn, Oxford University Press, 1997.

³⁵⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie [et al], Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 382.

fragilidade da defesa do réu. A tutela da evidência, assim, guarda uma relação extremamente importante com o princípio da eficiência. Além de garantir efetividade ao processo (produzindo o resultado desejado pelo direito material), ela assegura o alcance desse resultado com um menor dispêndio de tempo e recursos. Permite igualmente que se obtenha comportamentos processuais mais adequados e, inclusive, serve de estímulo à composição entre as partes. Sem dúvida, com base no princípio da eficiência, é possível ampliar a aplicação da tutela da evidência.

No que diz respeito à gestão eficiente dos processos, Paulo Guilherme Mazini destaca que o direito fundamental à duração razoável deve se associar ao princípio da proporcionalidade panprocessual para permitir uma análise macroscópica do Poder Judiciário³⁵¹. Por outro lado, sustenta ainda que se o magistrado tem o dever de prevenir ou reprimir atos protelatórios ou contrários à dignidade da justiça (CPC, art. 139, III), pode também conceder tutela da evidência *ex officio*³⁵². Tal entendimento é analisado com maior profundidade em tópico adiante.

Mesmo no sistema francês, onde se admite a contratualização do procedimento e se defende a autonomia das partes para deliberar a respeito do processo judicial, há o reconhecimento da importância da gestão pelo magistrado. Diz-se que se o litígio pertence às partes, o procedimento está nas mãos do juiz³⁵³, o qual deve utilizar o serviço público da Justiça dentro de um espírito de economia. Prova disso é que as noções de economia estão na base do processo civil francês. São elas que geram o equilíbrio permanente entre a eficácia econômica e a busca de equidade procedimental³⁵⁴.

No Brasil, a contribuição que a tutela da evidência pode prestar para uma melhor gestão processual é significativa. Basta analisar o princípio da eficiência (CPC, art. 8º) e a sua derivação para o princípio da proporcionalidade. A antecipação da realização dos direitos contribui, nesse caso, para comportamentos processuais mais adequados, podendo inclusive estimular o acordo e pacificação entre as partes. E tudo isso antes do término da instrução,

³⁵¹ MAZINI, Paulo Guilherme. A técnica da evidência e a atuação de ofício do juiz na dimensão do direito fundamental à efetividade, Dissertação para obtenção do título de mestre na UFPR, 2018, p. 70. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/55976>. Acesso em 23.04.2019.

³⁵² MAZINI, Paulo Guilherme. A tutela da evidência e a atuação de ofício do juiz na dimensão do direito fundamental à efetividade, Dissertação para obtenção do título de mestre na UFPR, 2018, p. 117. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/55976>. Acesso em 23.04.2019.

³⁵³ “Si le litige appartient aux parties, la procédure est entre les mains du juge saisi qui doit user de la justice en tant que service public dans un esprit d’économie”. (CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani, *Théorie générale du procès*, 2e édition, Paris: Thémis droit, 2013, p. 852).

³⁵⁴ CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani, *Théorie générale du procès*, 2e édition, Paris: Thémis droit, 2013, p. 852.

reduzindo significativamente o tempo e os meios processuais necessários.

Não há como negar, portanto, a possibilidade de evitar a instrução completa da causa, quando se percebe que há abuso do direito de defesa ou que o desfecho será a improcedência. Conforme explica Proto Pisani, o recurso à tutela sumária não cautelar corresponde à função de evitar o custo do processo de cognição plena e exauriente na ausência de uma contestação efetiva, ou ainda à função de evitar o abuso do direito de defesa por parte do réu que não tem razão³⁵⁵. O grande sucesso do instituto do *référé* na França é justamente atribuído a razões econômicas. Nessa linha, Cécile Chainais afirma que ele está inserido dentro de uma lógica econômica, segundo a qual a satisfação das partes pode ser alcançada poupando-as de um custo adicional em termos de tempo e dinheiro³⁵⁶. Isso nada mais é do que a aplicação do princípio da eficiência.

A eficiência, nesse caso, assegura melhores resultados ao próprio processo, individualmente considerado. Mas ela também oferece soluções em termos macroscópicos. Pensando em todo o volume de demandas, a tutela da evidência pode contribuir para assegurar a resolução de alguns desses conflitos de interesses, permitindo a alocação de tempo e recursos para os demais.

4.6.4 A eficiência no volume geral de demandas

A tutela da evidência desempenha também um importante papel na gestão global dos processos. Na medida em que ela serve de incentivo à realização de acordos e, ao mesmo tempo, desestimula as condutas protelatórias, acaba por melhorar a prestação jurisdicional, vista em seu conjunto. Uma demanda a menos é uma vantagem a mais em termos de tempo, recursos financeiros e força de trabalho humano.

No projeto de Código de Processo Civil elaborado por Andrea Proto Pisani, na Itália, o artigo intitulado *Efficienza del processo civile* assegura um “emprego proporcional dos recursos judiciários em relação ao escopo da justa composição da controvérsia em um prazo razoável, tendo em conta a necessidade de reservar recursos aos outros processos”³⁵⁷. Isso

³⁵⁵ Vale aqui a transcrição do texto original: “a seconda che il ricorso alla tutela sommaria (ora esclusivamente) non cautelare, risponda alla funzione di evitare il costo del processo a cognizione piena ed esauriente in assenza di una contestazione effettiva, oppure alla funzione di evitare l’abuso di diritto di difesa del convenuto che abbia torto...” (PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. Rivista di Diritto Processuale, Padova, n. 4, ottobre-dicembre 1979, p. 573).

³⁵⁶ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 450.

³⁵⁷ É o que destaca Remo Caponi, demonstrando que o princípio da proporcionalidade constitui uma derivação

significa, que a eficiência na solução de cada conflito entre particulares não deve perder de vista a eficiência na gestão do volume geral de processos. E é precisamente também neste ponto, atinente à administração dos processos como um todo, que a tutela da evidência pode contribuir. Sua concessão de ofício, respeitada a consulta ao autor diante do regime da responsabilidade objetiva, mostra-se extremamente interessante em termos de eficiência. É o que se analisa em tópico adiante.

Na visão de Remo Caponi, os fatores fundamentais para um processo eficiente são: o fator legislativo, o fator dos recursos (meios humanos e materiais) e o fator cultural³⁵⁸. Ou seja, além de uma lei tecnicamente moderna e adequada, faz-se imperiosa a existência de uma estrutura capaz de dar conta do volume de processos, aliada a um grau de lealdade, correição e boa-fé nas condutas processuais. A concessão da tutela de evidência de ofício, nesse aspecto, pode auxiliar para reduzir o número de processos (já que estimula os acordos) ou simplesmente favorecer a adoção de condutas processuais mais leais e menos protelatórias.

Trata-se aqui da aplicação do princípio da proporcionalidade, como um critério de valoração do emprego de recursos para a obtenção de um processo eficiente, não apenas do ponto de vista dos interesses individuais de cada demanda, mas também do interesse coletivo na gestão racional do conjunto dos processos³⁵⁹. Esse é exatamente o exemplo trazido por Remo Caponi, ao mencionar o art. 1º das Rules of Civil Procedure do Reino Unido. O referido dispositivo estabelece que tratar uma causa com justiça implica também em “atribuir a ela uma quota apropriada dos recursos do juiz, tendo em conta a necessidade de reservar recursos aos outros casos”³⁶⁰.

Essa dimensão macroscópica da proporcionalidade tem sido explicada no Brasil há alguns anos por Sérgio Cruz Arenhart, para quem deve haver a consideração da relação externa

do princípio da eficiência. Vide CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas, *in* Revista de Processo, vol. 192, p. 397-415, Fevereiro de 2011.

³⁵⁸ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas, *in* Revista de Processo, vol. 192, Fev. 2011, p. 397-415.

³⁵⁹ Vale transcrever essa importante lição de Remo Caponi em sua versão original italiana: “L’applicazione del principio di proporzionalità come critério di valutazione dell’impiego di una risorsa per il conseguimento di un processo efficiente, cioè – non ci si stanca di ripetere – per il raggiungimento di un punto di equilibrio tra la protezione degli interessi individuali coinvolti nella singola vicenda processuale e la protezione degli interessi collettivi alla gestione razionale dell’insieme dei processi, può rivelarsi utile per orientar la soluzione di una serie di problemi.” (CAPONI, Remo. Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche, www.astrid-online.it/static/upload/protected/Capo/CaponiPrincipioDiProporzionalit-GiustiziaCivileAstrid.pdf, acesso em 31.03.2018.

³⁶⁰ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas, *in* Revista de Processo, vol. 192, Fev. 2011, p. 397-415.

dos processos, ou seja, a avaliação dos processos tomados em seu conjunto³⁶¹.

Mais recentemente, Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna reafirmam que o princípio da proporcionalidade não se limita ao processo considerado em si mesmo, mas abrange a atividade jurisdicional em seu volume global, a qual deve considerar a escassez dos recursos estatais³⁶². Logo, o grau de efetividade outorgado a um processo individual não pode ignorar a necessidade de se assegurar eficiência ao sistema judiciário como um todo³⁶³.

4.6.5 A concessão da tutela da evidência *ex officio*

Na medida em que a antecipação da tutela, notadamente aquela decorrente da evidência do direito, tem o condão de gerar efetividade e provocar uma mudança favorável na conduta das partes, surge a natural indagação respeito da possibilidade de sua concessão de ofício.

Tal questão é bastante discutível em nosso sistema, em virtude principalmente do princípio da demanda, da regra de congruência e do regime da responsabilidade objetiva. Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, por exemplo, entendem ser necessário requerimento do interessado. Argumentam, ainda, que esse é o teor do art. 295 ao dispor que a tutela provisória será *requerida*³⁶⁴. Ou seja, trazem esse elemento a mais (literalidade desse dispositivo legal) para afirmar a impossibilidade da concessão da tutela da evidência *ex officio*. Humberto Theodoro Junior, Leonardo Greco, Carlos Augusto de Assis e João Batista Lopes também afastam o cabimento da concessão de ofício da tutela da evidência³⁶⁵.

³⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. (2013). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 41.

³⁶² ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil coletivo/Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 45.

³⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil coletivo/Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 45.

³⁶⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie, Curso de direito processual: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, 11ª ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 606.

³⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, vol. I, 57ª ed, rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 690. GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil (2009), vol. II, 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 354; ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. Tutela Provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela da evidência; tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 174.

No âmbito da tutela de urgência, a questão parece ser solucionada de uma forma bem mais fácil. A Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) permite que as medidas sejam requeridas tanto pela vítima, como pelo membro do Ministério Público³⁶⁶. Isso significa que, mesmo não havendo requerimento específico da mulher, o membro do *parquet* tem legitimidade para pleitear a tutela provisória. Mas não é só. Indo além da literalidade do dispositivo, admite-se, inclusive, a possibilidade da concessão de medidas protetivas³⁶⁷ de urgência *ex officio*. Argumenta-se que, em situações de violência e grave risco não apenas à vítima mas também à prole, o magistrado pode agir sem provocação, valendo-se do seu poder geral de cautela³⁶⁸. Acrescente-se ainda o fato da Lei Maria da Penha ter sofrido os acréscimos da Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019, para o fim de autorizar a aplicação de medidas protetivas de urgência inclusive pela autoridade policial³⁶⁹. Tal alteração já é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6138) proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, sob o argumento de que tais atos são de competência do Poder Judiciário³⁷⁰.

Nesses casos de concessão de ofício, a medida, além de estar baseada na urgência, tem natureza cautelar. Vale aqui lembrar a distinção feita por Ovídio Baptista da Silva³⁷¹ entre medidas cautelares e medidas antecipatórias. Segundo ele, se *a parte deduz no processo algum*

³⁶⁶ Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

³⁶⁷ A maior parte das medidas previstas na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) tem natureza cautelar, tais como a suspensão da posse de arma (art. 22, I), a proibição de aproximação da ofendida (art. 22, III), a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores (art. 22, IV). Mas há outras medidas de natureza claramente satisfativa, por exemplo, a prestação de alimentos provisionais ou provisórios (art. 22, V). Parece claro que para as medidas antecipatórias, isto é, satisfativas, deve haver a anuência da alimentanda, mediante consulta do juiz, antes de sua concessão.

³⁶⁸ CARVALHO, Fabiano. Medidas protetivas de urgência na lei da violência doméstica e familiar contra a mulher. In: ARMELIN, Donald (coord). Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 480.

³⁶⁹ A Lei nº 13.827/2019 fez crescer o art. 12-C: “Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: I – pela autoridade judicial; II – pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou III – pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. § 1º. Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. § 2º. Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso”.

³⁷⁰ Foi adotado o rito do art. 12 e ainda não houve exame do mérito da referida ADI.

³⁷¹ Interessante o retrospecto histórico feito por Ovídio. Ele lembra a distinção feita pelos juristas medievais, com a utilização de dois conceitos fundamentais: o de *damnum irreparabile* (que caracterizava um estado emergencial) e de *periculum in mora* (relacionado com a natureza da causa que por sua simplicidade, relevância ou urgência da resposta jurisdicional exigiam um procedimento sumário). (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Do Processo Cautelar (1996), Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13 e 14).

*direito subjetivo, ou qualquer outra pretensão legítima, e o provimento judicial satisfaz essa pretensão ou o direito subjetivo afirmado pela parte, parece indiscutível a conclusão de que a sentença não se teria limitado a simplesmente assegurá-lo. As duas categorias são inconfundíveis: a tutela de simples segurança que se presta com a sentença cautelar é, por definição, uma forma de proteção que ainda não satisfaz, mas apenas assegura a futura satisfação do direito afirmado pelo requerente*³⁷². Na vida prática, contudo, nem sempre é simples essa distinção, havendo em alguns casos uma verdadeira *área conceitual nebulosa*³⁷³.

O que importa é que quase³⁷⁴ todas as medidas da Lei Maria da Penha têm por base a urgência. Mas não há dúvida que o cenário se torna outro quando inexistente o risco da violência ou a necessidade de uma medida de urgência. Todas as situações de evidência, portanto, diferem daquilo que prevalece em termos de atuação de ofício baseada no *periculum in mora*.

Há quem defenda que a interpretação sistemático-teleológica do CPC de 2015 (por força dos princípios da cooperação e da vedação de decisões-surpresa) afasta a possibilidade de antecipação da tutela de ofício, inclusive em casos excepcionais³⁷⁵. Ou seja, em nenhuma hipótese, seria possível tal forma de antecipação.

Por outro lado, para aqueles que veem a tutela da evidência, prevista no art. 311, I do Código de Processo Civil, a partir de um intuito punitivo, parece clara a possibilidade de sua concessão de ofício. A justificativa é clara: a *deslealdade processual não é prejudicial apenas à parte contrária, mas atinge a própria dignidade da justiça*³⁷⁶. Sendo assim, o magistrado não precisaria de qualquer requerimento para a prolação de decisão baseada no abuso do direito de defesa ou propósito protelatório da parte.

Sob a égide do Código de 1973, era possível sustentar que, pela literalidade do art. 273, a antecipação *ex officio* não seria possível. Acrescentava-se, contudo, que a partir de uma

³⁷² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Do Processo Cautelar (1996), Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12 e 13.

³⁷³ Essa expressão é de Eduardo Talamini, ao mencionar as dificuldades da diferenciação em certas hipóteses. (TALAMINI, Eduardo. Medidas urgentes (“cautelares” e “antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime jurídico único. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 02, maio de 2003, p. 15). No mesmo sentido vide TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro. In: Revista de Processo, vol. 209, Jul/2012, p. 13-34.

³⁷⁴ Diz-se aqui *quase* todas porque há exemplo de medida antecipatória e sem a presença da urgência. É o que ocorre na restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida (art. 24, I).

³⁷⁵ DELLORE, Luiz; CARACIOLA, Andrea Boari. Antecipação de tutela *ex officio*, in Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno...[et al.], São Paulo: Saraiva, 2016, p. 120.

³⁷⁶ BODART, Bruno da Rós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC, 2ª ed, rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 117.

visão constitucional do processo e voltada à efetividade, a concessão da tutela de *urgência* de ofício seria admissível. O raciocínio era o seguinte: nos casos urgentes, a falta de requerimento por um advogado ruim ou irresponsável não pode impedir o juiz de conceder a tutela quando todos os outros elementos (exceto o requerimento) estivessem presentes. Já em relação à tutela sem urgência (evidência), era possível sugerir uma emenda à inicial³⁷⁷. Essa era uma *porta que o sistema* abria para a produção regular dos efeitos, inclusive antecipadamente³⁷⁸. Mas havia quem defendesse naquela época a concessão da tutela da evidência de ofício, considerando que tal pedido estava *embutido na postulação de uma decisão para a causa*³⁷⁹.

Já em relação ao Código de 2015, quer se trate de urgência, quer de evidência, há uma restrição ainda maior no que diz respeito à sua concessão de ofício. Destaque-se que não subsiste a regra do art. 797 do Código de 1973 e que a tutela provisória atualmente pressupõe sempre requerimento da parte, harmonizando-se com o sistema de responsabilidade objetiva³⁸⁰. Essa é a posição que prevalece na doutrina. A maior parte dos processualistas rejeita a concessão de ofício da tutela da evidência, muitos deles baseando-se justamente na questão da responsabilidade por eventuais danos.

Nesse aspecto, ou seja, no que diz respeito à responsabilidade objetiva, há uma interessante ressalva. Bruno da Rós Bodart lembra que como a efetivação da medida depende de prévio requerimento da parte (art. 297, parágrafo único, combinado com o art. 513, § 1º), essa sempre será responsável pelos danos causados pela medida, mesmo nas hipóteses de concessão de ofício³⁸¹. Assim sendo, divergindo da corrente majoritária, admite a concessão da tutela de evidência de ofício. Justifica dizendo que a deslealdade processual não é prejudicial apenas à parte contrária, mas atinge a própria dignidade da justiça³⁸².

O presente trabalho parte do pressuposto de que os ideais de eficiência, efetividade,

³⁷⁷ Vale transcrever: “Se não houver tanta pressa assim, sempre me pareceu possível e desejável que o juiz determine a emenda da inicial, dando interpretação ampla ao art. 284. Não que um não-pedido de tutela antecipada enseje a rejeição da inicial; evidentemente que não. É que é essa uma porta que o sistema dá para que a postulação jurisdicional inicial seja apata no sentido de produzir seus regulares efeitos, se o caso, *antecipadamente*. (BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33).

³⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32 e 33.

³⁷⁹ FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 349.

³⁸⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil, 9ª ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 688.

³⁸¹ BODART, Bruno da Rós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC, 2ª ed, rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 117.

³⁸² BODART, Bruno da Rós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 117.

diálogo e cooperação do sistema do Código de 2015 podem autorizar a concessão da tutela de evidência, mesmo sem requerimento expresso anterior, mas desde que haja a prévia consulta à parte.

Entende-se que não há nessa concessão de ofício um desrespeito à congruência, nem tampouco um excesso em relação ao que requereu o autor. O trabalho filia-se assim ao entendimento de Daniel Mitidiero, para quem após a propositura da ação, o problema se transfere do *plano da iniciativa* para o *plano da condução do processo*³⁸³. A partir desse raciocínio, é possível concluir que a concessão da tutela de ofício não viola o princípio da demanda. Mas, como acima exposto, entende-se que a antecipação da tutela, ainda que partindo de uma iniciativa *ex officio*, só pode ser realmente concedida com a anuência da parte.

Também admitindo a concessão de ofício da tutela da evidência, Marco Antonio Rodrigues e Rafael Calmon Rangel afirmam que por se tratar de uma técnica decisória de abreviação dos efeitos do tempo, ela pode ser concedida na sentença, independentemente de requerimento das partes³⁸⁴.

Essa antecipação da tutela em um dos capítulos da sentença gera a grande vantagem de afastar o efeito suspensivo automático da apelação, uma vez que nos termos da legislação processual, começa a produzir efeitos imediatos a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória (CPC, art. 1.012, § 1º, V). Trata-se de uma forma lícita de adequar uma realidade processual que, em verdade, se mostra equivocada.

Merece destaque, nesse ponto, a enorme incoerência do sistema processual brasileiro. Observe-se que não há qualquer sentido no fato da decisão baseada em cognição exauriente (sentença) não ter eficácia imediata, considerando que a decisão baseada em cognição sumária (tutela provisória) já a possui. Mas, esse não é um defeito exclusivamente brasileiro. Ao criticar outros sistemas processuais que, de igual forma, não oferecem eficácia imediata às decisões de primeiro grau, Alan Uzelac lembra que se o risco de impor decisões erradas fosse distribuído de forma justa, o mesmo deveria ser suportado pela parte perdedora, ao invés de sê-lo pela parte vencedora³⁸⁵. Essa é uma lógica inquestionável. Afinal, por que o vencedor é quem tem de

³⁸³ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*, (2013), 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 109.

³⁸⁴ RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. *A tutela da evidência como técnica de atuação judicial*, in *Doutrinas Essenciais: Novo Processo Civil /Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr – Organizadores*. Vol. III, *Tutela Provisória*, 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1265 e 1270.

³⁸⁵ UZELAC, Alan. *Reforming mediterranean civil procedure: is there a need for shock therapy?* In: UZELAC, Alan; VAN RHEE, Cornelis Hendrik. *Civil Justice between efficiency and quality: from Ius Commune to the CEPEJ*. 1. ed. Cambridge: Intersentia, 2008, p. 91. Versão em português publicada na *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1. Janeiro a Abril/2017, trad. Pedro Gomes

aguardar pela confirmação da sentença, se o Poder Judiciário (ainda que em primeiro grau) já concluiu que é ele quem tem razão? Essa inconsistência, sob o ponto de vista racional, autoriza a utilização da antecipação para assegurar eficácia imediata às decisões de primeira instância. Inclusive de ofício, mediante consulta à parte, como se expõe a seguir.

Adotando uma orientação intermediária, Daniel Penteado de Castro sustenta ser de bom alvitre que o juiz, caso entenda pela antecipação da tutela, sugira tal iniciativa à parte, a fim de concedê-la somente mediante expresse requerimento desta³⁸⁶. Com isso estará adequando a futura medida ao regime da responsabilidade objetiva. Essa é precisamente a lição de Mitidiero, o qual ainda esclarece que a consulta prévia à parte decorre do dever de cooperação (CPC, art. 6º), o que torna possível equilibrar a iniciativa judicial (inspirada na igualdade e adequação da tutela) e o respeito à liberdade da parte. Essa parece ser a melhor solução pois atende, ao mesmo tempo, os valores da eficiência, do diálogo e da duração razoável do processo³⁸⁷.

Tal orientação é a que melhor se ajusta à tese aqui defendida na medida em que permite um estímulo à alteração dos comportamentos processuais, baseando-se não nas vontades individuais dos litigantes mas voltando-se ao interesse coletivo da busca de uma gestão mais eficiente dos processos.

De qualquer forma, quer se trate de concessão por iniciativa judicial, quer por prévio e expresse requerimento da parte, o mais relevante é que a tutela da evidência contribui para a eficiência processual. Ela permite que se alcance o resultado previsto na norma com um menor gasto em termos de tempo, esforço, recursos humanos e financeiros. Sua aplicação deve não apenas ser defendida pela doutrina, como verdadeiramente estimulada. Nesse sentido, o art. 8º das normas fundamentais deve orientar a leitura dos dispositivos que tratam da tutela da evidência³⁸⁸.

de Queiroz, p. 31.

³⁸⁶ CASTRO, Daniel Penteado de. Responsabilidade pela fruição da tutela provisória, *in* Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno...[et al.], São Paulo: Saraiva, 2016, p. 136.

³⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória, (2013), 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 110.

³⁸⁸ Como é perceptível, a tutela da evidência não se limita ao previsto no art. 311 do Código de Processo Civil. Ela está presente também nas liminares possessórias, nas ações de improbidade, nos embargos de terceiro e na própria antecipação do art. 647, § único da lei processual.

4.7 O CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório constitui a alma e a razão de ser do processo. Não pode haver sistema processual adequado se não houver a garantia do direito de resposta e a possibilidade de confrontação das alegações feitas em juízo. A cognição judicial exige, por sua própria natureza, a análise dos fatos sob vários pontos de vista. Com efeito, se o conhecimento humano é *unilateral e fragmentário por natureza, só pode tornar-se menos imperfeito na medida em que as coisas sejam contempladas por mais de um ângulo e se ponham em confronto as diversas imagens parciais assim colhidas*³⁸⁹. Admitir o contrário equivaleria a conceder voz a apenas uma das partes, desequilibrando a relação jurídico processual. Não é à toa que ao direito de ação corresponde o direito de defesa, não se devendo atribuir um peso maior ao primeiro apenas em virtude de sua antecedência cronológica. Essa é a razão pela qual as medidas *inaudita altera parte* devem constituir exceção no sistema³⁹⁰.

O contraditório é extremamente importante justamente por propiciar o aumento da amplitude da análise judicial. Ele gera um acréscimo na possibilidade de cognição e, conseqüentemente, de interpretação. A argumentação, nesse sentido, exerce uma *função complementar da interpretação. Tanto mais se argumenta, melhor hermeneuticamente se compreende*³⁹¹.

4.7.1 O contraditório não é um valor absoluto

Mas, como todos os princípios constitucionais, o contraditório não é absoluto. Tal observação tem *o sabor do óbvio*³⁹². Logicamente, nenhum dos princípios pode ser aplicado de forma isolada e sem a consideração dos demais. Em determinadas situações, surgem outros princípios ou valores que, apesar de contrapostos, têm igual importância. O respeito a todos

³⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: Revista de Processo, vol. 35, Jul-Set/1984, p. 231.

³⁹⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 194.

³⁹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Verdade e significado. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ano I, número 5, Editora Magister, mar/abr. 2005, p. 79.

³⁹² A propósito, Barbosa Moreira afirma que incidiria em grave erro metodológico quem pretendesse construir por via dedutiva, a partir de qualquer dos princípios, um sistema processual completo e fechado, que se desdobrasse em rígido encadeamento lógico até as últimas conseqüências. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: Revista de Processo, vol. 35, Jul-Set/1984, p. 238).

eles exige, então, alguma forma de conciliação. Daí porque se compreende que, diante da necessidade, decorrente da urgência ou do fator surpresa, o contraditório possa vir a ser postecipado, assegurando a concessão de uma decisão judicial antes mesmo da manifestação da parte adversa.

De qualquer forma, não há dúvidas que o ideal para o sistema é a manifestação prévia antes da decisão provisória. O contraponto que venha a ser apresentado pelo réu aumenta as chances de acerto da decisão judicial e reduz o risco de uma concepção deficiente a propósito da realidade dos fatos ou da indicação do direito. Nesse sentido, a postecipação do contraditório só se justifica em casos de extrema urgência ou quando o elemento surpresa for necessário para impedir o risco de frustração da medida.

A partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, o princípio do contraditório ganhou força, passando a ser considerado no que diz respeito ao poder de influência na formação da decisão judicial. Os arts. 9º, 10 e 489, § 1º do referido diploma são exemplos desse contraditório com poder de influência, remetendo o próprio juiz ao dever de se submeter ao contraditório. É o que prevê também o art. 16 do Code de Procédure Civile francês³⁹³. Assim, não basta apenas facultar a manifestação do réu. É necessário que tal oportunidade de participação seja levada em consideração pelo magistrado.

4.7.2 A conciliação entre tutela sumária e contraditório

No sistema francês, em que o instituto do *référé-provision* alcançou enorme alcance e sucesso, a tutela sumária é concedida mediante o respeito ao contraditório prévio, ou seja, somente após a manifestação do réu. Isso é sempre observado, ainda que em determinadas circunstâncias, o prazo de defesa seja extremamente reduzido. Essa é uma marca importante não apenas da antecipação sem urgência na França, mas de todos os procedimentos sob a forma de *référé*. Lá, a concessão de medidas sumárias mediante contraditório diferido ou postecipado, como é o caso das *ordonnances sur requête*, constitui exceção. Existe, até mesmo, um princípio de subsidiariedade entre o procedimento *sur requête* e o procedimento *en référé*³⁹⁴. O primeiro

³⁹³ Art. 16. Le juge doit, en toutes circonstances, fait observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

³⁹⁴ “La procédure sur requête ne peut être engagée que lorsque la procédure en référé n'est pas adaptée, c'est-à-dire lorsqu'il est absolument nécessaire de ne pas respecter, dans un premier temps du moins, le principe de la contradiction: il existe à cet égard un principe de subsidiarité de la procédure sur requête par rapport à

só pode ser utilizado se não for cabível a aplicação do *référé*. Assim, se a ciência da parte ré não vier a comprometer a efetividade da ordem judicial, a medida *inaudita altera parte* não poderá ser utilizada. A jurisprudência francesa exige que essa condição seja respeitada³⁹⁵.

A valorização à oportunidade de defesa é tão grande que, aos franceses, soa absolutamente normal a afirmação de que esse tipo de procedimento só pode *viver na sombra do princípio fundamental que é o contraditório*³⁹⁶. Justamente por isso, a aplicação das *ordonnances sur requête* é extremamente limitada. Ao se referir a tal exigência, Yves Strickler destaca que o *princípio que irriga o direito processual civil é o do contraditório*³⁹⁷.

Tamanha é a naturalidade da vinculação entre os procedimentos de *référé* e o princípio do contraditório que este constitui uma forma de definição daqueles. Com efeito, para explicar em que consiste o *référé*, Cécile Chainais utiliza apenas duas palavras: uma decisão provisória concedida *contraditoriamente e imediatamente*³⁹⁸.

Giovanni Bonato, examinando os *référés* no sistema francês, esclarece que a regra da instauração do contraditório prévio é ineliminável pois a medida só pode ser pronunciada após a defesa do réu³⁹⁹. Isso é algo inerente à natureza dos *référés*. Os provimentos que ocorrem antes do contraditório (*ordonnance sur requête*) constituem exceções e só se justificam nos casos em que haja uma extrema urgência ou quando seja necessário o elemento surpresa. Mas, no procedimento específico do *référé* haverá necessariamente a oportunidade para a prévia ouvida do réu. Com efeito, nem o *procédure de référé* na França, nem os *provvedimenti d'urgenza* da Itália prescindem desse direito à prévia manifestação da parte contra quem se

la procédure en référé”. (CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1312).

³⁹⁵ CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1312.

³⁹⁶ STRICKLER, Yves. Le constat sur requête avant tout procès, *in* Revue Droit et procédure, Revue des huissiers de justice, mars/avril 2006, p. 71-87.

³⁹⁷ Vale transcrever o texto original: “Le principe qui irrigue le droit processuel est celui de la contradiction. Élément du procès équitable, il fonde tant la procédure administrative, civile, que la procédure pénale sous la dénomination de ‘droits de la défense’”. (STRICKLER, Yves. Le constat sur requête avant tout procès, *in* Revue Droit et procédure, Revue des huissiers de justice, mars/avril 2006, p. 71-87).

³⁹⁸ “En deux mots, l’ordonnance de référé est une décision provisoire rendue contradictoirement et immédiatement”. (CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 251).

³⁹⁹ “La regola della preventiva instaurazione del contraddittorio è ineliminabile nel procedimento di *référé* e in questa direzione la relativa ordinanza ha un “caractère contradictoire”, nel senso che viene pronunciata solo dopo aver instaurato il contraddittorio con la parte convenuta”. (BONATO, Giovanni. I *référés* nell’ordinamento francese, *in* CARRATA, Antonio (a cura di). La tutela sommaria in Europa, Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 48 e 49).

requer o provimento⁴⁰⁰.

Como exposto, não existe nos procedimentos de *référé* a concessão de liminar *inaudita altera parte*. A parte adversa é necessariamente ouvida, ainda que isso ocorra em períodos curtos, de poucos dias ou, dependendo da urgência, de poucas horas.

A regra geral é o respeito ao contraditório prévio nas demandas que envolvam a tutela provisória. Isso é tão forte na cultura francesa que, em alguns casos, ocorrem excessos. Questiona-se, por exemplo, a exigência do respeito ao prazo de 10 (dez) dias previsto pela Lei de Imprensa⁴⁰¹, antes da possibilidade de qualquer ordem judicial de *référé*. Diz-se, nesse sentido, que esse período para a prova das acusações pode vir a causar um prejuízo irreversível. Por isso se entende que a Corte de Cassação ainda não encontrou um *justo equilíbrio entre o necessário respeito às garantias da defesa e o direito a uma proteção jurisdicional efetiva*⁴⁰².

No Brasil, não há essa mesma valorização ao contraditório prévio no âmbito das medidas sumárias. E isso é realmente lamentável. Aqui, o sistema de tutela provisória parte da ideia de contraditório postecipado. Ao tratar da divisão do tempo no processo, Egas Dirceu Moniz de Aragão critica aqueles que não hesitam em sustentar a primazia da situação do autor, em detrimento não apenas da certeza, como também das garantias processuais. Diz ele: *nesse assunto parece possível parodiar Sartre: o inferno são os réus*. E então conclui que, na verdade, *Themis deve ostentar sua balança em perfeito equilíbrio*⁴⁰³.

De igual forma, Barbosa Moreira alerta que não se deve exagerar na dose quando se trata de instituir medidas tendentes a satisfazer o direito de quem tomou a iniciativa de ir a juízo. Deve-se evitar, tanto quanto possível, a construção de um *processo civil do autor*, assim como de um *processo penal do réu*⁴⁰⁴. Na mesma linha argumentativa, Paulo Henrique dos Santos Lucon apresenta o que denomina de *crítica respeitosa ao culto exacerbado da tutela antecipada ao enfocar a realidade a partir de um único prisma*⁴⁰⁵. Segundo ele, para se evitar diferenças

⁴⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória (2013). 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 147.

⁴⁰¹ Loi sur la presse, du 28 juillet 1881, a qual no seu artigo 55 prevê um prazo de 10 (dez) dias para que o autor de texto jornalístico acusado de difamação possa fazer a prova de suas afirmações.

⁴⁰² CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 715.

⁴⁰³ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Demasiados recursos?”, in *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*/ Coordenador Adroaldo Furtado Fabrício; Paulo Cesar Pinheiro Carneiro [et al], Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 190.

⁴⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*/ José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 86.

⁴⁰⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula (coord). *Temas atuais das*

injustificáveis de tratamento, deve-se observar o contraditório sempre que não houver prejuízo em decorrência da bilateralidade do processo. Em texto a respeito do tratamento paritário, propõe o afastamento da ultrapassada concepção do *processo civil do autor*, ainda que sob a nova roupagem da antecipação da tutela sem fundamento suficiente⁴⁰⁶.

4.7.3 A concessão liminar da tutela da evidência

Liminar é um adjetivo que expressa a ideia de um provimento que ocorre inicialmente, no início do procedimento, *in limine litis*. Nem sempre isso se relaciona à tutela provisória. Há a possibilidade, por exemplo, de ocorrer o indeferimento liminar da petição inicial, o que não se refere nem à provisoriedade, nem a sumariedade⁴⁰⁷. Trata-se da noção de algo que ocorre na porta, no limiar, cuja característica principal não decorre nem de conteúdo, função ou natureza, mas somente do momento de sua prolação⁴⁰⁸.

No que diz respeito à tutela provisória, os provimentos liminares são aqueles proferidos no início do processo, normalmente, antes da manifestação da parte requerida.

Quando não há urgência, nem risco de que a parte contrária frustrate a medida, surge o questionamento a respeito da postecipação do contraditório. É o que se vê, por exemplo, em relação à concessão de liminar *inaudita altera parte* na tutela da evidência.

O legislador de 2015 previu essa possibilidade naquelas hipóteses em que, além da prova documental, existir contrato de depósito (art. 311, III do CPC) ou tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante (art. 311, II do CPC). Nessas situações, por uma escolha legislativa, parte-se do pressuposto que a defesa será frágil e por isso se autoriza a antecipação em caráter liminar, *inaudita altera parte*. Fala-se, nesse aspecto, que o legislador *erigiu duas situações em que a defesa do réu será potencialmente inconsistente*⁴⁰⁹.

tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 667 e 668.

⁴⁰⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 102.

⁴⁰⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org.) Inovações do Código de Processo Civil, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 18.

⁴⁰⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org.) Inovações do Código de Processo Civil, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 18.

⁴⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

A previsão legal da concessão dessa forma de tutela antes de se oportunizar o contraditório (CPC, art. 311, parágrafo único) tem recebido críticas. Trata-se de uma *peça que não foi feita para o jogo ou que não cabe no tabuleiro*, como afirma Luiz Guilherme Marinoni⁴¹⁰. A ideia que está na base do conceito da evidência é a de um direito provável, considerados os argumentos de ambas as partes. Assim ocorre com o *référé-provision* do sistema francês, o qual parece ter servido de inspiração⁴¹¹. Não se trata, portanto, de um procedimento documental, cuja iniciativa de concessão da ordem depende apenas de uma prova pré-constituída. O que se verifica na tutela da evidência é uma equiparação das alegações e provas produzidas por ambas as partes. E não na mera consideração unilateral da prova do autor.

Grande parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade da liminar na tutela da evidência⁴¹². Para essa linha de pensamento, *sem uma urgência a debelar* não se legitima a postergação do contraditório constitucionalmente assegurado⁴¹³. Segundo esse raciocínio, diante da ausência de urgência ou do receio de atos que venham a tornar ineficaz a medida concedida, a postecipação do contraditório soa como desnecessária. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por exemplo, entende que a concessão liminar nas situações destituídas de urgência merece crítica pois quando não houver *perigo a prevenir*, a postergação do contraditório não estará autorizada⁴¹⁴.

Mas, ainda há bastante polêmica em torno deste entendimento, havendo autores que admitem o cabimento de liminares *inaudita altera parte* na tutela da evidência⁴¹⁵.

2015, p. 207.

⁴¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. (2017). 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 339.

⁴¹¹ Giovanni Bonato esclarece que o regime da tutela da evidência no Brasil foi claramente inspirado no instituto do *référé-provision* francês. (BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR, Fredie. (organizadores). Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil, vol. III, Tutela Provisória, 2.ed., 2018, p. 763).

⁴¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. (2017). 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 338 e 339; LAMY, Eduardo. Tutela provisória. São Paulo: Atlas, 2018, p. 25 e 26; CASTRO, Daniel Penteado de. Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil, Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 235). No mesmo sentido, GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil (2009), vol. II, 3. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 369; MACÊDO, Lucas Buril de. “Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios”, in *Tutela provisória*/Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr. Organizadores, 2ª ed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1.200.

⁴¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: v. III, 7. ed. rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 886.

⁴¹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 146.

⁴¹⁵ MITIDIERO, por exemplo, destaca que uma das hipóteses da postergação do contraditório é justamente quando *for inútil perder tempo*, haja vista a evidência do direito demonstrada com apoio em precedentes ou

Com imenso respeito às posições bem justificadas e que adotam o entendimento da inconstitucionalidade, parece que a melhor posição é a de não considerar inconstitucional a previsão legal. Isso porque, diante da probabilidade do direito do autor, outros valores de igual peso (efetividade, acesso adequado à jurisdição e razoável duração do processo) autorizam a antecipação.

O ideal, portanto, será a avaliação quanto ao cabimento da liminar à luz do caso concreto. Em muitas situações, ouvir primeiramente o réu antes de decidir será uma opção prudente para o juiz. Em outras, havendo clara convicção do magistrado diante da força das provas já produzidas pelo autor, a efetividade, a duração razoável do processo e o próprio acesso adequado ao Poder Judiciário autorizarão a antecipação. Nesses casos, não se vê obstáculo constitucional.

Essa é a linha adotada por Cândido Rangel Dinamarco que, com muita propriedade, reconhece que em algumas situações excepcionais é cabível a tutela da evidência em caráter liminar⁴¹⁶. E justifica dizendo que nos casos de *um direito manifesta e inabalavelmente evidente, a antecipação da tutela jurisdicional pela via do disposto no art. 311 do Código de Processo Civil poderá contar com o respaldo da própria garantia de acesso à justiça e da promessa constitucional de oferta da tutela jurisdicional em tempo razoável (Const., art. 5º, inc. LXXVIII)*.

Leonardo Greco propõe uma interpretação do parágrafo único do art. 311 em

a evidência do direito reipersecutório demonstrada pela prova documental do depósito (art. 9º, parágrafo único, II, CPC). (MITIDIERO, *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória* (2013). 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, P. 139). BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: BUENO, Cássio Scarpinella (coord). *Comentários ao código de processo civil, volume 1* (arts. 1º a 317), São Paulo: Saraiva, 2017, p. 959. No mesmo sentido entende Fredie Didier Jr: “É bom que se ressalte que não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo ou pela evidência, de providências jurisdicionais antes da ouvida da outra parte (inaudita altera parte). O contraditório, neste caso, é deslocado para momento posterior à concessão da providência de urgência ou de evidência, em nome de outros bens jurídicos (como a efetividade)”. (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/* Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, 11ª ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 2, p. 594).

⁴¹⁶ Vale transcrever o texto de Dinamarco: “Apesar desses sólidos argumentos lançados contra a admissibilidade da concessão dessas liminares, não é prudente fechar inteiramente e de modo absoluto as portas à sua admissibilidade em casos de uma excepcionalmente intensa probabilidade da existência do direito do autor. Ao deparar com um direito manifesta e inabalavelmente *evidente*, a antecipação da tutela jurisdicional pela via do disposto no art. 311 do Código de Processo Civil poderá contar com o respaldo da própria garantia de acesso à justiça e da promessa constitucional de oferta da tutela jurisdicional *em tempo razoável* (Const., art. 5º, inc. LXXVIII). Mas, na realidade, só em casos extraordinários de uma estratosférica excepcionalidade isso poderá acontecer. Mesmo nesses casos extremos, todavia, o juiz deverá estar atento à proibição de impor medidas antecipatórias capazes de criar *situações irreversíveis* (art. 300, § 3º - supra, n. 1.491)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: volume III*, 7ª ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 886 e 887).

conformidade com o art. 5º, LV da Constituição Federal, no sentido de que, nas hipóteses dos incisos II e III, a liminar autorizada dependa concorrentemente da evidência do direito e da caracterização do perigo de lesão grave ou de difícil reparação⁴¹⁷. Por sua vez, Cássio Scarpinella Bueno entende que não há nenhuma inconstitucionalidade na opção feita pelo legislador, todavia, o magistrado deve ter um *redobrado cuidado* na análise do pedido liminar para não *arranhar, em nome do princípio da efetividade, o do contraditório*⁴¹⁸. E dá como exemplo a possibilidade de o documento conter uma falsidade imperceptível pelo magistrado, mas que poderia ser apontada pelo réu.

Destaque-se que algumas liminares são autorizadas previamente pelo legislador em função da específica natureza da relação de direito material, conforme se aborda em tópico relativo à evidência fixada *a priori*. Aqui se inclui a liminar relativa ao art. 311, III do Código, ou seja, à antiga ação de depósito. De igual forma, as liminares nas ações possessórias e nos embargos de terceiro, dentre outras. Nesses casos, por peculiaridades do direito material, a partir de uma percepção do próprio legislador, permite-se a antecipação *inaudita altera parte*. Parece, inclusive, ter havido omissão não intencional da lei ao deixar de prever as liminares possessórias e de embargos de terceiro, no art. 9º, parágrafo único, do Código de Processo Civil⁴¹⁹.

Observe-se, porém, que nesses casos é a própria especificidade da situação do direito material, prevista em lei, que permite a antecipação. Constituem, nesse sentido, exceções à regra geral, segundo a qual, a tutela da evidência decorre da análise das comprovações de fatos feitas por ambas as partes e, obviamente, após o contraditório.

Mas, como já exposto acima, não se vê vedação constitucional à liminar de evidência quando a prova já produzida pelo autor for forte o suficiente para gerar a convicção do magistrado. Entram em cena aqui outros direitos fundamentais de igual relevância (razoável duração do processo, acesso adequado à jurisdição e efetividade).

Em síntese, entende-se que a permissão de concessão liminar não é inconstitucional e

⁴¹⁷ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.) Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório (2015), v. 4, Salvador: Editora Jus Podivum, 2016, p. 206.

⁴¹⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado (2015). 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 334.

⁴¹⁹ Nesse aspecto, Daniel Neves diz ser incrível a desatenção do legislador porque, se levado a sério o art. 9º do Novo CPC – e tudo indica, ao menos nesse caso, que não o será – não será mais cabível tutela provisória da evidência na ação possessória e nos embargos de terceiro sem a oitiva prévia do réu. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil, volume único, 9.ed., Salvador: Editora Jus Podivum, 2017, p. 564).

não chega a desnaturar a alma dialógica da tutela da evidência. Esta constitui a essência dessa técnica de antecipação, presente em sua própria origem (*référé* do direito francês). Mas o diálogo continuará existindo, ainda que em um momento subsequente. Afinal, o contraditório só será postecipado.

4.8 O MITO DA CERTEZA JUDICIAL E A IMPORTÂNCIA DA DECISÃO BASEADA EM PROBABILIDADE

Dentre as premissas para a concessão da tutela da evidência está também a valorização da decisão baseada em probabilidade.

A tutela jurisdicional dos direitos é prestada mediante a análise das alegações das partes a respeito das questões de fato e de direito, aliada à produção de provas para a formação da convicção judicial. Ao Poder Judiciário, contudo, não se pode exigir o alcance da essência da verdade. Isso porque, como ela não é atingível, esse seria um escopo que inviabilizaria a prestação jurisdicional. Piero Calamandrei mostra que, mesmo nos casos em que o juiz pode ter a percepção direta dos fatos (como se verifica na inspeção judicial), ainda assim a verdade pode ser diversa daquela que, por um erro dos sentidos, tenha sido apreendida⁴²⁰. De igual forma, Carnelutti afirma que o processo não pode ser considerado como um meio de conhecimento da verdade dos fatos, mas sim como uma fixação ou determinação dos próprios fatos, que pode coincidir ou não coincidir com a verdade destes, permanecendo independente em relação a eles⁴²¹.

Mas não há dúvida que se deve tentar chegar o mais próximo possível da verdade. O processo tem a função de tentar descobrir os fatos em relação aos quais se busca a prestação jurisdicional. Há então a *necessidade de se saber come sono andate le cose*⁴²².

⁴²⁰ CALAMANDREI, Piero. Studi sul processo civile, volume sesto, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957, p. 112.

⁴²¹ Vale transcrever o texto no original: “Ma senza fallo non si tratta qui che di una metáfora; nella sostanza è affatto agevole osservare come la verità non possa essere che una, onde la verità formale o giuridica o coincide con la verità materiale, e non è che verità, o ne diverge, e non è che una non verità, così che, fuor di metáfora, il processo di ricerca assoggettato a norme giuridiche, che ne costringono e ne deformano la purezza logica, non può essere sinceramente considerato come un mezzo per la conoscenza della verità dei fatti, bensì per una fissazione o determinazione dei fatti medesimi, che può coincidere o non coincidere con la verità di questi e ne rimane affatto indipendente”. (CARNELUTTI, Francesco. La prova civile (1914). Seconda edizione, Roma: Edizioni Dell’Ateneo, 1947, p. 29 e 30).

⁴²² MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, 4ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 31.

4.8.1 O processo civil e a impossibilidade de se alcançar a verdade

Como exposto, o julgador jamais consegue obter a certeza a respeito dos fatos. Para demonstrar essa impossibilidade, Francesco Carnelutti se referia a duas formas de processo probatório. No primeiro, os fatos controversos deveriam ser apurados segundo a realidade, mas o rigor desse resultado fazia com que o mesmo não fosse encontrado em nenhum processo. No segundo, a apuração ocorria de acordo com uma *fissazione formale*, permitindo que isso ocorresse em todos os processos⁴²³. Com efeito, não se pode afirmar que o *fim absoluto do processo seja a descoberta da verdade real*⁴²⁴.

Aqueles que convivem com a atividade forense sabem que a “*vontade da lei*”, nesse aspecto, *não passa de uma doce miragem*⁴²⁵. Isso porque, como explica Ovídio Baptista da Silva, tanto os fatos como a verdade são reconstruídos cultural e historicamente. A busca dessa verdade será sempre uma tarefa indispensável, ainda que preliminar e não conclusiva⁴²⁶.

Por isso, como explica Salvatore Patti, o sistema probatório civil não apenas consente, mas impõe que o juiz se satisfaça com o substituto da verdade que é a verossimilhança⁴²⁷. A análise judicial deve ser feita mediante um juízo de probabilidade não de verdade absoluta.

A propósito da antiga oposição entre verdade formal e verdade material, o juiz deve ser libertado das cadeias formalísticas na avaliação da prova, tendo assim a possibilidade de formar sua convicção de acordo com a denominada *verdade possível*, própria da condição humana, isto é, a verossimilhança⁴²⁸.

Por outro lado, as dificuldades inerentes ao conhecimento da verdade no processo

⁴²³ “O, infatti, per processo probatorio si intende il processo per la posizione del fatto controverso *secondo la realtà*, e tale non può chiamarsi alcun processo, la cui giuridica disciplina vieti di assegnargli quel rigoroso risultato; o per processo probatorio si intende il processo per la posizione del fatto controverso *secondo una fissazione formale*, e tale deve chiamarsi ogni processo, la cui giuridica disciplina, comunque costruita, porti precisamente a quel risultato”. (CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile* (1914). Seconda edizione, Roma: Edizioni Dell’Ateneo, 1947, p. 32).

⁴²⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de Declaração* (2005). 3 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 121.

⁴²⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Verdade e significado. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Ano I, número 5, Editora Magister, mar/abr. 2005, p. 77.

⁴²⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Verdade e significado. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Ano I, número 5, Editora Magister, mar/abr. 2005, p. 94.

⁴²⁷ PATTI, Salvatore. *Le prove*. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, parte generale, Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 222.

⁴²⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo* (1997), 4ª ed, rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 204 e 205.

não afastam a necessidade de o juiz procurar formar seu convencimento⁴²⁹. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart alertam que *estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade*⁴³⁰. Mas, por outro lado, quando se fala em convicção de verdade, não se está tampouco negando que as coisas tenham de fato ocorrido dessa forma⁴³¹. Essa relação entre prova e verdade mostra-se meramente instrumental⁴³², não havendo qualquer garantia de que o fato provado corresponde necessariamente ao que ocorreu na realidade empírica. O que se pretende, portanto, é chegar o mais próximo possível desse objetivo de impossível alcance.

Para Giuliano Scarselli, o que importa é a *fissazione formale dei fatti controversi*, a qual estaria correta não quando correspondesse à verdade do mundo empírico, mas simplesmente quando tivesse sido obtida mediante o respeito às regras do procedimento⁴³³.

Existem outras respeitáveis teses a respeito da relação entre processo civil e verdade⁴³⁴, as quais merecem toda a consideração da doutrina. Contudo, para facilitar os objetivos do presente trabalho, adota-se aqui a ideia de que diante das dificuldades para o alcance da verdade, as decisões judiciais devem ter por pressuposto aquilo que de mais próximo se consegue chegar em relação a ela. Para essa forma de pensar, esse deve ser o objetivo da produção de provas no processo: obter o convencimento judicial, aproximando-se tanto quanto possível da verdade. Nessa linha, Calamandrei defende que o processo deve se aproximar dessa meta inatingível, a fim de que a distância entre ela e a verossimilhança seja a menor possível⁴³⁵. Segundo o mestre italiano, há inclusive um *dever de honestidade* em utilizar todas as forças possíveis para a busca da verdade⁴³⁶.

⁴²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, 4ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 356.

⁴³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, 4ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 356.

⁴³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, 4ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 356.

⁴³² A propósito da relação entre prova e verdade, vide TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici: nozioni generali. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1992, p. 64; RAMOS, Vitor de Paula. Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 33.

⁴³³ SCARSELLI, Giuliano. La condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 504.

⁴³⁴ Vale aqui citar a concepção de Michele Taruffo que adota o ideal da correspondência entre as alegações dos fatos e o mundo empírico (TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici: nozioni generali. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1992, p. 145). Vitor de Paula Ramos esclarece, nesse mesmo sentido, que a verdade é vista como um fim central e concreto, não meramente lateral e utópico. (RAMOS, Vitor de Paula. Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 30).

⁴³⁵ CALAMANDREI, Piero. *Studi sul processo civile*, volume sexto, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957, p. 138.

⁴³⁶ Vale aqui transcrever o texto no original: “Anche si siamo convinti che la natura umana non è capace di raggiungere le verità assolute, è dovere di onestà adoprarsi con tutte le forze per cercare di approssimarsi

Mas não se pode negar que, no universo das demandas e leis processuais, quando se considera que um fato é verdadeiro, o que se está dizendo é simplesmente que esse fato foi demonstrado como verdadeiro, de acordo com determinadas regras pré-estabelecidas⁴³⁷. A verdade aqui ganha uma conotação específica. Como esclarece Calamandrei, a coisa julgada tem sempre a mesma resistência jurídica, qualquer que tenha sido o grau de certeza psicológica em que tenha se baseado o magistrado. Esta é a consequência em se admitir a sentença como um ato de vontade, como um comando que, uma vez tornado irrevogável, separa-se de todas as suas premissas lógicas⁴³⁸.

Assim, diante das limitações próprias ao conhecimento humano, sempre que se fala na obtenção da verdade, está a se referir à verdade processual, ou seja, àquela que é possível alcançar mediante a produção de provas e a análise das alegações das partes. Em outros termos, o que se vê é apenas aquilo que se pode ver, isto é, não a verdade em si, mas a verossimilhança que consiste em uma aparência de verdade⁴³⁹. O que se pode alcançar, portanto, é a verossimilhança, ou seja, a aparência de verdade. Aparência essa que pode constituir uma ilusão⁴⁴⁰.

4.8.2 A decisão baseada em probabilidade

Se essa discussão tem relevância para os processos com cognição exauriente, ela é ainda mais importante para tutela sumária. Aqui não se almeja um juízo de certeza, mas sim um

quanto più si può alla meta irraggiungibile: così nel processo, anche se si è convinti che la sentenza finale non può essere altro che un giudizio di verosimiglianza tale da non escludere mai in maniera assoluta l'errore giudiziario, ciò non toglie che tutta la struttura del procedimento debba essere preordinata a rendere il più possibile approfondita e controllata la ricerca della verità, in modo che lo scarto tra questa e la verosimiglianza si riduca al minimo". (CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Rivista di Diritto Processuale*, volume X, parte I, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1955, p. 191).

⁴³⁷ É o explica Giuliano Scarselli: "Quando, infatti, all'interno del processo, si disse che un fatto è vero, si vuol solo sottintendere che quel fatto è stato dimostrato come vero in base a determinate regole" (SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 504).

⁴³⁸ CALAMANDREI, Piero. *Studi sul processo civile*, volume sesto, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957, p. 114.

⁴³⁹ "Anche per il giudice più scrupoloso ed atendo vale il fatale limite di relatività che è própria della natura umana: quello che si vede è solo quello che ci par di vedere. Non verità, ma verosimiglianza: cioè apparenza (che può essere anche ilusione) di verità." (CALAMANDREI, Piero. "Verità e verosimiglianza nel processo civile", in *Rivista di Diritto Processuale*, Volume X, Parte I, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Anno 1955, p. 165-166).

⁴⁴⁰ "Non verità, ma verosimiglianza: cioè apparenza (che può essere anche ilusione) di verità". (CALAMANDREI, Piero. *Studi sul processo civile*, volume sesto, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957, p. 113).

juízo de probabilidade ou verossimilhança⁴⁴¹.

Relevante é a distinção entre a convicção de probabilidade ou verossimilhança, utilizada para o convencimento judicial na tutela sumária, isto é, um “juízo provisório” e a verossimilhança em sentido filosófico, ou seja, a aparência da verdade⁴⁴². Do ponto de vista da filosofia e da teoria do conhecimento, a “verdade” buscada no processo será sempre verossimilhança. Por não se tratarem de conceitos antagônicos, não existe uma contraposição entre verdade e verossimilhança. Como já exposto, do ponto de vista filosófico, a verossimilhança é a verdade que pode ser vista.

Mas o que se quer dizer quando se utiliza a expressão convicção de verossimilhança é justamente um juízo provisório, o qual não almeja obter certeza a respeito das alegações das partes. O *fumus boni juris* se relaciona então a esse juízo provisório, suscetível a alterações após a ampla participação das partes e a obtenção da cognição exauriente.

Tanto é assim que uma das definições da tutela antecipada é a de que ela tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de ser *lastreada em verossimilhança* e, por isto, não ficar acobertada pela coisa julgada material⁴⁴³.

O que importa, portanto, para o desenvolvimento da ideia central é que a tutela da evidência pode e deve ser concedida mediante um juízo provisório. Ela não precisa, não almeja e nem busca um juízo de certeza ou de veracidade.

Lembre-se que a palavra *provável* designa, etimologicamente, aquilo que pode ser provado como verdadeiro⁴⁴⁴. Constata-se então uma profunda ligação entre a probabilidade e os elementos de prova dos autos, podendo se afirmar que provável é aquela hipótese que adquire um nível maior de confirmação e um grau menor de refutação⁴⁴⁵. Na antecipação da tutela, o

⁴⁴¹ A palavra aqui é empregada no sentido de um juízo provisório, obtido após o exame das provas, mas ainda em cognição sumária. Tal noção se difere do outro significado de verossimilhança, ou seja, aquilo que decorre de máximas da experiência, da ordem normal das coisas, independentemente de provas.

⁴⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. 1ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 142.

⁴⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. 1ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 71.

⁴⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. *Studi sul processo civile*, volume sexto, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957, p. 117. No mesmo sentido, esclarece Calamandrei em um artigo específico sobre o tema: “*Possibile è ciò che può esser vero; verosimile è ciò che ha l’apparenza di esser vero. Probabile sarebbe, etimologicamente, ciò che si può provare come vero; ma nel linguaggio filosofico e teológico la parola si trova adoperata nel senso di ragionevole, ‘ciò che a crederlo è contrario alla ragione’*” (CALAMANDREI, Piero. “Verità e verosimiglianza nel processo civile”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Volume X, Parte I, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Anno 1955, p. 170).

⁴⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 4ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 355 e 356.

juízo costuma ser o da probabilidade lógica e, portanto, relacionado às provas existentes.

Se a verdade absoluta não pode ser alcançada nem mesmo com a cognição exauriente da tutela definitiva, (restando-lhe apenas a verdade processual), o que dizer da tutela provisória em que a urgência e a cognição sumária limitam a oportunidade de manifestação e a produção de provas?

Evidentemente, a meta a ser atingida nessa técnica processual não é, e nem poderia ser, a busca da verdade, mas sim um juízo de probabilidade ou verossimilhança. Daí porque se diz que a *antecipação da tutela não trabalha nos domínios da verdade*, ainda que sua busca seja relevante para o processo civil.⁴⁴⁶ Com efeito, para a concessão da tutela antecipatória, é suficiente a *convicção de probabilidade*, o que significa que o material trazido ao processo deve indicar que o *direito do autor é mais provável que o direito do réu*⁴⁴⁷. O juízo que se faz nessa forma de tutela não diz respeito à verdade, mas sim à possibilidade de que algo venha a ocorrer.

A certeza jurídica, no âmbito da cognição sumária, é inadmissível e completamente desnecessária. Isso significa que, na tutela antecipada, ela é totalmente desprezível e contraproducente. Decidir com base na probabilidade preponderante implica *sacrificar o improvável em benefício do provável*⁴⁴⁸. Isso deve ocorrer independentemente de uma convicção de verdade.

Elevar o nível de exigência probatória reduz a chance de se condenar um réu inocente mas, por outro lado, aumenta a chance de se absolver um culpado⁴⁴⁹. Vale aqui lembrar a antiga (e ainda atual) lição de Calamandrei no sentido de que o processo civil vive o conflito entre o *far presto* e o *far bene*. Segundo o mestre italiano, a opção deveria ser pelo *far presto*, deixando-se a preocupação entre o bem e o mal para o processo ordinário, ou seja, com cognição exauriente⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ MITIDIERO, Daniel, *Antecipação da tutela*. 3ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 113.

⁴⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 4ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 365.

⁴⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*, 2ª ed, rev., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 145.

⁴⁴⁹ FRIEDMAN, David D. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 09.

⁴⁵⁰ “I provvedimenti cautelari rappresentano una conciliazione tra le due esigenze, spesso contrastante, della giustizia, quella della celerità e quella della ponderatezza: tra il far presto ma male, e il far bene ma tardi, i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrínseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinário” (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936, p. 20).

A importância da tutela baseada em cognição sumária é justamente essa: prescindir da busca da certeza a fim de assegurar uma prestação jurisdicional mais célere e adequada. Sempre oportunas as palavras de Kazuo Watanabe, para quem a cognição sumária constitui uma *técnica processual relevantíssima para cumprir a vocação do processo de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos*⁴⁵¹.

O juízo de probabilidade ou verossimilhança guarda enorme importância e constitui o cerne da tutela provisória. Ele não é menos importante que o juízo de *certeza* buscado pela tutela definitiva. Quem faz esse alerta é Michele Taruffo, mostrando que não se trata de uma *cognitio inferior*. Não se pode considera-lo como um juízo inseguro ou incerto⁴⁵². Muito pelo contrário, o juízo provisório é, não apenas o caminho natural, como o máximo que se pode alcançar nessa forma de prestação jurisdicional.

Por outro lado, o grau de convicção exigido do magistrado para a concessão da tutela provisória é variável, ou seja, altera-se caso a caso, dependendo das exigências do direito material, objeto da tutela definitiva. Não se pode, portanto, falar em um *standard* autônomo, devendo-se reconhecer sua *inerente mobilidade*⁴⁵³. É possível perceber uma variação significativa, de acordo com a natureza do direito discutido em juízo⁴⁵⁴.

Além disso, entende-se que a exigência da probabilidade do direito não segue uma lógica do *tudo ou nada*, mas sim algo que varia em função dos *graus* de urgência e evidência. Não há como deixar de ver aqui a mobilidade há pouco mencionada: a presença fraca de um

⁴⁵¹ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. (1987) 2ª ed, Campinas: Bookseller, 2.000, p. 145.

⁴⁵² “In molti dei discorsi di coloro che escludono la possibilità che in un processo si accerti la verità si riscontra la tendenza a porre il problema della decisione sui fatti in termini di *probabilità*. Si disse, cioè, che il processo no accerta la verità ma stabilisce conclusioni “probabili” intorno ai fatti. In questo uso linguistico assai diffuso si annidano però almeno due errori concettuali. Il primo errore è già stato segnalato in precedenza, e consiste nel pensare alla verità come verità assoluta per poi concludere che essa non può essere stabilita nel processo. Il secondo errore consiste nell’intendere la probabilità come una sorta di livello inferiore di conoscenza: in questo uso vago e indeterminato “probabile” diventa sinônimo di “incerto”, “non sicuro”, “possibile”, “opinabile”, “verosimile” e così via. Il fatto è que questa concezione sostanzialmente negativa e limitativa dell’idea di probabilità è priva di fondamento, oltre a produrre una serie di confusioni e di malintesi concettuali.” (TARUFFO, Michele. “Verità e probabilità nella prova dei fatti”, in *Revista de Processo*, vol. 154, Dez 2007, p. 207-222).

⁴⁵³ Tais expressões são utilizadas por Daisson Flach, o qual esclarece que a verossimilhança pressupõe uma inerente mobilidade, em um *standard* aderente ao *standard* probatório de referência para a concessão da tutela definitiva. Justamente por isso, o modelo de verossimilhança escolhido deve ter uma correlação com a natureza do direito material e com o que se exige para a concessão da tutela final. (FLACH, Daisson. A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 120 a 123).

⁴⁵⁴ Nesse aspecto, Daniel Mitidiero sustenta que a variação no nível de probabilidade pode dizer respeito à dificuldade da prova e ainda à maior ou menor gravidade social do litígio. Ou seja, as peculiaridades do direito material geram alteração no grau de convicção exigido. (MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela. 3ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 126).

requisito da tutela provisória pode ser *compensada* pela forte existência do outro e vice-versa⁴⁵⁵.

A propósito dos requisitos para a concessão de liminares nos Estados Unidos, James, Hazard e Leubsdorf afirmam que a demonstração forte de um dos fatores pode compensar a presença fraca do outro⁴⁵⁶. A ideia que está na base desse raciocínio é que o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* são vistos como *pautas móveis*, que agem em correlação e se apresentam em graus ou níveis distintos⁴⁵⁷.

Por fim, quando se analisa a probabilidade processual, deve-se ter em mente que o juízo de probabilidade incide sobre as afirmações de fato e não sobre o fato em si mesmo considerado⁴⁵⁸.

De qualquer forma, a decisão baseada em cognição exauriente também pode incidir em erro. Tanto é assim que o sistema prevê a possibilidade da ação rescisória⁴⁵⁹. Essa é uma demonstração absolutamente clara de duas situações. A primeira é que a busca da certeza judicial é algo importante em termos ideais dentro do processo, tanto é assim que o sistema disponibiliza uma forma de correção dos vícios da decisão transitada em julgada, o qual contempla a existência de simulação ou colusão entre as partes (CPC, art. 966, III), a falsidade da prova (CPC, art. 966, VI), a prova nova (CPC, art. 966, VII) e ainda o erro de fato (CPC, art. 966, VIII). A segunda, com igual relevância, é que a decisão baseada em ampla atividade probatória e da qual surge a cognição exauriente também é falível no que diz respeito à busca da verdade.

Não é à toa que se reconhece que a verdade no processo é relativa em virtude das limitações dos meios cognoscitivos e das dificuldades inerentes à linguagem, marcos de

⁴⁵⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O direito vivo das liminares, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24 e 178.

⁴⁵⁶ “In general, a strong showing on one fator will compensate for a weaker showing on another. For example, a plaintiff who persuades a judge that a defendant is almost certainly violating the plaintiff’s patente may obtain a preliminary injunction against infringement during the suit on a relatively weak showing that damages will not adequately remedy the infringement – for instance, because the defendant’s impact on the plaintiff’s share of the market will be hard to compute”. (JAMES JR; Fleming; HAZARD JR, Geoffrey; LEUBSDORF, John. Civil Procedure, fifth edition, New York: New York Foundation Press, 2001, p. 339).

⁴⁵⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Tutela de evidência no projeto do novo CPC – uma análise dos seus pressupostos. In: ROSSI, Fernando [et al] (Coord.) O Futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 169.

⁴⁵⁸ “Il giudizio di verosimiglianza, nei casi in cui il diritto processuale lo considera rilevante, há questo di caratteristico: che è un giudizio dato non sul fatto, ma sulla affermazione del fatto, cioè sulla allegazione (positio) del fatto, proveniente dalla parte che chiede di essere ammessa a provarlo e cho lo afferma come storicamente già avvenuto”. (CALAMANDREI, Piero. *Studi sul processo civile*, volume sesto, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957, p. 118).

⁴⁵⁹ A propósito, esclarece Bruno Bodart: “Fosse assim, o instituto da ação rescisória seria despiendo – a previsão legal de rescisão do julgado de mérito, em diversas das hipóteses do art. 966 do CPC/2015, é a admissão, pelo ordenamento, de que a fixação dos fatos estabelecidos na sentença pode não corresponder à verdade, ainda que precedida de cognição completa.” (BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 75).

referência, pressuposição ou conceitos⁴⁶⁰.

Se nem mesmo a cognição exauriente consegue atingir a verdade, a tutela sumária, por exigir celeridade, deve se limitar à probabilidade lógica.

Aliás, a exigência de certeza pode ser *somente uma ilusão, uma generosa quimera*⁴⁶¹. Aquilo que se imagina como um juízo de certeza nunca passa de mera probabilidade, variando apenas o grau dessa probabilidade e os limites toleráveis dos riscos⁴⁶².

Com efeito, no âmbito da tutela provisória, porque baseada em cognição sumária, o que se busca é assumidamente um juízo provisório. Este tem importância e valor em si mesmo, independentemente do que vier a ser comprovado posteriormente, na tutela definitiva.

Daí porque o juiz tem o dever de analisar o pedido feito pelo autor a partir dessas alegações baseadas em probabilidade, não podendo deixar para decidir apenas e quando forem produzidas todas as provas.

4.8.3 Novamente, o excesso do muito pouco e o excesso do muito cheio

Na medida em que não é possível obter a cognição exauriente (em virtude da necessidade de uma decisão célere), o objetivo consiste em se alcançar um juízo a respeito do que é provável. A esse respeito, não há sentido em aplicar na tutela sumária as mesmas regras do procedimento comum, pois exigir a plenitude da prova implicaria ignorar a teleologia desse procedimento⁴⁶³.

A tutela provisória, por se basear na probabilidade, consegue evitar, como já se disse, os dois excessos no processo civil: o excesso do muito pouco (*trop peu*) e o excesso do muito cheio (*trop plein*)⁴⁶⁴.

No processo civil, nenhum dos excessos é positivo, nem a demasiada sumariedade, nem muito menos o exagero na produção de provas. Na medida em que o procedimento se torna cada vez mais sumário, o risco de se cometer um erro a respeito dos fatos e do direito também

⁴⁶⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e Execução da Sentença sob a ótica do formalismo-valorativo, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 75.

⁴⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 7ª ed, Malheiros, 1999, n. 33, p. 238.

⁴⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 7ª ed, Malheiros, 1999, n. 33, p. 238.

⁴⁶³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de processo civil (1987), volume III, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 112.

⁴⁶⁴ “Ce sont deux notions-cadre qui visent à sanctionner l’excès sous ces deux formes: l’excès du trop peu et l’excès du trop plein.”(FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure, in *Le temps dans la procédure*, Paris: Dalloz, 1996, p. 22).

umenta⁴⁶⁵. Em um caso limite, pode-se imaginar um juiz decidindo mediante a brincadeira de cara ou coroa. Isso seria extremamente eficiente, mas não chegaria a resultados precisos. Por outro lado, se todas as provas fossem admitidas, todas as testemunhas ouvidas e houvesse uma repetição de provas, haveria maior chance de uma decisão “correta”, mas, mediante um custo muito alto. Daí porque, do ponto de vista dos estudos econômicos, pode-se aceitar um resultado eficiente, baseado na média desses dois custos: o custo do erro judicial e o custo do excesso no procedimento.

Essa é a razão pela qual a tutela da evidência consegue oferecer uma resposta adequada, sem cair em qualquer um dos excessos. A decisão é baseada em probabilidade, após a produção de certas provas, mas, normalmente, antes do término da instrução. Constitui assim uma justa medida para evitar, de um lado o erro judicial, e, de outro, a ineficiência pela demora exagerada.

4.8.4 A doutrina sueca para a aferição da probabilidade e a fragilidade da defesa

Saliente-se que a noção de probabilidade envolve duas concepções distintas: a probabilidade quantitativa (ou pasqualina) e a probabilidade qualitativa (também denominada baconiana ou lógica). A primeira vale-se da frequência com que são verificados determinados fatos (probabilidade quantitativa objetiva) ou da força da crença racional quanto à ocorrência de determinado evento (probabilidade quantitativa subjetiva). Já a probabilidade qualitativa (lógica) refere-se à relação racional entre as provas e as normas gerais causais.

A probabilidade quantitativa, segundo a doutrina, consiste em uma medida a respeito da incerteza de um fenômeno, sobre o qual não se possa atribuir nem a falsidade, nem a verdade absoluta⁴⁶⁶. Ela se subdivide em duas espécies principais. Como já exposto, a primeira vale-se de dados estatísticos, mostrando a quantidade de vezes que certo fato se verifica dentro de uma determinada classe. Por isso, tem a denominação de objetiva. Já a segunda, é chamada subjetiva porque foca na racionalização do convencimento quanto à eventualidade em que certo fato ocorre. Apura-se, assim, o grau a partir do qual torna-se racional admitir a veracidade de

⁴⁶⁵ MILLER, Geoffrey P. The Legal-Economic Analysis of Comparative Civil Procedure. In: The American Journal of Comparative Law, vol. 45, n. 4, Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context, Autumn, Oxford University Press, 1997, p. 906. <https://www.jstor.org/stable/841025>, Acesso em 08.02.2019.

⁴⁶⁶ TARUFFO, Michele. TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici: nozioni generali. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1992, p. 168.

determinada proposição⁴⁶⁷. Para essa visão a respeito da probabilidade, criou-se o Teorema de Bayes, ou seja, um método de cálculo a partir do qual se estabelece a frequência provável de um fato, considerando-se a sua própria frequência anterior em determinada classe de eventos. Atribui-se, dessa forma, um fator numérico entre 0 e 1, o qual representa o grau de convencimento racional sobre o fato⁴⁶⁸.

Em que pese a existência dessa forma quantitativa, o juízo de probabilidade mais adequado ao processo civil é o qualitativo, o qual se baseia na lógica, naquilo que racionalmente tem a maior chance de corresponder à realidade a partir dos dados já existentes. Isso porque a apuração baseada apenas em números e frequência de acontecimentos mostrou-se demasiadamente falha⁴⁶⁹. Daí a utilização de uma racionalização a respeito da incerteza de determinada hipótese a partir de elementos de sua confirmação. A probabilidade lógica é aquela que advém da *confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos*⁴⁷⁰. Ela se refere à *conexão lógica das provas com as normas gerais causais*⁴⁷¹ e se vale da indução para a confirmação ou refutação.

Logo, no que diz respeito à aferição da probabilidade, importante mencionar a doutrina sueca e sua contribuição. Embora criada para estabelecer um critério direcionado ao julgamento de mérito, sua aplicação no juízo provisório da tutela sumária é plenamente possível. Saliente-se, desde logo, que para a concessão da tutela da evidência, além da probabilidade deve estar também presente (ou pressuposta) a fragilidade da defesa.

Tal teoria parte da ideia de que o ônus da prova consistiria no ponto central de uma régua para aferir qual das partes deve perder ou ganhar. Logo, a parte que conseguisse fazer com que a medida prevalecesse para o seu lado, seria vitoriosa. A análise levaria em conta um mínimo de preponderância da prova, fazendo com que se a posição de uma das partes é mais provável que a da outra, mesmo que em percentual mínimo (51%, por exemplo), isso seria

⁴⁶⁷ TARUFFO, Michele. TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici: nozioni generali. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1992, p. 169.

⁴⁶⁸ TARUFFO, Michele. TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici: nozioni generali. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1992, p. 171.

⁴⁶⁹ TARUFFO, Michele. TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici: nozioni generali. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1992, p. 199.

⁴⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 203.

⁴⁷¹ MITIDIERO, Daniel, Antecipação da tutela. 3ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 118.

suficiente para a vitória. Prevaleceria, nesse caso, o chamado princípio da “verossimilhança preponderante”⁴⁷². A propósito, Salvatore Patti esclarece que, na ausência de um grau de prova exigido pela lei, o juiz deve tomar a decisão de acordo com a prevalência da probabilidade, isto é, com base na verossimilhança preponderante⁴⁷³.

Conforme afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, a decisão judicial nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil pode ter por base a convicção de verossimilhança preponderante, consoante a teoria sueca⁴⁷⁴. Desse modo, será considerado provável aquilo que for minimamente preponderante, em termos de prova.

Interessante lembrar que sob a égide do Código de 1973, a literalidade da lei exigia para a tutela antecipada a existência de uma prova inequívoca. Procurando explicar esse exame da probabilidade, Barbosa Moreira afirmava que inequívoca seria a prova que encerrasse um único sentido, ao passo que equívoca seria aquela que comportasse a atribuição de diversos sentidos. Segundo ele, a análise da probabilidade comportava então duas etapas: a primeira para verificar se a prova era inequívoca; a segunda para avaliar se essa prova inequívoca teria força persuasiva suficiente para tornar provável a alegação da parte⁴⁷⁵. Isso porque, nem sempre uma prova inequívoca teria a capacidade necessária para formar a convicção judicial. Ainda que contendo um sentido unívoco, a prova poderia ser frágil diante da alegação feita pela parte. Independentemente então dessa característica de ser inequívoca, a prova deveria ser forte o suficiente para convencer o magistrado.

Tal visão, de que apenas a prova inequívoca autorizaria a tutela sumária, mostrou-se absolutamente equivocada. Isso porque ainda que a prova admitisse dois sentidos ao mesmo tempo isso não a impedia de formar a convicção judicial. O juízo poderia se valer de suas noções da experiência ou até mesmo convencer-se a partir de apenas um dos sentidos possíveis.

O Código de 2015 felizmente deixa para trás essa ideia de prova *equivoca* ou *inequívoca*, ampliando assim o leque de possibilidades para o convencimento judicial. Esse parece ter sido um caminho correto, na medida em que mesmo a prova dúbia pode convencer, desde que aliada a outros elementos probatórios. Nem mesmo ela pode ser considerada inútil⁴⁷⁶.

⁴⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 4ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 357.

⁴⁷³ PATTI, Salvatore. Le prove. Trattato di Diritto Privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, parte generale, Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 230.

⁴⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 4ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 358.

⁴⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas”, in Temas de direito processual, 8ª série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 80 e 81.

⁴⁷⁶ Nesse sentido, esclarecem Marinoni e Arenhart: “Quando uma prova aponta em dois sentidos, isso não quer

Imagine-se então a prova que, mesmo dúbia, alia-se *àquilo que normalmente acontece (id quod plerumque accidit)*. Sua força de convencimento será grande, justamente em virtude desse acréscimo decorrente da experiência humana.

O legislador de 2015 acertou ao não contemplar um significado ou uma exigência específica para a prova capaz de autorizar a tutela provisória. No âmbito probatório, vale muito mais uma *regra de textura aberta*⁴⁷⁷ do que uma previsão rígida e engessada. Ou seja, no âmbito da tutela provisória, deve-se trabalhar com a ideia de convencimento judicial, libertando-se dos conceitos estritos e das fórmulas matemáticas.

Especificamente em relação à tutela da evidência, sua concessão exige a presença tanto da probabilidade, como da fragilidade da defesa (demonstrada ou pressuposta). Esses dois elementos constituem o cerne da lógica da antecipação sem urgência.

4.8.5 A importância das decisões baseadas em probabilidade: o juízo de probabilidade não é inferior

Decidir com base em probabilidade é tão importante quanto julgar com base no convencimento a respeito de um juízo de certeza. Vale aqui lembrar a crítica, sempre oportuna e atual de Ovídio Baptista da Silva, ao afirmar que *para a doutrina tradicional, fiel à ordinariedade, julgamento fundado em verossimilhança, julgamento não é: julgar provisoriamente é não julgar*⁴⁷⁸.

No âmbito da tutela sumária, o que está em jogo não é o alcance (ainda que ideal) da verdade, mas sim o da probabilidade das alegações de fato feitas pelas partes. O que se quer atingir, portanto, não é a convicção de certeza mas um juízo que indique que aquilo que se

dizer que ela seja *inútil*, pois pode permitir que a convicção se forme em um dos sentidos, especialmente na dimensão do direito provável. Ou melhor: o fato de uma prova apontar em dois sentidos apenas *pode tornar mais difícil a elaboração da convicção, mas justamente pela razão de que pode formar ou colaborar para formar a convicção, não pode ser descartada ou simplesmente conceituada como “equivoca” ou “imprestável”*. (MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 4ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 367).

⁴⁷⁷ É o que esclarecem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Procura-se uma ilusória segurança, sem considerar o seu alto custo social. Ou melhor, tenta-se obter certa previsibilidade sem perceber que dessa forma se estará impedindo que a regra possa atender de forma adequada a determinadas situações concretas, as quais poderiam ser facilmente tuteladas caso o juiz pudesse trabalhar com uma regra de textura aberta”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, 4ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 363)

⁴⁷⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica (1996), 2ª ed, rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 196.

afirma tem chance real de ser comprovado como verdade em um momento processual futuro.

Extremamente pertinente é a lição de Cândido Dinamarco quando afirma que *uma ordem processual não é feita somente de segurança e das certezas do juiz. Ela vive de certezas, probabilidades e riscos*⁴⁷⁹. Segundo ele, onde houver razões para decidir com base em meras probabilidades, sendo essas razoavelmente suficientes, deve-se renunciar à obsessão pela certeza, correndo algum risco de errar, desde que se disponha de meios aptos a corrigir os efeitos de possíveis erros⁴⁸⁰.

Vale destacar que o juízo de probabilidade não é inferior, nem menos importante que o juízo a respeito da cognição exauriente. Como muito bem alerta Michele Taruffo, é um erro considerar o provável como um sinônimo de incerto, inseguro, possível ou verossímil⁴⁸¹. Ao contrário, aquilo que se mostra como provável na tutela sumária é de grande valor. Não se trata, portanto de uma *cognitio inferior rispetto alla verità*⁴⁸².

4.8.6 Aquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*) deve favorecer a concessão da tutela provisória

A convicção a partir da própria experiência de vida pode favorecer a concessão da tutela provisória de urgência e de evidência. Calamandrei entende, nesse aspecto, que o juízo de verossimilhança⁴⁸³ concede uma provisória relevância probatória à simples alegação da parte⁴⁸⁴.

Segundo essa noção clássica, a verossimilhança não corresponde nem à probabilidade, nem à verdade. Ela estabelece uma relação entre a proposição e uma máxima da experiência, baseando-se naquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*)⁴⁸⁵.

⁴⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil (2003), 1ª ed, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 18.

⁴⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil (2003), 1ª ed, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 18.

⁴⁸¹ TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti, in Revista de Processo, vol. 154, Dez. 2007, p. 207 a 222.

⁴⁸² TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti, in Revista de Processo, vol. 154, Dez. 2007, p. 207 a 222.

⁴⁸³ Aqui essa palavra se refere não ao juízo de probabilidade ou juízo provisório, mas sim ao convencimento formado apenas a partir das máximas de experiência.

⁴⁸⁴ CALAMANDREI, Piero. *Studi sul processo civile*, volume sexto, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957, p. 134.

⁴⁸⁵ TARUFFO, TARUFFO, Michele. TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici: nozioni generali. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1992, p. 478.

Nesse sentido, o que se contrapõe é *fatto provato* e *fatto verosimile*⁴⁸⁶, justamente porque a verossimilhança antecede o exaurimento da prova. Para Scarselli, um fato é provado quando, singularmente considerado, tenha superado o controle legal (e formal) de veracidade. Por sua vez, um fato é verossímil a partir de comparação com outros fatos já conhecidos⁴⁸⁷. Relevante ainda a noção de notoriedade, a qual decorre do conhecimento histórico, isto é, da concepção de verdade de um único fato concreto⁴⁸⁸. Nessa concepção, para se chegar à noção de verossimilhança parte-se da experiência humana, ou seja, são analisadas situações e circunstâncias anteriores e o que delas decorreu na grande maioria dos casos. A noção de verossimilhança estaria, então, profundamente ligada à pesquisa histórica relativa a um critério objetivo, adquirido anteriormente e baseado na observação do denominado *id quod plerumque accidit* (o que geralmente acontece)⁴⁸⁹. Ela reflete uma conformação entre a afirmação e aquilo que se pode esperar com base na experiência já adquirida. Ela, portanto, não se refere à veracidade do que se alegou, nem tem relação com o esforço probatório, mas constitui uma referência à “*ordem normal das coisas*”⁴⁹⁰.

Em outras palavras, a aparência de verdade seria alcançada mediante a comparação entre as alegações dos fatos e a vivência passada com relação às situações similares. Examina-se então a frequência com que se verificam fatos como aqueles que estão sendo alegados. Essa noção de frequência dos eventos é obtida racionalmente mediante uma comparação com a própria experiência⁴⁹¹. Ela, verossimilhança, seria uma aparência de verdade, deduzida do que já se vivenciou no passado e conseqüentemente do que é considerado normal. Isso porque a experiência ensina que fatos de uma mesma categoria ocorrem normalmente em circunstâncias similares àquelas que são encontradas no caso examinado, deduzindo-se daí que parece estar-se diante de algo verdadeiro. A recíproca também ocorre: algo é inverossímil quando, ainda que

⁴⁸⁶ SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 507.

⁴⁸⁷ SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 509.

⁴⁸⁸ CALAMANDREI, Piero. *Studi sul processo civile*, volume sexto, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957, p. 116.

⁴⁸⁹ CALAMANDREI, Piero. “Verità e verosimiglianza nel processo civile”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Volume X, Parte I, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Anno 1955, p. 169-170. No mesmo sentido, mas com uma explicação um pouco mais ampla: CALAMANDREI, Piero. *Studi sul processo civile*, volume sexto, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957, p. 116 e 117.

⁴⁹⁰ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 68.

⁴⁹¹ Novamente Calamandrei explica muito bem esse fenômeno da verossimilhança, destacando que se trata de um juízo típico, baseado em um critério já adquirido anteriormente, pela experiência. (CALAMANDREI, Piero. “Verità e verosimiglianza nel processo civile”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Volume X, Parte I, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Anno 1955, p. 173).

possa ser verdade, parece estar em oposição à normalidade⁴⁹². A verossimilhança, nesse sentido⁴⁹³, incide sobre uma alegação de fato considerada em si mesma, independentemente de sua relação com a prova dos autos.

Ao tratar da tutela inibitória, Sérgio Cruz Arenhart aborda um *universo complementamente novo, a ser explorado pelo jurista e pelo magistrado*⁴⁹⁴ para a formação da convicção judicial em casos extremos, considerando também que em situações normais a referência exclusiva a esses elementos não seria aceita. Exemplificadamente, cita, dentre outras hipóteses, a conduta pretérita do demandante ou do demandado, a qual pode e deve ser levada em consideração quando houver dificuldades probatórias, contribuindo assim para a formação do convencimento sobre as alegações das partes.

Imagine-se a situação em que o autor tenha procurado demonstrar a probabilidade de seu direito, mas diante das alegações do réu, o juiz ainda não se encontra convencido. Lembre-se que, em se tratando de tutela de urgência, o magistrado tem de decidir, valendo-se de sua percepção do *periculum in mora*. Se ele não agir, poderá ocorrer um grave prejuízo, diante do risco de perecimento do direito. Por outro lado, na tutela da evidência, havendo essa dúvida, e não existindo obviamente o risco pela demora, a tendência do magistrado, lamentavelmente, é não conceder a medida. O pensamento mais comum nesse caso lamentavelmente costuma ser: na dúvida, melhor não alterar o *status quo*. E é precisamente nesse momento que aquilo que normalmente acontece (como elemento de convicção a partir da experiência da vida) pode auxiliar para a concessão da tutela.

Já se reconheceu que, em casos de carência probatória ou de contradição entre os elementos de prova, a conclusão pode ocorrer *segundo a solução mais justa ou próxima do que normalmente ocorre (id quod plerumque accidit)* ou ainda tomando em consideração a conduta das partes⁴⁹⁵. Essa é a razão pela qual a conduta pretérita das partes e as circunstâncias de sua atuação processual também podem constituir acréscimos importantes para o convencimento e a concessão da tutela da evidência.

Com efeito, a experiência da vida pode ser utilizada para estimular a concessão da

⁴⁹² CALAMANDREI, Piero. *Studi sul processo civile*, volume sexto, Padova: Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957, p. 117.

⁴⁹³ Como já exposto, a palavra aqui não tem o sentido de juízo de probabilidade ou juízo provisório.

⁴⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 273.

⁴⁹⁵ KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 23.

tutela da evidência. Essa é uma ideia importante para o desenvolvimento do presente trabalho: a verossimilhança (traduzida como aquilo que *normalmente acontece*) pode ser um fator a estimular a concessão da tutela da evidência. Nesse sentido, a própria vivência do magistrado constitui mais um elemento na formação de seu convencimento.

4.9 A PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO E AS CORES DA PAISAGEM

Toda forma de antecipação da tutela (aqui incluída, obviamente, a tutela da evidência) privilegia a posição do autor, em detrimento dos interesses do réu. Isso é da própria natureza dessa técnica processual.

Entretanto, não há com ignorar que tal opção de inversão ou mera distribuição do ônus do tempo no processo gera riscos. O que se busca na antecipação é remediar a injustiça da espera do autor, *quando as cores da paisagem sugerem que do seu lado é que está a razão. Semelhante raciocínio, fundamentalmente correto, gera, porém, se nos limitarmos a olhar para uma única margem da estrada, o risco de perpetrarmos outra injustiça, de sinal contrário, mas não menor gravidade*⁴⁹⁶.

Assim, justamente para permitir um equilíbrio na defesa das pretensões de ambas as partes, deve-se instituir cautelas que atenuem o risco ou possam assegurar o ressarcimento de eventuais prejuízos. A caução judicial tem por objetivo assegurar preventivamente o eventual direito ao ressarcimento do dano, que poderá surgir se no juízo definitivo a medida provisória acabar sendo revogada a favor daquele que sofrera os seus efeitos⁴⁹⁷. Afinal, a estrada tem duas margens e as *cores da paisagem*⁴⁹⁸ podem mudar.

4.9.1 A caução e a igualdade entre as partes

A caução é considerada um instrumento idôneo para restabelecer a igualdade entre as partes, diante dos riscos da tutela sumária. Constitui, conforme lição de Chiovenda, uma forma de contra-cautela, para assegurar o futuro e eventual ressarcimento do dano⁴⁹⁹. Como destaca

⁴⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual, oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 84.

⁴⁹⁷ CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936, p. 45.

⁴⁹⁸ Na bela imagem de Barbosa Moreira, conforme nota acima.

⁴⁹⁹ “Per garantire il ressarcimento dei danni, a chi si ebbe tolto o diminuito il godimento d’un bene in virtù d’una misura provvisoria, questa può essere di solito accompagnata da una misura di *controcautela*, cioè

Andrea Proto Pisani, isso ocorre notadamente quando, de um lado, há risco de prejuízo aos interesses do réu, em virtude do fato da medida cautelar revelar-se injustificada no futuro; e de outro, a possibilidade econômica do autor para prestar a referida contracautela⁵⁰⁰.

Trata-se, assim, de um provimento contra cautelar, apto a restabelecer a isonomia entre os litigantes que se encontram sob a ameaça de risco de dano⁵⁰¹. Ou, em outras palavras, de uma *proteção provisória invertida*⁵⁰². Sob essa ótica, a caução se faz necessária porque a preocupação em evitar que a duração do processo cause dano a quem tem razão gera, por outro lado, a possibilidade de causar prejuízo ao réu que resulte vitorioso ao final do processo, após a cognição exauriente⁵⁰³. Ela constitui, nessa medida, um *legítimo instrumento de contrapeso*, o qual deve ser analisado a partir do trinômio exigibilidade, suficiência e qualidade⁵⁰⁴.

Com efeito, a tutela provisória não pode gerar desequilíbrio entre as partes a ponto de favorecer indevidamente o autor, em detrimento dos interesses do réu. Ela não pode, por exemplo, criar um prejuízo irreparável ao requerido, uma vez que sua concessão se baseia em mero juízo de probabilidade⁵⁰⁵.

Essa preocupação em equilibrar os interesses em jogo é natural em todos os sistemas que se valem da tutela baseada em cognição sumária. Na Bélgica, por exemplo, a própria apreciação do que é ou não urgente decorre de uma confrontação entre dois prejuízos eventuais: o do autor, se a situação permanecer como está, e o do réu, se ele for reconhecido como vitorioso⁵⁰⁶.

A França, por sua vez, tem o cuidado de exigir que a jurisdição sumária seja conduzida

l'ordine all'attore di prestare cauzione". (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, 2ª ed, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 251).

⁵⁰⁰ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*, sexta edizione, Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 610.

⁵⁰¹ "In tanto però lo strumento della cauzione, coordinato con la responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c, è idoneo a ristabilire un'eguaglianza tra le parti entrambe minacciate da un pericolo di danno". (PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*, in *Rivista di Diritto Civile*, Padova: Cedam, 1987, p. 131).

⁵⁰² Cécile Chainais fala em *protection provisoire inversée*. (CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 745).

⁵⁰³ PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*, sexta edizione, Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 609.

⁵⁰⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 414 e 415.

⁵⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Arts. 294 a 311. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.) *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 934.

⁵⁰⁶ CLOSSET-MARCHAL, Gilberte. L'urgence. In: COMPERNOLLE, Jacques van; TARZIA, Giuseppe (directeurs). *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien: étude de droit comparé*, Bruxelles: Bruyant, 1998, p. 22.

pelo presidente do tribunal ou por magistrados mais experientes. Há, nesse aspecto, a denominada presidencialização da tutela provisória⁵⁰⁷. Yves Strickler relata que uma pesquisa, realizada em 1991, demonstrou que a antiguidade dos juízes de *référé* era de 10 (dez) a 35 (trinta e cinco) anos de magistratura, com exceção de um juiz presidente do tribunal de comércio (que possuía 05 anos de experiência) e de um outro magistrado cuja carreira contava apenas com 07 anos e meio⁵⁰⁸.

Essa antiguidade, ou melhor dizendo, experiência exigida para os magistrados que atuam na jurisdição sumária é extremamente interessante. Há uma dupla vantagem: de um lado, privilegia-se o conhecimento da atividade judicial antes de se conceder o poder de decisão baseado em mera probabilidade; de outro, permite-se decisões mais ousadas e corajosas, típicas de quem já tem anos de magistratura. Isso porque, se na vida em geral os jovens tendem a ser mais corajosos que os mais antigos, no exercício do poder jurisdicional a dinâmica parece ser inversa: juízes mais experientes costumam adotar posições mais corajosas que aqueles magistrados em início de atividade. A lógica parece decorrer do receio de reforma de suas decisões e do impacto disso na progressão da carreira.

Entretanto, independentemente do nível de experiência do magistrado, toda e qualquer medida concedida em caráter provisório, mediante cognição sumária, gera riscos. Isso ocorre tanto no que diz respeito à sua concessão, quanto ao seu indeferimento. Essa é uma realidade da qual os provimentos sumários não podem escapar. Negar a antecipação da tutela também pode gerar graves prejuízos, embora nem sempre isso esteja claro na visão de quem decide. Justamente por isso, Barbosa Moreira falava em um *beco*, para o qual se deveria encontrar uma saída⁵⁰⁹. Propunha ele que se considerasse ambos os riscos para avaliar qual seria o menor.

Mas, uma vez tomada a decisão, a prestação de caução constitui o caminho mais adequado para que a tutela provisória não ocasione um peso exagerado e desproporcional à posição jurídica do réu. Afinal, o intuito de evitar uma injustiça certa, por causa da lenta prestação jurisdicional, não pode causar uma injustiça ainda maior, mediante julgamento sumário⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 250.

⁵⁰⁸ STRICKLER, Yves. Procédure civile. 8 édition, Bruxelles: Éditions Bruylant, 2018, p. 280.

⁵⁰⁹ “Efeitos irreversíveis podem surgir, portanto, quer no caso de conceder-se, quer no de negar-se a antecipação. É mister encontrar uma saída para esse beco. E a atitude mais razoável consiste em proceder a uma valoração comparativa dos riscos; em outras palavras, balancear os dois males, para escolher o menor”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 83).

⁵¹⁰ STRICKLER, Yves. Procédure civile. 8 édition, Bruxelles: Éditions Bruylant, 2018, p. 280.

4.9.2 A utilização da caução na tutela da evidência

Na Itália, Giovanni Arieta sustenta que, em virtude de sua função de promover o equilíbrio entre as partes, a caução deve ser considerada uma exigência decorrente de um princípio geral e, como tal, aplicável a todos os procedimentos cautelares⁵¹¹. Sua incidência deve ocorrer não apenas em relação às medidas conservativas com efeitos irreversíveis, mas também nos casos de antecipação dos efeitos da tutela. Por outro lado, Edoardo F. Ricci esclarece que o art. 669*novies* do Código de Processo Civil italiano, que prevê a caução, não se aplica às medidas antecipatórias concedidas no curso do processo ordinário com base nos arts. 186*bis*, 186*ter* e 186*quater* do mesmo diploma⁵¹².

No sistema francês existe uma clara tendência à não utilização de caução pelos juízos do *référé-provision*. Lá, para a concessão da tutela da evidência, é possível o estabelecimento de uma garantia, embora esta não constitua uma providência obrigatória. Com efeito, o art. 489 do Code de Procédure Civile⁵¹³, ao mencionar que a ordem de *référé* constitui um título provisoriamente executável, prevê que o juiz *pode* subordinar essa execução provisória à constituição de uma garantia. Observe-se que há uma grande liberdade na decisão quanto à fixação ou não de caução. Isso se deve, justamente, à ideia de contestação não séria. Em outras palavras, os franceses consideram muito baixo o risco de reversão da decisão provisória de evidência, justamente porque a obrigação não se mostrou seriamente contestável. Daí a lógica se inverte: passa a ser natural a antecipação dos efeitos da condenação, inclusive com a dispensa de caução.

Nesse sentido, a prévia adoção de tal precaução, tal como a constituição de uma garantia, deve ser considerada pelo magistrado. Mas tal mecanismo não encontra muito sucesso, ou seja, é pouco utilizado. A justificativa é muito clara: para aquele juiz que já reconheceu que a obrigação não é seriamente contestável, torna-se muito difícil condicionar o cumprimento da

⁵¹¹ ARIETA, Giovanni. I Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., (1982), seconda edizione, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985, p. 160.

⁵¹² “Dans le champ d'application de la disposition ne sont en effet pas comprises les mesures anticipatoires de la condamnation qui peuvent être prononcées au cours du procès ordinaire sur base des articles 186*bis*, 186*ter* e 186*quater* du code de procédure civile (qui sont des injonctions préalables à la decision du fond); et ne sont pas non plus comprises toutes les autres mesures provisoires contenues dans le code de procédure civile qui seraient diferentes de celles auxquelles l'art. 669*quaterdecies* se réfère expressément”. (RICCI, Edoardo F. Le dédommagement du préjudice subi par l'exécution de mesures provisoires injuste. In: COMPERNOLLE, Jacques van; TARZI, Giuseppe. Les mesures provisoires em droit belge, français et italien: étude de droit comparé. Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 413)

⁵¹³ Art. 489. L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peut toutefois subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522

sua decisão à exigência de uma reserva para eventual restituição futura. Nesse sentido, Yves Strickler afirma que por força do caráter provisório do *référé*, tal exigência não chega a ser insólita, mas a *psicologia humana tem seus limites!*⁵¹⁴

Saliente-se que, no Brasil, o Código de Processo Civil de 2015, ao tratar da tutela provisória, somente previu a caução para as hipóteses de urgência (art. 300, § 1º)⁵¹⁵, nada dispondo a respeito dessa forma de contracautela na tutela da evidência. Isso, contudo, não afasta sua necessidade para os atos que importem no levantamento de dinheiro ou qualquer outra situação de que possa resultar dano grave ao réu. O motivo é claro: trata-se de uma espécie de tutela provisória, a qual poderá ser revogada pela decisão proferida ao final, após a cognição exauriente. Além disso, sua execução se faz, no que couber, mediante as regras da execução provisória (art. 297, parágrafo único do Código de Processo Civil). Assim, a efetivação da tutela da evidência, quando importar em levantamento de dinheiro, se sujeita à disciplina do art. 520, IV do Código⁵¹⁶.

Não há dúvida, realmente, de que por força da previsão do art. 520, IV do Código de Processo Civil, qualquer levantamento de dinheiro, por força de regras da execução provisória, estará sujeito à prestação de caução.

O questionamento, porém, é quanto à exigência de caução para o cumprimento da tutela da evidência quando não se tratar de levantamento de dinheiro ou ato que gere risco de dano grave. Nesse caso, não incidirá a regra do art. 520, IV do Código. E, diante da inexistência de previsão no art. 300, § 1º, a imposição de caução pelo magistrado não tem fundamento legal.

Partindo dessa premissa, entende-se não ser exigível a caução para a concessão da tutela da evidência, fora das hipóteses de levantamento de dinheiro e dos casos dispostos no art. 520, IV do Código de Processo Civil⁵¹⁷. Isso porque ela somente se justifica quando servir para

⁵¹⁴ A importância dessa passagem da obra de Strickler justifica a citação integral e no original: “C’est pourquoi une précaution prise antérieurement, entre autres la constitution d’une garantie, est à envisager. On connaît cependant le manque de succès de ce mécanisme. Et ce constat n’est pas étonnant. Le juge des référés qui affirme que la créance n’est pas sérieusement contestable aura du mal, dans le même instant, à assortir sa décision d’une réserve tenant à l’éventualité d’une restitution. Certes, compte tenu du caractère provisoire de l’ordonnance de référé, une telle mesure n’aurait rien d’insolite, mais la psychologie humaine a ses limites!”. (STRICKLER, Yves. Procédure Civile, 8. édition, Bruxelles: Bruylant, 2018, p. 290 e 291).

⁵¹⁵ Art. 300. § 1º. Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

⁵¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça, (2017), 2ª ed, rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 345. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 279.

⁵¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 279.

evitar um risco de relevante prejuízo à parte que sofre os efeitos da medida antecipatória. A lógica é muito clara: se não houver risco relevante, a tutela da evidência, ainda que concedida em sede de cognição sumária, não gera a necessidade de caução.

Sem contrariar tal raciocínio, Daniel Penteado de Castro entende que tanto a responsabilidade objetiva (decorrente da revogação da tutela provisória), como a respectiva exigibilidade de caução, se estendem à tutela da evidência⁵¹⁸. E assim pensa, inobstante destacar que o art. 300, § 1º limita-se à tutela de urgência. Segundo ele, a inexistência dessa previsão legal na parte da tutela provisória é irrelevante. Havendo risco ao réu e mediante o cotejo à luz do princípio da proporcionalidade e do juízo do mal maior, poderá o juiz exigir a prestação de caução⁵¹⁹. Como se vê, o que une ambos os entendimentos é a convicção de que havendo risco ao réu, impõe-se a exigência de caução por força do já citado art. 520, IV. Esse é também o entendimento de Humberto Theodoro Junior, ao afirmar que mesmo não tendo a lei condicionado, de maneira sistemática, a prestação de caução, o juiz deve impô-la, se as circunstâncias assim o aconselharem⁵²⁰.

O que realmente merece destaque é o fato de a caução não constituir algo inerente à tutela da evidência, ao contrário do que ocorre na tutela de urgência. Em suma, havendo direito evidente, ela não deve ser exigida, salvo se existir risco grave (relevante) para o réu.

4.9.3 A dispensa da caução e a tutela da evidência

É bem verdade que a caução também pode ser dispensada nos termos do art. 521 do Código de Processo Civil, isto é, quando o crédito for de natureza alimentar, quando houver situação de necessidade do devedor, quando pender o agravo do art. 1.042 ou ainda quando a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou com acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos. Essas são as hipóteses legais de exceção à sua exigibilidade.

Contudo, como muito bem observado, o art. 521, IV do Código de Processo Civil não

⁵¹⁸ CASTRO, Daniel Penteado de. Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil, Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 287 e 288.

⁵¹⁹ CASTRO, Daniel Penteado de. Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil, Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 288.

⁵²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, v. I, 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 618.

se aplica à tutela da evidência, na medida em que esta pressupõe uma instrução incompleta⁵²¹. O referido dispositivo foi pensado para as situações em que já há sentença (portanto, produção completa de provas) e a tese jurídica adotada na decisão coincide com o posicionamento das Cortes superiores. Por tal razão, sempre que a tutela da evidência puder gerar grave dano à parte contrária, ou seja, toda vez que houver o risco previsto no art. 520, IV do Código de Processo Civil, deve ocorrer a exigência de caução. Essa é a única forma de equilibrar as situações processuais das partes e, ao mesmo tempo, autorizar a antecipação dos efeitos da tutela.

De qualquer forma, o raciocínio que está na base da dispensa da caução nos casos do art. 521, incisos III (pender o agravo do art. 1.042) e IV (sentença em consonância com orientação dos tribunais superiores) é justamente o da raridade da reforma da decisão. Ou seja, aquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*). Este é um ponto extremamente importante da doutrina de Chiovenda: a rara ocorrência de reforma poderia autorizar desde logo a execução. Tal raridade justificava uma autorização do legislador para a execução antes do final do processo. Como exposto no Capítulo 8, Chiovenda admitia que o processo pudesse se comportar conforme *o que geralmente acontece*, mais do que conforme o que efetivamente *pode acontecer*⁵²². Essa lógica é muito clara: se a tendência pelas Cortes superiores é de manutenção da decisão, por que não permitir que tais (prováveis) direitos sejam realizados desde logo?

Essa é também a razão pela qual é possível a dispensa de caução nas hipóteses em que pender apenas o agravo do art. 1.042 ou a decisão tiver o mesmo sentido da orientação pacificada nos tribunais superiores.

A caução, em síntese, deve favorecer a concessão da antecipação da tutela. Jamais o contrário. A respeito, lembre-se da crítica feita por Sergio Cruz Arenhart quanto ao fato dela poder constituir um *verdadeiro obstáculo intransponível para o uso desse mecanismo*⁵²³. Daí a

⁵²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 279.

⁵²² “Ma chi intende il processo come un organismo di attuazione *del diritto oggettivo* e l’azione come un diritto autonomo, comprende più facilmente che il processo, nell’interesse generale, si comporti talvolta secondo ciò che *generalmente accade* anzichè secondo quello che efetivamente *può accadere* nel caso concreto. È lo Stato che, in considerazione dell’autorità del giudice d’appello e della rarità (in via relativa, cioè di percentuale) delle riforme della sua sentenza, si determina a porre le mani sui beni del convenuto condannato in appello, sebbene no si sappia se sia veramente debitore, e ciò perchè *normalmente*, il convenuto condannato in appello é veramente debitore, ed è utile, nell’interesse generale del commercio giuridico, considerarlo *sempre* come tale. Ma questo è un diritto dello Stato (come, in altro campo, è un diritto dello Stato la detenzione preventiva dell’imputato): a questo diritto dello Stato corrisponde nel privato una mera azione”. (CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile (1935), vol. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 215).

⁵²³ ARENHART, Sérgio Cruz. A antecipação de tutela e as alterações da Lei 10.444/2002, in Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão/ Luiz Guilherme Marinoni,

recomendação de seu uso de uma forma adequada, evitando que o objetivo de oferecer mais segurança acabe por inviabilizar a antecipação. Essa é a razão pela qual a caução, nas palavras de José Roberto Bedaque, constitui solução legítima para manter o equilíbrio e a igualdade processual se a parte de quem se exige a garantia tiver condições econômicas de prestá-la. Caso isso não ocorra, a imposição de tal ônus acabará por constituir óbice intransponível à efetividade do processo⁵²⁴. Disso decorre a possibilidade do juiz fazer uma avaliação da necessidade ou não de fixação de caução, diante das peculiaridades de cada caso concreto examinado.

4.9.4 A adoção de outras contracautelas

Lembre-se ainda que a adoção de contracautelas pelo magistrado, para viabilizar a concessão da tutela provisória, não se limita à exigência de caução. Valem aqui a criatividade e o poder de inovação do magistrado, para assegurar às partes paridade no tratamento processual (art. 7º do Código de Processo Civil) e ao mesmo tempo zelar pela eficiência na aplicação do ordenamento jurídico (art. 8º do Código de Processo Civil).

Na Itália, Giovanni Arieta, ao tratar da aplicação do art. 700 do Codice di Procedura Civile, cita o exemplo do magistrado que, ao determinar cautelarmente a entrega de mercadorias, alterou a cláusula contratual que permitia o pagamento posterior, ou seja, após um período de tempo. Assim, para conceder a medida e ao mesmo tempo evitar um risco ao réu, determinou que o pagamento ocorresse no próprio ato de entrega dos bens⁵²⁵. Nem tudo, portanto, se limita às contracautelas previstas em lei.

Egas Dirceu Moniz de Aragão afirma que no exercício do poder de garantir a parte contra a cautela deferida à outra tem o juiz liberdade ainda maior do que no de acautelar. Na fixação da contracautela *suas mãos ficam livres para construir a melhor solução*⁵²⁶. De igual

coordenador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 281 e 282.

⁵²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização) (1998), 5ª ed., rev. e ampl, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 437.

⁵²⁵ “La comparazione degli interessi in gioco deve portare il giudice della cautela a disporre effetti assicurativi non giustificati da effettive esigenze cautelari e che siano particolarmente onerosi per il soggetto passivo: così Pret. Roma 12 dicembre 1983, Pret. Varrone, in Foro pad. 1984, I, 163, che sul presupposto dell’irreparabilità del danno cagionato dalla illegittima ed unilaterale sospensione di un rapporto di fornitura di cinescopi, ha ordinato, in via provvisoria e cautelare, al soggetto passivo di riprendere la fornitura ‘modificando’ la clausola contrattuale che prevedeva il pagamento differito e disponendo il pagamento contrassegno”. (ARIETA, Giovanni. I provvedimenti d’urgenza: ex art. 700 c.p.c, seconda edizione interamente riveduta ed ampliata, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985, p. 74).

⁵²⁶ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Medidas cautelares inominadas. In: Revista Brasileira de Direito Processual, v. 57, 1º Trim. 1988, Rio de Janeiro: Forense, p. 58).

forma, Ovídio Baptista da Silva afirma haver a possibilidade da *adoção de outras alternativas de que o juiz poderá lançar mão, ao impor ao beneficiado pela liminar, a prestação de garantias*⁵²⁷. E dá como exemplo a possibilidade do magistrado impor, como contra-cautela, a obrigação do autor contratar um seguro que cubra os eventuais danos que venham a ser causados. Assim, um seguro de responsabilidade civil poderia atender às exigências da lei⁵²⁸.

Em síntese, a caução é um importantíssimo instrumento para assegurar o equilíbrio entre as partes, no que diz respeito aos riscos da concessão da tutela provisória. Serve, assim, como um estímulo legalmente previsto para a antecipação dos direitos, principalmente nos casos de urgência. Todavia, em se tratando de tutela da evidência, não há previsão legal para sua imposição, a não ser nos estritos limites do art. 520, IV do Código de Processo Civil. Essa é a lógica que deve prevalecer. Afinal, se o direito já está evidenciado, o risco de reversão da decisão é muito pequeno.

⁵²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de processo civil (1987), volume III, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 115.

⁵²⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de processo civil (1987), volume III, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 116.

5 CONCEITO DE TUTELA DA EVIDÊNCIA

A tutela da evidência não constitui propriamente uma novidade no sistema implementado pelo Código de Processo Civil de 2015. Ela já existia em leis esparsas, em dispositivos do Código de 1973, e em meados dos anos 90, com a edição da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, passou a ser prevista de forma genérica no art. 273, II daquele diploma. A tutela da evidência também se fazia presente nas liminares em ações possessórias, ações de despejo e embargos de terceiro, como se esclarece em tópico específico. Naquela época, contudo, não tinha essa denominação⁵²⁹ e o art. 273 a restringia às hipóteses de conduta abusiva do réu. Agora, de maneira bem mais ampla, o legislador procurou abranger várias hipóteses de prova suficiente quanto às alegações do autor e à fragilidade (consentânea ou futura) da defesa do réu.

Mas para além do disposto na lei, o que mais importa é a concepção de que tutela da evidência não constitui um outro tipo de tutela, diversa da tutela final. Ela é, na verdade, uma técnica processual que permite antecipar os efeitos da tutela final em determinadas circunstâncias e sem qualquer vinculação à urgência, diante da probabilidade do direito do autor e da fragilidade da defesa. A propósito dessa denominação, e não estando presente a característica da urgência, *adotou-se a expressão ‘tutela da evidência’, que identifica o aspecto essencial a essa modalidade de tutela provisória, qual seja o alto grau de plausibilidade do direito afirmado*⁵³⁰.

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

⁵²⁹ Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo esclarecem que “apesar da origem latina e – para alguns, também grega – do vocábulo *evidência*, não se pode descartar a possível influência do significado da palavra inglesa *evidence* na concepção da tutela da evidência, em especial aquela prevista pelo novo Código de Processo Civil brasileiro. *Evidence*, em inglês, quer dizer *prova*. Aparentemente, não é mera coincidência a circunstância de que, como será abordado adiante, 3 (três) das 4 (quatro) hipóteses previstas nos incisos do art. 311 do Código exigem *prova documental* como requisito essencial para a concessão da tutela da evidência”. (YARSHELL, Flávio; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. In: BUENO, Cássio Scarpinella [et al] (coord.). Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 455). Importante, contudo, lembrar que a tutela da evidência não se baseia apenas na prova, mas também na fragilidade da defesa do réu. Assim, em verdade, tutela da evidência decorre da inconsistência das alegações do réu. Inconsistência essa já existente nos autos ou presumida.

⁵³⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória. In: Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXV, n. 126, maio 2015, p. 139.

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*⁵³¹.

Baseando-se nessas premissas, os tópicos a seguir procuram desenhar um novo conceito para a tutela da evidência. O que se quer demonstrar é que tal técnica deve ser aplicada genericamente e não apenas em hipóteses taxativas. Essa nova forma de ver a tutela da evidência parte da premissa de uma distribuição mais adequada do tempo necessário para a produção da prova. Mas, antes de apresentar uma definição de tutela da evidência, o que se busca é identificar seus elementos e o que ela significa no novo cenário processual.

5.1 TUTELA E TÉCNICA PROCESSUAL: DISTINÇÕES

A tutela jurisdicional consiste em uma das formas de tutela dos direitos, mais especificamente na resposta do Estado, após a provocação do suposto titular de algum direito material⁵³². Contudo, a tutela dos direitos não se limita à tutela jurisdicional. Ela abrange também a proteção dada pelas normas de direito material e pela própria atividade administrativa estatal⁵³³.

Por outro lado, é importante destacar que só há tutela do direito quando a decisão interlocutória ou a sentença reconhecem a existência do direito material⁵³⁴. Em outras palavras, tutela jurisdicional existirá tanto na decisão de procedência como na de improcedência. Mas a tutela do direito restringe-se à procedência do pedido. Essa é a razão pela qual não se deve confundir a tutela do direito (enquanto proteção no plano material) com as técnicas processuais utilizadas para esse objetivo. A tutela dos direitos consiste na ajuda ou amparo que, por obra dos juízes, ministra-se a quem tem razão em um processo⁵³⁵. Daí porque, nessa mesma visão,

⁵³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória. In: Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXV, n. 126, maio 2015, p. 364.

⁵³² A finalidade do processo civil, consistente na tutela do direito material vem sendo destacada por Luiz Guilherme Marinoni desde o início dos anos noventa. Nesse sentido MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 85 a 97.

⁵³³ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni esclarece que a tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pelas normas de direito material e pela Administração constituem espécies do gênero tutela dos direitos. (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. (2004). 5ª ed, rev. ampl. e atual. de acordo com o CPC/2015, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 100).

⁵³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. (2004). 5ª ed, rev. ampl. e atual. de acordo com o CPC/2015, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 100.

⁵³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: Revista de Processo, vol. 81, Jan-Mar/1996, p.

só é merecedor da tutela aquele litigante cuja pretensão esteja assegurada pelo direito material. Verdadeiramente, tutela significa o *resultado jurídico-substancial do processo*⁵³⁶, isto é, a repercussão que a prestação jurisdicional causa no plano material dos direitos.

Já a antecipação da tutela consiste em uma técnica processual para permitir que os efeitos da decisão final repercutam imediatamente no mundo dos fatos. Essa constitui, portanto, uma forma legalmente aceita pelo sistema e que tem como objetivo a produção do resultado desejado. A antecipação consiste em um fenômeno interno a determinado procedimento, o qual modifica a disciplina temporal mediante o deslocamento da posição de um ato processual⁵³⁷.

A distinção fica clara quando se percebe que tutela e técnica estão *em planos distintos: a primeira é resultado, a segunda é meio para sua obtenção*⁵³⁸. Daí porque a técnica antecipatória pode ser compreendida como uma maneira admitida pelo sistema para a proteção jurisdicional. O contrário de tutela antecipada é a tutela final, o que significa que não se pode contrapor tutela antecipatória com a sentença⁵³⁹. Os planos são diferentes. A decisão interlocutória e a sentença são técnicas processuais postas à disposição das partes para viabilizar a tutela dos direitos.

Ainda no que diz respeito à distinção entre tutela e técnica, importante perceber que a antecipação não traduz uma nova modalidade de tutela jurisdicional. Trata-se, em verdade, de um instituto que encontra *respaldo na técnica aplicada como meio ou forma diferenciada em que aquela é concebida, a alcançar com maior celeridade o resultado pretendido*⁵⁴⁰.

Importante notar a relação íntima existente entre a tutela dos direitos e a técnica processual empregada. A efetividade da primeira depende da existência e adequação da segunda. Nessa medida, Flávio Yarshell esclarece que a tutela se refere à proteção que se proporciona por meio da jurisdição, destacando, porém, que essa proteção não reside apenas no *resultado final (produto)* da atividade jurisdicional, mas bem ainda no *meio (processo)*

54-81.

⁵³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Ideias para um renovado direito processual. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (organizadores). Bases científicas para um renovado direito processual (2009). 2ª ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 136.

⁵³⁷ TOMMASEO, Ferruccio. I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria. Padova: Cedam, 1983, p. 16.

⁵³⁸ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória (2013). 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 70.

⁵³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. (2004). 5ª ed, rev. ampl. e atual. de acordo com o CPC/2015, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 101.

⁵⁴⁰ CASTRO, Daniel Penteado de. Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil, Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 31.

empregado para o seu exercício⁵⁴¹. Em outras palavras, a tutela jurisdicional enquanto proteção dos direitos pressupõe, naturalmente, a utilização de uma técnica processual adequada. Uma não existe sem a outra.

A importância das técnicas processuais reside justamente em sua capacidade de fornecer condições para a tutela dos direitos. O correto manejo dessas técnicas de cognição, antecipação, sentença e atuação dos direitos é o que permite a própria tutela⁵⁴².

5.2 A INVERSÃO DA ORDEM ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO NA TUTELA PROVISÓRIA

A tutela jurisdicional dos direitos ocorre mediante duas atividades principais. A primeira se refere à cognição, ou seja, à possibilidade de conhecer os fatos e declarar a própria existência do alegado direito. É a chamada *jurisdictio*, por muito tempo considerada como a atividade mais nobre ou de maior importância. A segunda, relaciona-se à capacidade em utilizar legitimamente a força para garantir a satisfação do referido direito. Trata-se do poder de *imperium*. Hoje se reconhece que ambas, evidentemente, têm igual importância. De nada vale declarar sem realizar. *O direito de ação não pode mais ser visto como direito a uma sentença sobre o mérito. O direito de ação, no Estado contemporâneo, exige a preordenação das modalidades executivas idôneas à obtenção das tutelas prometidas pelo direito material*⁵⁴³. Tanto é assim que os Tribunais Constitucionais europeus têm vinculado a execução da sentença ao direito fundamental de ação, compreendendo a tutela jurisdicional efetiva⁵⁴⁴.

Além da condenação, a tutela do direito material exige a aplicação dos meios executivos aptos a oferecer o resultado material buscado pela parte. Não é à toa que o art. 4º das normas fundamentais do Código de Processo Civil estabelece que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Essa parte final do dispositivo mostra a enorme importância dos meios executivos para se completar a tutela dos direitos.

A propósito do desprezo histórico que sofreu a atividade de *imperium*, há um exemplo

⁵⁴¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional (1999), 2ª ed, São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 135.

⁵⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela (1995). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 32.

⁵⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. (2004). 5ª ed, rev. ampl. e atual. de acordo com o CPC/2015, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 115.

⁵⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil (2015), 3ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 103.

significativo. A expressão que denomina a função cognitiva, ou o ato de julgar (*juris dictio*), acabou por se generalizar para designar a própria função estatal da jurisdição⁵⁴⁵. Esta passou a ser o ato de “dizer o direito” e não necessariamente o de realiza-lo. Essa função subsequente era normalmente vista como algo secundário, de menor importância e não tipicamente jurisdicional. Nesse sentido, a doutrina vinha reconhecendo uma relevância sempre maior à cognição⁵⁴⁶.

Na doutrina italiana, fica muito clara a concepção de um caminho *normal* para o processo que pressuponha declaração prévia, certeza jurídica e apenas posteriormente a execução. Trata-se do princípio da *nulla executio sine titulo*.

Nesse sentido, Chiovenda considerava *anormal* que uma sentença não definitiva permitisse a execução. Partia do raciocínio de que deveria haver uma separação entre a definitividade da cognição e a sua executividade⁵⁴⁷. Obviamente, aquela antecederia esta para que a realização dos direitos somente ocorresse após a obtenção da almejada certeza jurídica.

O ciclo normal e *completo da tutela jurisdicional*, como diz Liebman⁵⁴⁸, exige que a cognição, em sua forma exauriente, anteceda a execução do direito. Esta só deveria ocorrer após aquela. Daí porque se entende que normalmente, a declaração judicial, baseada em cognição plena, antecede a satisfação do direito. Extremamente significativa é, nesse sentido, a lição de que a *relação corrente entre os dois processos* (cognição e execução) *pode designar-se de*

⁵⁴⁵ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil, v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812*/ Alcides Munhoz da Cunha [coordenação de Ovídio Baptista da Silva]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 78 e 79.

⁵⁴⁶ “A atividade cognitiva é considerada o núcleo mais expressivo da jurisdição, tanto que autores de renome consideravam o “processo de conhecimento” como “jurisdicional”, em contraposição ao executivo e ao preventivo. Realmente, a cognição, como a atividade de conhecer fatos e direito para julgar, lega ao Judiciário a tarefa de dizer o direito – *jus dicere* – aplicável à espécie, substituindo a inteligência dos contendores na compreensão dos fins da lei”. O Judiciário, através da cognição, aplica a lei ao caso concreto, impondo a sua vontade, exteriorizada no ato final, com coerção e autoridade”. (FUX, Luiz. *Tutela da segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 07).

⁵⁴⁷ “Nel frattempo può aversi la figura d’una sentenza *non definitiva* ma *esecutiva*, e quindi la separazione della definitività della cognizione e dalla esecutività. Ciò avviene in primo luogo quando la condanna sia confermata o pronunciata dal giudice d’appello, e ciò perché la sentenza d’appello, sebbene *non definitiva* perchè soggetta a ricorso in cassazione, è tuttavia *esecutiva*, perchè il ricorso in cassazione non sospende l’esecuzione della sentenza (art. 520 cod. proc. civ.) e lo stesso dicasi della domanda per revocazione (art. 503). Sebbene tuttavia questa sia una figura anormale, perchè ci presenta un’azione esecutiva non coincidente affatto colla certezza giuridica, la cognizione del giudice non dà luogo qui a speciali osservazioni, perchè la separazione tra esecutività e definitività avviene, non in virtù d’uno speciale provvedimento del giudice, ma per virtù della legge, la quale volendo, nell’interesse generale del credito, facilitare a chi si vanta creditore la via dell’esecuzione forzata, trova sufficiente il riconoscimento del diritto avvenuto da parte del giudice d’appello, per aprire senz’altro la via all’esecuzione” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, volume I, 2ª edizione, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 214).

⁵⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1947, p. 60.

*conexão sucessiva, que se reflete, por exemplo, nos pressupostos processuais da execução*⁵⁴⁹. Em outros termos, a cognição antecede normalmente a execução. São, pois, momentos distintos e sucessivos.

Note-se que existe uma relação muito próxima entre a tendência a não postecipar o contraditório e a separação entre cognição e execução⁵⁵⁰. Isso porque se não se pode postergar a manifestação do réu, também não se deve executar antes do término da cognição.

Mas doutrina, a legislação e a jurisprudência admitem que, em determinadas situações, ocorra uma alteração na ordem tradicional das atividades jurisdicionais. Ou melhor, que essas atividades se mesquem. Eduardo Talamini afirma que, nesses casos, execução e cognição *não estão reunidas como duas fases distintas que se sucedem: entremeiam-se no seu curso*⁵⁵¹. É o que se verifica em relação à tutela provisória.

Observe-se que não se está apenas a falar da mera asseguarção do direito, típica da tutela cautelar, meramente conservativa. O que se autoriza, nesse caso, é a própria realização do direito material, antes mesmo da obtenção da certeza quanto à sua existência. A antecipação da tutela, nesse aspecto, torna-se uma técnica que assegura o pleno e adequado acesso à justiça. Ela busca distribuir entre os litigantes os *efeitos deletérios da demora (fisiológica ou patológica)* do processo⁵⁵². A propósito dessa mudança na ordem legal dos provimentos, Cassio Scarpinella Bueno afirma que a tutela antecipada consiste em uma *forma pela qual o processo civil passou a ter autorização para ‘começar do fim para o começo’ (da satisfação de seus resultados para a confirmação desses mesmos resultados)*⁵⁵³. De fato, o que a antecipação da tutela faz é alterar o momento de concessão dos provimentos executivos e declaratórios. Talvez por isso se trate do instituto mais revolucionário e interessante para assegurar a efetividade dos direitos e a eficiência da prestação jurisdicional.

Com relação a esse fenômeno, François Ost destaca que não se trata de mera

⁵⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução, (1946), 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1963, p. 38.

⁵⁵⁰ Nesse sentido esclarece Luiz Guilherme Marinoni: “Perceba-se, aliás, que a impossibilidade de postecipação da ampla defesa e do contraditório é intimamente ligada à separação entre cognição e execução. Com efeito, se a ampla defesa e o contraditório não podem ser postecipados, a execução não pode ser anterior ao término da cognição”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. (2004). 5ª ed, rev. ampl. e atual. de acordo com o CPC/2015, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 43).

⁵⁵¹ TALAMINI, Eduardo. Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95, (1997), 2.ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 191.

⁵⁵² CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Duração razoável do processo e tutela antecipada, *in* Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno...[et al.], São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74.

⁵⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. XIII.

aceleração do procedimento, mas sim de uma verdadeira inversão, no plano temporal⁵⁵⁴. Aquilo que deveria suceder o fenômeno da cognição completa, na verdade, o antecede. A urgência, em princípio, autorizaria apenas as medidas conservativas. Mas a evolução do direito processual fez com que se permitisse a antecipação inclusive das medidas executivas. Exemplo claro disso é o *référé* do direito belga e do direito francês⁵⁵⁵, cujas experiências demonstram que em muitos casos as partes chegam a dispensar a propositura da ação principal⁵⁵⁶.

Saliente-se que a possibilidade de execução imediata do provimento cautelar ou antecipatório constitui uma das principais características da técnica da antecipação da tutela. Com efeito, a efetivação da medida deve ocorrer de forma automática e célere, sem qualquer outra formalidade. Em outras palavras, a imediata executoriedade é algo essencial e da sua própria natureza. Tanto é assim que a efetivação deve ocorrer logo em seguida, por determinação do mesmo juiz que concedera a medida. Como destaca Giovanni Arieta, há uma concentração dos poderes de atuação e execução no mesmo juízo que emite a medida cautelar⁵⁵⁷. Desse modo, o magistrado que concedeu a tutela sumária deve imediatamente estabelecer os meios pelos quais a mesma será implementada no mundo dos fatos. Tal implementação é, como se viu, algo inerente à própria medida.

Além dessa questão eminentemente temporal, havia ainda a supervalorização da cognição em detrimento da execução. Pierre Draï, magistrado muito atuante e que exerceu o cargo de primeiro presidente da Corte de apelação de Paris, relata que durante décadas o juiz civil era conhecido por uma característica principal, a de um *juiz de mãos amarradas*. Segundo ele, o juiz era considerado muito mais jurista que homem de ação⁵⁵⁸. Dizer o direito era mais

⁵⁵⁴ “Au plan temporel, l’effet produit n’est pas seulement d’accélération, mais aussi d’inversion: dans bien des cas, l’urgence permettra à l’*imperium* (la force) de précéder la *jurisdictio* (l’*énoncé* de la règle), immunisant le fait accompli à l’égard d’une remise en cause juridique ultérieure”. (OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 284).

⁵⁵⁵ O tema do *référé*, diante de sua importância para o objeto desse estudo, é abordado com maior profundidade em tópico específico.

⁵⁵⁶ O autor fala em *economia* do processo principal: “...mais l’expérience témoigne de ce que la décision ainsi prise en urgence permet souvent l’économie du procès ultérieur”. (OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 286).

⁵⁵⁷ “É, dunque, lo stesso giudice che emette il provvedimento d’urgenza (o il giudice istruttore in caso di pendenza del giudizio di merito) che deve stabilire quali siano, in concreto, le modalità di attuazione della misura cautelare: tali modalità costituiscono un elemento strutturale del provvedimento cautelare, il quale, cioè, proprio in quanto esso stesso ‘atto di esecuzione forzata’, non può limitarsi a stabilire in astratto quali effetti della futura decisione di merito debbano essere provvisoriamente assicurati, senza contenere la specifica indicazione dei modi attraverso i quali gli effetti provvisoriamente assicurati debbano incidere sul rapporto sostanziale dedotto”. (ARIETA, Giovanni. *I Provvedimenti d’Urgenza ex art. 700 C.P.C.*, seconda edizione, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985, p. 322).

⁵⁵⁸ “Durant des décennies – et il faudrait presque remonter à la promulgation du Code civil – le juge civil est apparu porteur d’une caractéristique essentielle, celle d’un “*juge aux mains liées*” “Le juge civil s’est,

importante que executá-lo. Essa visão foi estimulada por muito tempo na medida em que se imaginava que a atuação jurisdicional se encerrava com a declaração do direito.

De fato, no Brasil por muitos anos se imaginou que a sentença condenatória, por definir direitos, representaria em si mesma uma utilidade para as partes. Considerando que se tratava de um ato de autoridade, ela teria a possibilidade de influir na vontade do réu, fazendo com que este espontaneamente cumprisse a obrigação⁵⁵⁹. Declaração e execução eram atividades desconexas, bastante distintas e com pesos diferentes. Tal entendimento acabou por se mostrar extremamente equivocado. Com efeito, os processos de conhecimento e execução não podem ser concebidos como se *estivessem em compartimentos estanques*⁵⁶⁰.

Atualmente, ambas as funções jurisdicionais merecem igual importância e atenção. Isso porque resta afastada a ideia de que a mera declaração do direito, por decorrer de um ato de autoridade estatal, guardaria em si valor suficiente para gerar um comportamento desejável por parte do devedor. Ao cidadão, que requer a tutela jurisdicional do Estado, não basta a mera declaração do direito. É fundamental o implemento de sua satisfação.

Não há como negar, assim, a importância da efetivação das decisões. *Ninguém busca o provimento jurisdicional por fetiche*⁵⁶¹. Afinal, de que vale o reconhecimento judicial da existência do direito se o cumprimento da sentença for inefetivo ou demorar um longo período?

5.3 A PROBABILIDADE DO DIREITO E A FRAGILIDADE DA DEFESA COMO PRESSUPOSTOS SUFICIENTES PARA A ANTECIPAÇÃO

Durante muito tempo, a inversão entre as atividades de cognição e execução se limitou às situações de urgência. Fora delas, não se cogitava antecipar a futura realização do direito. Satisfazer um direito antecipadamente dependia, necessariamente, de uma situação de risco ou perigo na demora. A urgência funcionava como uma preciosa chave que dava acesso ao mundo eficaz da antecipação da tutela.

No Brasil, essa inversão passou a ser admitida, de forma genérica, apenas com a

d'abord et de façon quasi exclusive, voulu juriste plutôt qu'homme d'action." (DRAI, Pierre. "L'exécution des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal", in *Revue internationale de droit compare*, vol. 38, nº 02, Avril-juin 1986, p. 511).

⁵⁵⁹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*, v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812/ Alcides Munhoz da Cunha [coordenação de Ovídio Baptista da Silva]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 82.

⁵⁶⁰ WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 199.

⁵⁶¹ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 55.

edição da Lei nº 8.952/1994. Por força dessa alteração legislativa, passou-se a admitir a antecipação da tutela dissociada da urgência, mas desde que vinculada à defesa abusiva do réu ou ao seu propósito protelatório. Era a previsão específica do art. 273, II do Código de 1973, em sua nova redação.

Mais recentemente, porém, com a edição do Código de Processo Civil de 2015, ampliou-se a possibilidade de antecipação da tutela. Ainda que tenha mantido a hipótese do abuso na conduta do réu, o legislador foi bem mais além. É o que se examina posteriormente.

5.3.1 O Código de Processo Civil de 1973 com as alterações da Lei nº 8.952/1994

No Brasil, com a alteração implementada no Código Buzaid pela Lei nº 8.952/1994, o art. 273, II passou a admitir a antecipação da tutela nos casos dissociados da urgência. De qualquer forma, exigia-se a hipótese do abuso do direito de defesa ou do propósito protelatório do réu.

A necessária caracterização de uma conduta abusiva sempre restringiu demasiadamente a aplicação dessa valorosa ferramenta de antecipação. De um lado, havia a dificuldade na avaliação judicial quanto à própria abusividade. De outro, verificava-se uma certa timidez de advogados e juízes para fazer valer a letra da lei. Na dúvida, melhor era não antecipar. Esse foi o raciocínio que dominou tal período. Raramente eram impostas multas pela litigância de má-fé. E eram igualmente raros os casos de antecipação da tutela por abuso processual. Nesse sentido, destacava-se que muitos magistrados não haviam se conscientizado de que a adequada utilização da antecipação da tutela poderia controlar os efeitos corrosivos do tempo no processo, especialmente nos casos de abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório das partes⁵⁶².

Observe-se que ao reduzir a probabilidade de punição, o Poder Judiciário lamentavelmente estimulava as condutas de má-fé, diminuindo a expectativa de sanção para os maus litigantes⁵⁶³.

Em relação à tutela da evidência, o cenário era igualmente desanimador. Ainda que se prescindisse da urgência, o nível de exigência para a incidência da antecipação era tão alto que praticamente tornava letra morta a previsão legal. Por essa razão, a tutela da evidência foi tão

⁵⁶² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Técnicas de aceleração do processo. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 165.

⁵⁶³ WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 557.

pouco aplicada no sistema anterior do Código de 1973.

5.3.2 O Código de Processo Civil de 2015 e a noção de inutilidade

Felizmente, essa técnica, voltada a atenuar os males do tempo no processo, foi significativamente ampliada pelo legislador de 2015. Antes, restrita aos casos de abuso de direito de defesa e de manifesto propósito protelatório do réu, sua incidência era rara. Pouquíssimos foram os casos de sua aplicação prática, considerando o enorme volume de antecipações baseadas na urgência. Agora, os diversos incisos do art. 311 do Código asseguram uma antecipação baseada na produção de provas e na fragilidade da defesa do réu, não se limitando às atitudes abusivas.

Essa ampliação representa um importante avanço. Ela reflete um movimento que já se mostra significativo em outros sistemas processuais, notadamente na Itália e na França. Lá se tem observado, inclusive, uma verdadeira guinada em relação à finalidade da própria tutela provisória.

No sistema francês, por exemplo, é possível perceber que o declínio do requisito da urgência passou por duas fases. Na primeira, houve simplesmente uma maior flexibilidade para sua caracterização⁵⁶⁴. Nesse período, deixou-se de lado todo o rigor no exame da ocorrência do *periculum in mora*. A palavra urgência ganhou o significado de útil. Já se percebia aqui uma tendência de dissolução da urgência, fazendo nascer em seu lugar a simples oportunidade de uma ação rápida, em oposição à real necessidade do ato⁵⁶⁵. Na segunda fase, em um complemento do movimento anterior, a urgência passou a ser dispensada. Na verdade, ela foi deposta⁵⁶⁶, ou seja, afastada do cargo que ocupava. Teve início, então, uma verdadeira mutação da tutela sumária. Não se tratou apenas de uma maneira diferente em sua aplicação, mas de uma completa mudança em sua função⁵⁶⁷.

A tutela provisória ganhou com isso um novo e diferente objetivo. Não mais apenas

⁵⁶⁴ “À un premier stade, on assiste simplement à une extension du domaine de la protection juridictionnelle provisoire en raison de l’assouplissement de la condition de l’urgence”. (CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 500).

⁵⁶⁵ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 503.

⁵⁶⁶ Na França utiliza-se a palavra *évincée* que significa justamente ser expulso, exonerado de um cargo, deposto.

⁵⁶⁷ “Mais un palier supplémentaire est franchi lorsque la condition de l’urgence est purement et simplement évincée: on s’oriente alors vers un changement de fonction, et non seulement de domaine, de la protection juridictionnelle provisoire”. (CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 500).

proteger ou antecipar em virtude de algum risco na demora, mas satisfazer antecipadamente, em decorrência da utilidade (diante natureza das provas produzidas e da fragilidade da defesa do réu). A noção de urgência, deixou de responder à pura necessidade e passou a estar a serviço da simples utilidade⁵⁶⁸. Uma alteração funcional, realmente.

Na Itália, embora sempre tenham existido restrições derivadas da noção de *prejuízo grave e irreparável*, o que se vê também é uma evolução. Virgílio Andrioli foi um grande defensor do alargamento desse conceito, tendo sustentado que existiria *prejuízo irreparável* sempre que nem a reparação pelo equivalente, nem a indenização ou os outros meios previstos pela lei pudessem concretamente realizar integral e efetivamente o direito ameaçado⁵⁶⁹. Seguindo essa orientação, muitos tribunais tornaram-se mais maleáveis na avaliação desse pressuposto legal. Para tanto, são utilizadas algumas fórmulas estereotipadas, as quais se limitam a mencionar um dano excessivo pela demora do processo, chegando até mesmo a uma espécie de generalização da urgência⁵⁷⁰. Além disso, a condenação com reserva é um exemplo claríssimo de uma forma de tutela provisória sem urgência. Nela também há a ideia da inutilidade da perda de tempo.

É bastante interessante essa substituição da ideia de *urgência* pela de *utilidade*. Esse movimento, que ficou tão claro na França em virtude do *référé-provision*⁵⁷¹, pode ser sentido também no Brasil. No ano de 2018, por exemplo, discutiu-se no Superior Tribunal de Justiça o cabimento ou não do recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses legalmente previstas do art. 1015 do Código de 2015. Em sede de Recursos Repetitivos, e com apertada maioria de votos (7x5), prevaleceu o entendimento de uma *taxatividade mitigada* do rol do referido dispositivo, baseada justamente na *urgência decorrente da inutilidade* do reexame tardio de determinadas decisões judiciais. A tese fixada foi a seguinte: *O rol do artigo 1.015 do CPC/15*

⁵⁶⁸ “La notion d’urgence est à ce égard profondément fonctionnelle. En conséquence, loin de répondre à la pure *nécessité*, le provisoire se trouve lui-même instrumentalisé au service de la simple *utilité*. (CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 503).

⁵⁶⁹ Como destaca Cécile Chainais, se foi Virgílio Andrioli quem sustentou a tese de uma concepção mais flexível de irreparabilidade, M. Rudan no artigo *Provvedimenti d’urgenza in tema di retribuzione*, na Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, de 1962, às fls 363 e seguintes, já sustentava desde 1962 a existência dessa evolução em curso. (CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 506, nota 371).

⁵⁷⁰ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 506.

⁵⁷¹ Jacques Normand ensina que o juiz de *référé* deve atuar porque *não se pode perder tempo* (urgência) ou porque *é inútil perder tempo* (contestação não séria, dispensa da urgência) (NORMAND, Jacques. “Le traitement de l’urgence en droit processuel français: exception ou principe?”, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, tomo II, Milão: Milano – Dott.A.Giuffrè Editore, 2005, p. 1414).

é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação⁵⁷². Claríssima, portanto, a conjugação das ideias de *urgência* e de *utilidade* de uma decisão célere. No caso, a conclusão do Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de que a urgência residiria justamente na inutilidade do exame tardio.

O pressuposto para uma decisão célere deixa de ser apenas aquilo que não pode esperar. Ele passa a abranger também o que não convém esperar. A inutilidade da perda de tempo passa então a ter relevância jurídica para o fim de autorizar a concessão da tutela sumária.

Essa mutação da tutela provisória demonstra que para a evolução do direito é necessário que os operadores se libertem das amarras conceituais de tempos passados, permitindo a entrada de novas perspectivas e ideias. Apegar-se demasiadamente a antigos conceitos impede o surgimento de institutos processuais mais adequados à realidade do tempo presente. Se, alguns anos atrás, apenas se antecipava aquilo que era urgente, hoje o direito processual civil exige uma nova visão. Atualmente impõe-se a antecipação sempre que a perda de tempo se mostrar inútil.

Logo, o que se entende por tutela provisória, em sua função clássica, pode e deve sofrer alterações com o passar do tempo. Isso, longe de caracterizar uma violação à técnica, significa um aprimoramento condizente com novas realidades.

5.3.3 A mutação funcional: o *real é relacional*

O *real é relacional*⁵⁷³. Essa foi uma das grandes revelações de Pierre Bourdieu. A forma de ver as coisas se altera de acordo com o tempo e o espaço em que elas acontecem. Segundo Bourdieu, as práticas de determinada comunidade não podem ser compreendidas por elas mesmas, precisam estar relacionadas a um determinado período e local. Deve-se então evitar a transformação das propriedades que se relacionam a um momento do tempo e à posição social de um grupo em propriedades necessárias e intrínsecas desse grupo. Ou seja, é importante fazer a relação, em cada momento, de cada sociedade, ao conjunto das posições sociais, atividades e bens, os quais também se caracterizam de forma relacional⁵⁷⁴.

⁵⁷² STJ, REsp Repetitivos 1.696.396 e 1.704.520, Órgão Especial, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 05.12.2018.

⁵⁷³ “Le réel est relationnel”. (BOURDIEU, Pierre. *Raisons pratiques: sur la théorie de l’action*. Paris: Éditions Seuil, 1994, p. 17).

⁵⁷⁴ “Bref, il faut se garder de transformer en propriétés nécessaires et intrinsèques d’un groupe quelconque (la noblesse, les samouraïs, aussi bien que les ouvriers ou les employés) les propriétés qui leur incombent à un

Tal raciocínio pode ser aplicado ao direito e às práticas ou institutos processuais. Aqui também o que é real em um certo período histórico, em determinado grupo, não constitui necessariamente algo inerente e perene ao próprio grupo. Traçando-se um paralelo é possível perceber que a tutela provisória dos dias atuais não corresponde mais à visão clássica italiana. Trata-se de institutos diversos, ambos igualmente verdadeiros de acordo com suas concepções em determinado período de tempo e espaço.

Atualmente, o que se vê, além da velocidade das relações jurídicas e de um volume imenso de processos, são as várias dificuldades de estrutura. Todos esses fatores constituem elementos da realidade atual e que apontam para mudanças na forma de tutela provisória. Trata-se de uma concepção nova e consentânea com todas essas circunstâncias temporais e sociais.

Essa nova função da tutela provisória, ou seja, a possibilidade de antecipar a realização de direitos evidentes, merece ganhar força também no Brasil. A razão não reside apenas no interesse das partes, isto é, na adequação da tutela jurisdicional diante da força das provas e da fragilidade da defesa do réu, o que, a rigor, já seria de grande importância. Ela vai além. Antecipar a realização de direitos que já se mostram prováveis (inclusive pela própria defesa inconsistente) constitui uma alternativa eficiente para uma melhor gestão processual.

Cabe, nesse aspecto, uma importante reflexão a respeito do próprio papel do Poder Judiciário. Ele não é mais um mero solucionador de conflitos de interesses. Hoje percebe-se que sua atuação é muito mais ampla. Além da aplicação da lei ao caso concreto, ao Judiciário cabem também as funções de gestão processual, legitimação dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, elaboração de estratégias visando a redução de demandas⁵⁷⁵, dentre outras. Daí porque a utilização de uma técnica como a tutela da evidência, a qual estimula comportamentos processuais adequados e incentiva a realização de acordos, é extremamente recomendável. E tudo isso deve ocorrer de forma genérica, absolutamente dissociada da urgência. Independentemente do *periculum in mora*, a evidência do direito (diante da prova já produzida e da fragilidade da defesa) constitui um pressuposto necessário e suficiente para a antecipação.

moment donné du temps du fait de leur position dans un espace social déterminé, et dans un état déterminé de l'offre des biens et des pratiques possibles. On a ainsi affaire, à chaque moment de chaque société, à un ensemble de positions sociales qui est uni par une relation d'homologie à un ensemble d'activités (la pratique du golf ou du piano) ou de biens (une résidence secondaire ou un tableau de maître), eux-mêmes caractérisés relationnellement". (BOURDIEU, Pierre. *Raisons pratiques: sur la théorie de l'action*. Paris: Éditions Seuil, 1994, p. 19).

⁵⁷⁵ Nesse sentido, vide GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (organ). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155.

5.4 CONCEITO DE TUTELA DA EVIDÊNCIA COMO TÉCNICA GENÉRICA DE ANTECIPAÇÃO SEM URGÊNCIA

Ao se analisar a essência da técnica da antecipação nos casos dissociados da urgência, percebe-se que as razões da inversão entre cognição e execução residem na valoração das alegações e das provas produzidas pelas partes e não em alguma situação específica de direito material (ainda que isso também ocorra). Busca-se, ao longo do procedimento, um equilíbrio no que diz respeito ao tempo de espera para a instrução. Trata-se, assim, de uma maneira de equilibrar os valores de celeridade e certeza, mesmo nas situações dissociadas da urgência. Isso porque, já tendo o autor demonstrado satisfatoriamente os fatos constitutivos de seu direito, não deveria ele sofrer o ônus do tempo necessário para a produção de uma prova requerida pelo réu.

Identificando-se o cerne dessa técnica processual e a razão de sua aplicação genérica, procura-se construir um novo conceito de tutela da evidência.

5.4.1 O cerne da técnica processual da antecipação sem urgência

A ideia que constitui a base da tutela da evidência se refere à comparação das alegações e das provas já produzidas, com o intuito de permitir a antecipação da tutela final sempre que houver probabilidade da existência do direito do autor e inconsistência das alegações do réu. Ela se aplica quando houver necessidade de instrução, em virtude de requerimento do réu, apesar da fragilidade de suas alegações.

Aqui se deve fazer uma ressalva: quando a instrução se encontrar encerrada ou se mostrar desnecessária, o caso será de julgamento do mérito, com cognição exauriente (CPC, art. 355) e não de aplicação da tutela da evidência (CPC, art. 311). Esta última pressupõe a continuidade do processo para a realização das provas. Não faz sentido conceder tutela provisória se já existem condições para a apreciação do mérito com a cognição exauriente, que traz a vantagem da produção da coisa julgada material.

Há, contudo, uma relevante exceção. Como o sistema brasileiro manteve, lamentavelmente, o efeito suspensivo da apelação, a concessão da tutela da evidência na sentença oferece o benefício da eficácia imediata da decisão. Isso porque, nos termos do art. 1.012, § 1º, V do Código de Processo Civil, a sentença começa a produzir efeitos imediatamente quando cofirma, concede ou revoga a tutela provisória. Assim, será interessante para a parte autora que o juiz, além de proferir a sentença, com cognição exauriente, destaque um capítulo da decisão para a concessão da tutela da evidência. Essa parte terá eficácia desde logo,

independentemente da interposição e julgamento da apelação. Essa é uma vantagem lícita, oferecida pelo sistema, diante de sua própria incoerência ao dar efeitos imediatos à decisão que concede a tutela provisória, mas não o fazê-lo em relação à sentença de primeiro grau. Tal possibilidade é abordada em tópico específico.

Isso, contudo não desnatura o cerne dessa técnica de antecipação, a qual consiste justamente na distribuição do ônus da espera em virtude da necessidade de instrução.

5.4.2 A razão de sua aplicação genérica

A partir da ideia que dá alma à tutela da evidência é possível deduzir a razão de sua aplicação genérica e não mediante um rol taxativo. O raciocínio é simples: se o tempo do processo deve ser melhor equilibrado entre as partes, e a razão para tanto normalmente⁵⁷⁶ tem natureza processual (e não material) isso não deve se limitar a algumas situações específicas (taxativamente previstas pela lei). A técnica deve ser aplicada de modo amplo, em todas as situações iguais. Em outras palavras, sempre que houver prova suficiente do direito do autor, fragilidade da defesa e necessidade de continuidade da instrução, haverá a possibilidade de aplicação da tutela da evidência, independentemente da natureza do direito material discutido em juízo. Essa é precisamente a razão pela qual ela deve ser aplicada genericamente. Nesse sentido, seria possível inclusive falar em um *poder geral de antecipação da evidência*, sempre que estiverem presentes a probabilidade do direito e a fragilidade da defesa.

Tal aplicação genérica é possível mediante a utilização adequada dos incisos do art. 311 do Código de Processo Civil de 2015, conforme se aborda em tópicos próprios.

Por outro lado, existem situações especiais, nas quais a própria natureza do direito material perseguido no processo autoriza a antecipação liminar. Nesses casos específicos, previstos pela lei, a concessão liminar da tutela da evidência decorre de uma antevisão do legislador a respeito da possível fragilidade da defesa. Neles será possível liminarmente deferir a tutela da evidência. A razão, nessas hipóteses, reside no direito material objeto do processo e a concessão da liminar é autorizada de forma típica. É o que se verifica, por exemplo, nas liminares possessórias, na liminar de desocupação por falta de pagamento do aluguel, na liminar de embargos de terceiro, dentre outras.

Portanto, a regra geral consiste em uma antecipação por razões de natureza

⁵⁷⁶ Diz-se aqui normalmente porque em algumas hipóteses, diante de peculiaridades do direito material, o legislador antecipa a possibilidade de defesa inconsistente e, nesses casos específicos, autoriza a tutela da evidência liminarmente. É o que se analisa no item 5.5.

processual⁵⁷⁷ e, conseqüentemente, aplicada genericamente. Usualmente, essa antecipação dos efeitos da tutela final, tal como prevista no art. 311 do Código de Processo Civil, não decorre de nenhuma particular situação de direito material, mas sim da busca de um justo equilíbrio entre as alegações (e provas) das partes. Os princípios da isonomia, da duração razoável do processo, da efetividade e da eficiência autorizam essa forma de antecipação. Logo, independentemente do direito material perseguido no processo, havendo tais circunstâncias, cabe a aplicação da técnica da antecipação sem urgência.

Compartilhando a ideia de tutela da evidência como uma regra geral de antecipação, Daniel Penteadó de Castro analisa a possibilidade de novas hipóteses de antecipação sem urgência, sugerindo que o processo civil avance a ponto de relativizar o binômio *fumus boni juris* e *periculum in mora* originariamente necessário para a antecipação⁵⁷⁸. Isso significa que a dispensa do requisito da urgência não torna a técnica da tutela da evidência mais particular ou específica do que a técnica geral de antecipação. Se para essa basta a constatação genérica dos requisitos legais (urgência e probabilidade), por que o mesmo raciocínio não poderia ser aplicado à tutela baseada apenas no *fumus boni juris*?

5.4.3 Novo conceito

O que se pretende demonstrar é que a probabilidade, aliada à fragilidade da defesa do réu, sempre autoriza a antecipação da tutela mediante a técnica prevista no art. 311 do Código de Processo Civil, independentemente da natureza do direito material discutido em juízo. Essa generalização (ao contrário da tipificação para determinadas hipóteses do direito material) é benéfica ao sistema e muito mais consentânea com a isonomia que deve reinar nos modelos adequados de prestação jurisdicional.

Isso não impede que, em determinadas situações de direito material, a evidência seja antevista pelo legislador, conforme se expõe a seguir.

Assim sendo, 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

⁵⁷⁷ Como exposto: a prova dos fatos constitutivos do direito do autor, a fragilidade da defesa do réu e a necessidade de continuidade da instrução.

⁵⁷⁸ CASTRO, Daniel Penteadó de. Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil, Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 16.

também poderá ser fixada *a priori* pelo legislador, em situações específicas de direito material.

5.5 A EVIDÊNCIA FIXADA *A PRIORI* PELO LEGISLADOR

Em texto escrito no final dos anos 80, Andrea Proto Pisani, levanta a hipótese de pré-fixação do cabimento de liminares pelo próprio legislador, em determinadas circunstâncias e com base na lógica do que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*)⁵⁷⁹. Nesses casos, seria determinado abstratamente e em caráter geral qual dos interesses deveria prevalecer, deixando-se para o juiz a análise tão somente do *fumus boni iuris* ou ainda a do *fumus* aliado a um *periculum* tipicamente previsto na lei. Essa técnica teria a vantagem de evitar as dificuldades inerentes à decisão judicial, no momento de concessão de liminares em casos complexos.

Trata-se, assim, de um juízo prévio, feito pelo próprio legislador, para facilitar a atividade judicial na decisão de conceder ou não uma ordem provisória. Ou seja, a noção *daquilo que normalmente acontece* estaria inserida previamente na lei, de forma a autorizar a concessão da medida pelo magistrado.

Obviamente a razão de pré-fixação do cabimento da liminar pela lei residiria no próprio direito material, isto é, na natureza do direito discutido no processo. Certas situações jurídicas, por suas próprias especificidades, autorizariam esse tratamento processual diferenciado. Inverte-se então a lógica de que a contestação vai ser séria. O que se pressupõe, a partir da própria lei, é que a contestação será frágil e, portanto, a antecipação da tutela deve ser autorizada. Ocorre um fenômeno semelhante àquele que se verifica nos títulos de crédito. Tanto lá como aqui imagina-se antecipadamente que o autor tem razão e, com base nessa aposta legislativa, permite-se uma posição processual de vantagem, consistente na autorização da antecipação da tutela do direito.

De fato, há uma tendência em se admitir a concessão de liminares *inaudita altera parte* em determinadas ações judiciais, ainda que inexistente qualquer situação de urgência. Interessante observar que alguns autores, mesmo não admitindo a concessão liminar da tutela da evidência, não costumam se opor às liminares possessórias ou de embargos de terceiros. A

⁵⁷⁹ Vale aqui citar as próprias palavras do autor: “la situazione sarebbe destinata ovviamente a mutare notevolmente e, a mio avviso in senso positivo, se il legislatore – utilizzando tecniche della specie di quelle indicate *supra*, al paragrafo 3 -, alla presenza di situazioni in cui è particolarmente complessa la valutazione comparativa dei due pericoli di danno contrapposti, intervenisse nel senso di effettuare a livello di valutazione generale ed astratta, sulla base dell’*id quod plerumque accidit*, la valutazione, per determinate categorie di ipotesi, degli interessi in conflitto determinando legislativamente quale sia l’interesse di rango prevalente, e rimettendo al giudice o solo la valutazione del *fumus boni iuris* o la valutazione del *fumus boni iuris* unitamente solo alla individuazione di un *periculum in mora* (dell’attore o se del caso anche del solo convenuto) legislativamente tipicizzato”. (PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile, Rivista di Diritto Civile, Padova: Cedam, 1987, p. 133).

justificativa costuma ser a excepcional relevância do direito material questionado⁵⁸⁰.

Observe-se que quando se pensa na tutela da evidência baseada na justa distribuição do ônus do tempo no processo, não há realmente sentido nas liminares *inaudita altera parte*. Nessa hipótese, a razão para a antecipação da tutela é de natureza processual, isto é, decorre da análise feita pelo magistrado a partir das alegações e provas produzidas por ambas as partes. Logo, não faz sentido a antecipação liminar. Havendo fragilidade da defesa, probabilidade do direito do autor e necessidade de continuidade da instrução, será cabível a tutela da evidência.

Mas a razão para a antecipação pode residir no direito material, ou seja, nas peculiaridades da relação de direito material. Nesse caso, o legislador pode, *a priori*, identificar a evidência (antever a evidência) e autorizar a antecipação da tutela. Quando a razão é de direito material, são plenamente cabíveis as liminares, tendo em vista outros valores constitucionais.

5.5.1 As liminares nas ações possessórias, embargos de terceiro, ações de despejo, ações revisionais, ações de alienação fiduciária e partilha de bens

Nos casos em que a própria lei autoriza a concessão liminar sem urgência, o que se verifica é que o legislador antecipadamente pressupõe a evidência do direito, pela mera natureza da relação material envolvida. E isso se dá independentemente da conduta ou do comportamento do réu. Trata-se de uma concepção *a priori*, fixada antes do desenrolar do processo. Nessas situações, em virtude desse entendimento genérico e abstrato da lei, e inobstante a ausência de *periculum in mora*, autoriza-se a antecipação liminar.

O legislador reconhece nessas hipóteses a existência de peculiaridades da relação de direito material que autorizam medidas provisórias de caráter antecipatório, *para elevar o grau de utilidade do suposto provimento final, que se apresenta altamente provável*⁵⁸¹. É isso o que acontece, por exemplo, nas ações possessórias (CPC, art.562)⁵⁸², nos embargos de terceiro

⁵⁸⁰ Nesse sentido, a título de exemplo, Leonardo Greco afirma que a liminar possessória e os alimentos provisórios sempre foram justificados pela excepcional relevância do direito tutelado. Já em relação ao parágrafo único do art. 311 do CPC/2015, pondera que uma interpretação em conformidade com o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal exigiria a concomitância da evidência do direito e da caracterização do perigo de lesão grave ou de difícil reparação. (GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil (2009), vol. II, 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 369 e 371).

⁵⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). (1998). 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 365 e 366.

⁵⁸² Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

(CPC, art. 678)⁵⁸³, nas ações de despejo por falta de pagamento quando o credor estiver desprovido de garantias como caução, fiança, seguro fiança, cessão fiduciária de cotas de fundo de investimento (Lei nº 8.245/91, art. 59, § 1º)⁵⁸⁴, nas ações revisionais de aluguel (Lei nº 8.245/91, art. 68, II)⁵⁸⁵, na busca e apreensão de bem alieado fiduciariamente (DL nº 911/1969)⁵⁸⁶ e na antecipação de uso e fruição de bem na partilha (CPC, art. 647, § único)⁵⁸⁷.

Tais medidas albergam providências, normalmente, de natureza satisfativa pois antecipam os efeitos da providência final desejada.

Nas ações possessórias, por exemplo, o que se verifica é uma verdadeira antecipação do provimento final, isto é, uma realização antecipada do direito cujo reconhecimento se pretende em juízo. Daí porque as liminares possessórias têm natureza antecipatória e não cautelar. O mesmo se pode dizer das liminares em embargos de terceiro. Elas não se sujeitam aos requisitos gerais da antecipação de tutela, recebendo dinâmica própria⁵⁸⁸. Basta a demonstração da posse pelo terceiro para a concessão da medida.

Nas ações de despejo e nas revisionais de aluguel, de igual forma, autoriza-se a antecipação diante da grande probabilidade de procedência do pedido do autor⁵⁸⁹. Há uma

⁵⁸³ Art. 678. A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido.

⁵⁸⁴ Art. 59, § 1º Conceder - se - á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo: (...) IX – a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo. (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009)

⁵⁸⁵ Art. 68. Na ação revisional de aluguel, que terá o rito sumário, observar-se-á o seguinte: II – ao designar a audiência de conciliação, o juiz, se houver pedido e com base nos elementos fornecidos tanto pelo locador como pelo locatário, ou nos que indicar, fixará aluguel provisório, que será devido desde a citação, nos seguintes moldes (...)

⁵⁸⁶ Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.

⁵⁸⁷ Art. 647. Parágrafo único. O juiz poderá, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e de fruir determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos.

⁵⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. v. III (2015). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p 226.

⁵⁸⁹ Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário. § 1º Conceder - se - á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo: I - o descumprimento do mútuo acordo (art. 9º, inciso I), celebrado por escrito e assinado pelas partes e por duas testemunhas, no qual tenha sido ajustado o prazo mínimo de seis meses para desocupação, contado da assinatura do instrumento; II - o disposto no inciso II do art. 47, havendo

*prefixação legal da existência do direito à tutela provisória satisfativa*⁵⁹⁰, conforme prevê o art. 59, § 1º, IX da Lei nº 8.245/91. Nesse sentido, são inúmeras as decisões judiciais⁵⁹¹.

Essa evidência fixada *a priori*, obviamente, não impede a concessão da tutela provisória com base nos requisitos gerais do art. 300 do Código, sempre que não estiverem configuradas as hipóteses específicas da Lei de Locações. No que diz respeito à concessão liminar de despejo, por exemplo, há um interessante julgado do STJ. Nele, em virtude da falta de pagamento do aluguel, discutia-se o cabimento ou não do despejo liminar com base no art. 273, I do Código de 1973. Contudo, e inobstante ter sido constatada a nulidade da decisão recorrida por ausência de fundamentação, a Corte concedeu a tutela da evidência com base em um fato superveniente: a aprovação da Lei nº 12.112/2009, a qual fez acrescer à Lei de Locações a hipótese ali discutida (art. 59, § 1º, IX da Lei 8.245/91). Dessa forma, o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, reconheceu a alta probabilidade de êxito da demanda e concedeu a referida tutela, condicionada apenas à prestação de caução⁵⁹². Aceleridade imprimida ao despejo decorreu da previsão específica da evidência, independentemente de qualquer *periculum in mora*.

O destaque que se coloca, portanto, refere-se ao fato de tais decisões não se basearem na urgência, mas sim na simples evidência do direito. Para Cândido Rangel Dinamarco, as mesmas constituem a *manifestação de um juízo do direito mais forte*, ou seja, a proteção do sistema pela importância social e econômica da posse, com o conseqüente interesse público de estabilidade pelo seu exercício⁵⁹³. Assim, *é mais forte o direito do autor quando, por sua*

prova escrita da rescisão do contrato de trabalho ou sendo ela demonstrada em audiência prévia; III - o término do prazo da locação para temporada, tendo sido proposta a ação de despejo em até trinta dias após o vencimento do contrato; IV - a morte do locatário sem deixar sucessor legítimo na locação, de acordo com o referido no inciso I do art. 11, permanecendo no imóvel pessoas não autorizadas por lei; V - a permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação, celebrada com o locatário; VI - o disposto no inciso IV do art. 9º, havendo a necessidade de se produzir reparações urgentes no imóvel, determinadas pelo poder público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário, ou, podendo, ele se recuse a consenti-las; VII - o término do prazo notificador previsto no parágrafo único do art. 40, sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato; VIII - o término do prazo da locação não residencial, tendo sido proposta a ação em até 30 (trinta) dias do termo ou do cumprimento de notificação comunicando o intento de retomada; IX - a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo.

⁵⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. v. III (2015). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p 286.

⁵⁹¹ Cite-se, a título de exemplo: TJSP, 30ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2272234-35.2018.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Russo, j. 03.04.2019.

⁵⁹² STJ, 4ª Turma, REsp. 1.207.161-AL, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.02.2011.

⁵⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes, *in* Revista Forense, vol. 356, ano 97, julho-agosto de 2001, p. 47.

*própria natureza, expressa valores particularmente caros ao Estado como sociedade, entre os quais o direito de posse, que tradicionalmente recebe uma tutela diferenciada*⁵⁹⁴.

Como exposto, nas ações possessórias, nas ações de locação, nos embargos de terceiro, na busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária e nas ações de partilha, aplica-se a técnica antecipatória para a tutela da posse com base em uma evidência pressuposta de antemão pelo legislador. Nesses casos, inverte-se a lógica de que a contestação será séria. O que se pressupõe é justamente o contrário: antecipadamente a lei supõe que a defesa será inconsistente, razão pela qual autoriza que se priorize a pretensão do possuidor em detrimento do interesse da outra parte. Trata-se de uma avaliação da evidência feita *a priori*, pelo próprio legislador.

Esse é o elemento em comum que une todas essas medidas liminares em uma mesma categoria: a *evidência* antevista pela própria lei. Em outras palavras, o legislador pressupõe que a contestação não será séria e por isso autoriza desde logo a antecipação.

5.5.2 As liminares nas ações de improbidade: presunção de urgência ou evidência?

Em relação à indisponibilidade de bens nas ações de improbidade, o que se verifica é uma urgência presumida (pelo risco de dilapidação patrimonial ou qualquer outra situação que dificulte o ressarcimento ao erário)⁵⁹⁵ e não propriamente a evidência do direito⁵⁹⁶. Trata-se de

⁵⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: v. III, 7. ed. rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 877 e 878.

⁵⁹⁵ Nesse sentido, Eduardo Lamy afirma que o fundamento de tais decisões liminares é a urgência e não a evidência (LAMY, Eduardo. Tutela provisória. São Paulo: Atlas, 2018, p. 25). De igual forma entende Fábio Caldas de Araújo, ao afirmar que as medidas da lei de improbidade assumem uma feição nitidamente cautelar e se referem à tutela de urgência, como meio de resguardar o interesse público quanto à possível atitude de dilapidação e alienação de bens pelo investigado. (ARAÚJO, Fábio Caldas de. Curso de processo civil: tomo III: procedimentos especiais: atualizado com as Leis 13.256/2016 e 13.532/2017. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 608 e 609). Luís Otávio Sequeira de Cerqueira também afirma que se trata de *periculum in mora presumido* e não de tutela da evidência. (CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. Art. 7º. In: Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429 de 02 de junho de 1992/ Fernando da Fonseca Gajardoni [et al], 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 91). Igualmente, vislumbrando a necessidade de *periculum in mora* (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Comentários acerca da indisponibilidade liminar de bens prevista na Lei 8.429, de 1992. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 162).

⁵⁹⁶ Não se desconhece que muitos julgados do STJ se referem a essa hipótese como tutela da evidência, o que vem sendo destacado inclusive pela doutrina. Confirma-se, nesse sentido: “No âmbito da legislação extravagante, o art. 7º da Lei 8.429/1992, que versa sobre a decretação liminar da indisponibilidade de bens em caso de improbidade administrativa, também contempla hipótese de tutela da evidência, consoante já decidido pelo STJ” (BODART, Bruno Vinicius da Rós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC, 2ª ed, ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 107).

uma presunção, fixada *a priori* na própria lei. Presume-se o risco de *periculum* e por força disso, determina-se a indisponibilidade.

O que o legislador considerou, nesses casos de improbidade, é a gravidade da conduta atribuída ao réu, a lesividade ao patrimônio público ou o enriquecimento ilícito e o risco de não ser viável o ressarcimento futuro. Note-se que a reprovação a essa forma de agir e a preocupação em garantir a reposição do patrimônio público geram uma reação mais acentuada da lei, autorizando desde logo a indisponibilidade de bens.

As decisões de indisponibilidade de bens baseadas no art. 7º da Lei nº 8.429/92 decorrem, portanto, de uma presunção relativa quanto ao risco de dilapidação do patrimônio e de dificuldades para o ressarcimento ao erário.

Tais medidas, de conteúdo meramente conservativo, decorrem de uma antevisão do legislador a respeito do risco da demora. Não há a necessidade de qualquer demonstração desse *periculum in mora*, justamente porque ele está presumido legalmente. É claro, por outro lado, que tal presunção poderá ser afastada, diante da situação concreta que venha a ser demonstrada pelo réu.

Há, contudo, quem entenda que haveria aqui tutela da evidência, justamente pelo fato de tal indisponibilidade ter por base apenas o fundamento da verossimilhança⁵⁹⁷. Nessa forma de pensar, o legislador autorizaria a medida independentemente do risco da demora, contentando-se com a probabilidade de o autor ter razão⁵⁹⁸. Assim, a indisponibilidade de bens enfatizaria o *fumus* e haveria tutela da evidência⁵⁹⁹. Contudo, o que se percebe nessa forma de tutela provisória é que, em virtude da reprovação da conduta (ato ímprobo) e do risco ao interesse público envolvido (ressarcimento ao erário), autoriza-se, antecipada e abstratamente, a indisponibilidade dos bens do provável devedor, não havendo direito evidente. Observe-se que a indisponibilidade é medida que costuma ocorrer sempre, logo no início do procedimento e independentemente de qualquer justificativa quanto à força das provas e à fragilidade da defesa (que normalmente nem ocorreu).

⁵⁹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 263.

⁵⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 263.

⁵⁹⁹ “Na indisponibilidade enfatiza-se o *fumus*, dispensada a prova do *periculum*. Aqui, preocupou-se o legislador em tutelar a evidência do direito, independentemente do perigo de dano”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 262).

Em 2014, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.366.721/BA, a Primeira Seção do STJ firmou o entendimento de que a medida não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando patrimônio ou na iminência de fazê-lo, sendo possível decretar a indisponibilidade dos bens sempre que presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa⁶⁰⁰. Foi então fixada a seguinte tese (Tema Repetitivo 701): “É possível a decretação da indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro”. Tal orientação pacificou a matéria e vem sendo sempre aplicada.

Não apenas essa decisão, mas a grande maioria dos julgados que a seguiram, se referem a um *periculum in mora* presumido ou implícito ao comando normativo do art. 7º da referida Lei de Improbidade. Ou seja, ainda que a Corte entenda que se trate de tutela da evidência (o que dispensaria o *periculum in mora*), acaba por justificar a medida de indisponibilidade com base nesse risco presumido⁶⁰¹.

Antes disso, já havia inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça⁶⁰² no mesmo sentido, ou seja, reconhecendo que a indisponibilidade se refere à tutela da evidência, ainda que algumas se refiram um *periculum* presumido.

É bem verdade, por outro lado, que algumas decisões justificam a medida com base tão somente na gravidade dos fatos⁶⁰³ e no montante do prejuízo causado ao erário, o que atingiria toda a coletividade⁶⁰⁴. No julgamento do REsp. 1.319.515/ES, por exemplo, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça concluiu que se trata de tutela de evidência, bastando a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, *como visto, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora*⁶⁰⁵.

Todavia, como já destacado, a grande maioria das decisões se refere à presunção da

⁶⁰⁰ STJ, Primeira Seção, REsp 1.366.721/BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/Acórdão Min. Og Fernandes, j. 26.02.2014.

⁶⁰¹ Nesse sentido, vide: STJ, 2ª Turma, AgInt no REsp 1631700/RN, Rel. Min. Og Fernandes, j. 06.02.2018.

⁶⁰² STJ, Primeira Seção, REsp 1.319.515/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.08.2012 e STJ, 2ª Turma, REsp 1.339.967/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 03.09.2013.

⁶⁰³ STJ, 2ª Turma, REsp 1.202.024/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.04.2011.

⁶⁰⁴ STJ, 2ª Turma, REsp 1587576, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 08.11.2016.

⁶⁰⁵ STJ, Primeira Seção, REsp 1.319.515/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.08.2012.

urgência, ainda que se afirme tratar de tutela da evidência. Dessa forma, apesar dessa incoerência na fundamentação das decisões, resta claro que inexistente qualquer necessidade de comprovação de receio de dilapidação de patrimônio. Para a indisponibilidade basta a demonstração de que o suposto ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito⁶⁰⁶. Esse é o atual entendimento do STJ.

Observe-se que pouco importa essa diversidade de justificativas nos acórdãos: *periculum in mora presumido*, *periculum in mora implícito* ou tutela da evidência. O que se têm sempre presente é a necessidade de uma providência cautelar (indisponibilidade dos bens daquele em relação ao qual caem as acusações e provas do ato ímprobo), a qual não está relacionada com a força das provas já produzidas. Ou seja, a gravidade da questão de direito material justifica a presunção legal da urgência. Daí porque não parece correto afirmar que haveria aqui tutela da evidência.

De qualquer forma, a nomenclatura utilizada nesses julgadas não faz diferença. Pode-se aqui traçar um paralelo com a memorável lição de Calmon de Passos sobre a denominação de coisa julgada cautelar: *É problema de preferência? Hermengarda, Febroniana, Ocridalina ou coisa parecida. Mas que é mulher como a outra é. Ou para ser específico: que é imutabilidade do decidido com repercussão fora do processo cautelar é. E temos dito*⁶⁰⁷. Em outras palavras, ainda que se fale em tutela da evidência, a verdade é que se mostra cabível o decreto de indisponibilidade dos bens diante do risco presumido, sem qualquer relação com a força das provas produzidas. Trata-se, sem dúvida, de uma presunção de urgência fixada *a priori* pelo legislador (CF, art. 37, § 4º e Lei nº 8.429/92, art. 7º).

Fica claro, portanto, que nas ações civis públicas que têm por objeto atos de improbidade, verifica-se uma técnica processual diferenciada, a qual autoriza uma medida nitidamente assecuratória⁶⁰⁸ em virtude da presunção do *periculum in mora* fixado

⁶⁰⁶ Vale transcrever trecho de acórdão da 2ª Turma onde fica clara a dispensa da prova do *periculum in mora*: “Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade constitui tutela de evidência, dispensando a comprovação do *periculum in mora*. É suficiente para o cabimento da medida, portanto, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito, o que ocorreu na espécie”. (STJ, 2ª Turma, AgInt no REsp 1631700/RN, Rel. Min. Og Fernandes, j. 06.02.2018).

⁶⁰⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. X, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 237.

⁶⁰⁸ A propósito da distinção entre medidas cautelares e antecipatórias, Eduardo Talamini sempre sustentou ser ela quantitativa e não qualitativa, pois segundo ele seria perceptível certa gradação de carga antecipatória mesmo naquelas medidas tidas como conservativas (arresto, por exemplo). (TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro. In: Revista de Processo, vol. 209, Jul/2012, p. 13-34). Por sua vez, Fernando Gajardoni afirma que as medidas da Lei de improbidade administrativa (arts. 7º e 16) “são

anteriormente, na própria lei.

Há, contudo, quem identifique aqui uma tutela da evidência cautelar⁶⁰⁹. Nesse aspecto, afirma-se não ser impossível o reconhecimento de algum caso de tutela da evidência meramente assecuratória, com referência justamente à medida que determina a indisponibilidade de bens do réu de ação de improbidade administrativa⁶¹⁰.

Em que pese o respeito a tal posição doutrinária, não parecer ser esse o melhor entendimento. O art. 7º da Lei de Improbidade, ao autorizar a indisponibilidade de bens, não se baseia em uma *evidência* do direito do autor (probabilidade de procedência da ação proposta pelo Ministério Público, por exemplo) mas sim no simples risco de que o réu, no futuro, não tenha patrimônio suficiente para garantir o ressarcimento aos cofres públicos. Essa é a preocupação do legislador: assegurar a proteção ao patrimônio público e evitar o enriquecimento ilícito. Trata-se, portanto, de mera cautela, baseada em um risco possível e, portanto, presumível. Não parece ser o caso de descaracterizar o *periculum in mora* para ver aqui uma hipótese de evidência do direito.

A lei procura, nesse aspecto, evitar o risco de que o réu, temendo desfecho desfavorável, venha a frustrar a execução da futura decisão, dissipando os bens ou os valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, ou ainda transferindo aqueles necessários ao ressarcimento ao erário⁶¹¹.

Essa é também a posição de Fernando Gajardoni, o qual afirma que todas as medidas cautelares previstas na lei de improbidade têm típica função cautelar, ainda que haja precedente do Superior Tribunal de Justiça indicando a natureza não cautelar da medida do art. 7º⁶¹².

genuínas medidas de cunho cautelar, vez que não tem escopo satisfativo (reparação do dano e da moralidade) e sua eficácia fica sempre dependendo do que virá a ser decidido na ação civil de improbidade administrativa”. (GAJARDONI, Fernando. Artigo 16. In: Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429 de 02 de junho de 1992/ Fernando da Fonseca Gajardoni [et al], 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 275).

⁶⁰⁹ DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 106.

⁶¹⁰ CÂMARA, Alexandre. O novo processo civil brasileiro, 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2017, p. 175 e 176.

⁶¹¹ VELLOSO FILHO, Carlos Mário. A indisponibilidade de bens na Lei 8.429, de 1992. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 102.

⁶¹² “E interessa-nos apontar, também, que todas as medidas cautelares expressamente previstas na LIA (arts. 7º a 16) tem típica função cautelar – ainda que haja precedente do Superior Tribunal de Justiça indicando a natureza não cautelar da medida do art. 7º, da LIA – vez que não objetivam reparar, imediatamente, os danos causados pelo ato de improbidade (natureza satisfativa), mas sim permitir que, após constatada a improbidade, haja condições patrimoniais para que se possa reparar o dano causado ao patrimônio público e à moralidade administrativa (natureza conservativa)”. (GAJARDONI, Fernando. Artigo 16. In: Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429 de 02 de junho de 1992/ Fernando da Fonseca Gajardoni [et al], 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 273).

Com efeito, não se está diante de uma tutela da evidência. O mero ajuizamento de ação de improbidade não torna automaticamente provável o direito do autor⁶¹³, pois a indisponibilidade decorre de um mínimo de prova. Na verdade, sempre que o fundamento for a alegada lesão ao patrimônio público ou o enriquecimento ilícito e houver um mínimo de prova, haverá uma presunção de *periculum in mora* e não uma evidência do direito.

Ressalte-se que existe na doutrina uma corrente que sustenta que não se poderia admitir a presunção de perigo nesses casos de improbidade, devendo o Ministério Público demonstrar a efetiva ocorrência desse *periculum*. Isso porque, se ao final fosse julgada improcedente a ação, caberia inclusive uma indenização pela indisponibilidade⁶¹⁴. Nessa mesma linha, há quem questione que se para todas as cautelares deve haver a demonstração do *periculum*, por que isso não ocorreria na indisponibilidade da ação de improbidade, onde a medida é até mais severa que o arresto?⁶¹⁵

Tal corrente não parece estar correta. A resposta à indagação é clara: a gravidade da conduta imputada ao réu (ato de improbidade) faz com que o legislador tenha uma preocupação ainda maior em assegurar o ressarcimento do patrimônio público. Ao contrário de outras ações por atos ilícitos, a ação de improbidade, por sua própria natureza, gera um tratamento especial por parte da lei.

Saliente-se que embora exista a presunção de *periculum in mora*, a mesma é relativa e poderá ser afastada pelo juiz, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

⁶¹³ Nesse sentido, esclare Luís Otávio Sequeira de Cerqueira: “Se considerarmos tais medidas constrictivas como modalidade de tutela da evidência, o ajuizamento de toda e qualquer ação de improbidade proposta com fundamento em alegada lesão ao patrimônio e/ou enriquecimento ilícito ensejará o automático bloqueio e a indisponibilidade de bens dos réus, o que, em caso de improcedência da ação implicará em direito à mais plena indenização de danos materiais e morais por parte do Estado”. (CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. Art. 7º. In: Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429 de 02 de junho de 1992/ Fernando da Fonseca Gajardoni [et al], 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 91)

⁶¹⁴ Nesse sentido, esclare Luís Otávio Sequeira de Cerqueira: “Se considerarmos tais medidas constrictivas como modalidade de tutela da evidência, o ajuizamento de toda e qualquer ação de improbidade proposta com fundamento em alegada lesão ao patrimônio e/ou enriquecimento ilícito ensejará o automático bloqueio e a indisponibilidade de bens dos réus, o que, em caso de improcedência da ação implicará em direito à mais plena indenização de danos materiais e morais por parte do Estado”. (CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. Art. 7º. In: Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429 de 02 de junho de 1992/ Fernando da Fonseca Gajardoni [et al], 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 91)

⁶¹⁵ Nesse ponto, afirma Daniel Amorim Neves: “Não consigo, do ponto de vista processual, aceitar a tese consagrada no Superior Tribunal de Justiça de *periculum in mora* presumido. Se o arresto cautelar depende da prova desse requisito, como pode uma medida ainda mais severa prescindir de tal prova?” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de improbidade administrativa: direito material e processual (2012), 7. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 294).

5.5.3 A técnica monitoria

Não há dúvida que a técnica monitoria se vale de uma evidência fixada *a priori* pelo legislador, a qual decorre da prova escrita sem eficácia de título executivo (CPC, art. 700). Importante, contudo, a ressalva feita por Wambier e Talamini no sentido de que essa “evidência” nada mais é do que plausibilidade do direito⁶¹⁶. Ou seja, o que existe é a probabilidade da existência do crédito.

Pressupõe o legislador nesses casos que o credor, porque munido de uma prova considerada idônea para a demonstração do seu direito, merece ter uma acelerada autorização para executar⁶¹⁷ seu crédito. Vale observar que o legislador foi mais didático nesse dispositivo do que na própria previsão do art. 311 do Código, tendo no art. 700, § 1º destacado que a prova escrita pode consistir em prova oral documentada, inclusive aquela produzida antecipadamente. Por sua vez, ao tratar da tutela da evidência, a lei menciona tão somente prova documental, o que todavia não pode servir de parâmetro para impedir a antecipação da tutela com base em prova documentada, como analisado em tópico específico.

A técnica monitoria utiliza a cognição sumária para autorizar desde logo a execução, independentemente da ocorrência de *periculum in mora*. A probabilidade do direito é elemento suficiente para a concessão do mandado liminar. O efeito da tutela monitoria se aproxima muito daquele produzido mediante a tutela da evidência⁶¹⁸. Contudo, tal efeito pode ser obstado pela interposição dos embargos, ou seja, sua eficácia é condicional. Daí porque, para que se dê força de título executivo ao mandado, independentemente da existência de embargos, é necessária a aplicação da técnica geral da tutela da evidência, condicionada evidentemente à presença dos requisitos do art. 311 do Código de Processo Civil⁶¹⁹.

⁶¹⁶ “O art. 701, caput, alude a ser “evidente” o direito do autor, como pressuposto para a concessão do mandado monitorio. Mas não se pode dar a essa expressão excessivo peso. A ‘evidência’ a que se refere a norma consiste apenas em razoável plausibilidade da existência do fato constitutivo do direito pretendido”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, vol. 4: procedimentos especiais e juizados especiais/ Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, 16 ed., reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 195).

⁶¹⁷ Talamini destaca que a função essencial do procedimento monitorio brasileiro é a de acelerar o surgimento da autorização para executar. (TALAMINI, Eduardo. Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95, (1997), 2.ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 29).

⁶¹⁸ “Não se ignora que a própria tutela monitoria é uma modalidade de tutela da evidência (já o era antes, e o art. 701, caput, do CPC/2015 explicitou-o)”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, vol. 4: procedimentos especiais e juizados especiais/ Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, 16 ed., reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 208).

⁶¹⁹ “Mas para a concessão da tutela antecipada de evidência destinada desde logo a atribuir força de título executivo ao mandado monitorio, independentemente dos embargos, é preciso a configuração de uma situação de evidência mais específica, que se enquadre entre aquelas do art. 311” (WAMBIER, Luiz

Isso bem demonstra uma das diferenças entre essa técnica e a tutela da evidência propriamente dita: a autorização para executar na monitoria depende do comportamento que vier a ser adotado pelo réu. Assim, caso haja a oposição de embargos monitorios, o processo prossegue para a obtenção da cognição exauriente. Por outro lado, caso ocorra a inércia do réu, aquela decisão inicial se transformará de pleno direito em título executivo judicial. Não é à toa que se considera que a estabilização da tutela antecipada de urgência, prevista nos arts. 303 e 304, consiste em uma generalização da técnica monitoria. Tanto lá como aqui o comportamento do réu será elemento chave para a ocorrência ou não da cognição exauriente. Em ambas também ocorre a inversão da provocação da jurisdição com cognição exauriente. Tanto na monitoria como na tutela antecipada estabilizada, o réu é quem tem a possibilidade de fazer instaurar um procedimento para o aprofundamento da cognição.

Fenômeno semelhante não ocorre na tutela da evidência brasileira, a qual não possui o condão da estabilização (ao contrário do *référé* francês) e, portanto, não prescinde da continuidade do feito para se obter uma decisão com cognição exauriente.

A tutela monitoria permite a obtenção célere de resultados práticos sempre que houver, cumulativamente: *concreta e marcante possibilidade de existência do direito do autor (aferida mediante cognição sumária) e inércia do réu*⁶²⁰. A propósito, Chiovenda destacava que para que a tutela monitoria fosse útil, era necessário contar com a raridade normal de pretensões infundadas e de oposições dilatórias, assim como esperar que fosse exíguo o número das oposições em relação ao das ordens de pagamentos expedidas⁶²¹.

Sua função essencial, como já exposto, é a de *acelerar o surgimento da autorização para executar*, o que ocorre nas situações em que, embora inexistente o título executivo, exista concretamente uma forte aparência de que aquele que se afirma como credor tenha razão⁶²². Trata-se, assim, de uma técnica que tem a função de formar o título executivo de modo mais célere⁶²³. O legislador, nesses casos, antevê a evidência do direito e permite sua execução.

Rodrigues. Curso avançado de processo civil, vol. 4: procedimentos especiais e juizados especiais/ Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, 16 ed., reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 208).

⁶²⁰ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo civil brasileiro. In: Revista de Processo, vol. 209, Jul/2012, p. 13-34.

⁶²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile (1935), vol. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 236.

⁶²² TALAMINI, Eduardo. Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95, (1997), 2.ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 28 e 29.

⁶²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ação monitoria: lei 9.079, de 14.07.1995, 2ª ed, rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 26.

Tal fenômeno equipara-se ao tratamento legal concedido aos títulos de crédito. Neles, o que se verifica também é uma aferição *a priori* da evidência. Em ambos os casos (títulos de crédito e técnica monitoria), a razão para a satisfação imediata está no direito processual, ou seja, na prova escrita do provável direito do autor (constitua ela título de crédito ou não). Em outras palavras, pressupõe-se de antemão que o detentor do título ou da prova escrita é realmente o credor e, portanto, por uma opção do legislador, prioriza-se a satisfação de sua pretensão. Inverte-se, assim, a lógica de que a defesa será consistente para se admitir aprioristicamente que a defesa não será séria e que, portanto, o ônus do tempo no processo deve ser suportado pela parte que provavelmente não tem razão. Como bem esclarece Eduardo Talamini, *há hipóteses em que é tão provável e previsível que exista crédito, que o próprio legislador autoriza o suposto credor a pleitear desde logo a execução – independentemente de prévio processo condenatório*⁶²⁴.

Aqui cabe um questionamento em relação à expedição do mandado liminar na técnica monitoria (CPC, art. 701). Haveria inconstitucionalidade na previsão do legislador em permitir a execução imediata?

A resposta é negativa. Como explica Eduardo Talamini, não há inconstitucionalidade porque não ocorre nenhuma constrição à esfera jurídica do réu antes de esgotada a possibilidade de embargos (com o decurso do prazo ou seu desacolhimento)⁶²⁵. Assim, ainda que ocorra a emissão do mandado, o comportamento adotado pelo réu terá o condão de suspender essa eficácia até o julgamento em primeiro grau (CPC, art. 701, § 4º).

O legislador parte da premissa de que o direito está evidenciado mediante prova escrita e, por isso, não deve sofrer atrasos em sua satisfação. Salvo se houver embargos. Pretende, dessa forma, desestimular defesas infundadas e permitir a tutela do direito sem as delongas do procedimento comum⁶²⁶.

A tutela provisória é cabível no procedimento monitorio, havendo inclusive a possibilidade de antecipação da tutela no caso de embargos infundados⁶²⁷, ocasião em que a

⁶²⁴ TALAMINI, Eduardo. Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95, (1997), 2.ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

⁶²⁵ TALAMINI, Eduardo. Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95, (1997), 2.ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 132.

⁶²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil comentado/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2.ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 780 e 781.

⁶²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil comentado/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2.ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 787.

conduta do devedor se equipara à contestação abusiva (CPC, art. 311, I). As hipóteses do art. 311 aplicam-se ao rito especial da tutela monitoria, podendo o magistrado nesse caso manter a eficácia executiva do mandado, inobstante a oposição dos embargos. Nessa hipótese, contudo, é necessária a configuração de uma situação de evidência nos termos do referido dispositivo legal.

5.5.4 As medidas provisionais do CPC/73 e o *empréstimo* do rito cautelar

Sob a égide do Código de 1973, alguns autores no Brasil destacavam a utilização do rito cautelar para medidas que não tinham essa natureza. E justificavam dizendo que essa forma de tutela diferenciada refletia uma opção política⁶²⁸. É o que esclarece Donado Armelin ao lembrar que esse tipo de cognição, inerente ao processo cautelar, ocorre em formas não cautelares, dando como exemplos as liminares nas ações possessórias, a ação de busca e apreensão disciplinada no Dec-lei nº 911/69, os embargos de terceiro e as medidas provisionais do art. 888 do CPC/73. Nestas últimas, dispensa-se inclusive a cognição plena e exauriente⁶²⁹. De igual forma, Victor Marins destaca a heterogeneidade das hipóteses previstas no art. 888 do CPC/73, reconhecendo que se tratam de providências não cautelares⁶³⁰.

Realmente interessante foi a existência dessas medidas provisionais no sistema do Código Buzaid. Com efeito, o art. 888 agrupava uma série de providências completamente díspares, as quais não guardavam uma mesma origem ou natureza jurídica. Eram provimentos que *tomavam de empréstimo o rito cautelar*⁶³¹, mas que não tinham exatamente essa natureza. Algumas ali referem-se tipicamente a situações de urgência, como é o caso da conservação em coisa litigiosa (art. 888, I), posse provisória dos filhos (art. 888, III), do depósito de menores castigados imoderadamente por seus pais (art. 888, V), afastamento de um dos cônjuges da morada do casal (art. 888, VI), guarda e visita dos filhos (art. 888, VII), interdição ou demolição de prédio para resguardar a saúde e a segurança (art. 888, VIII). Outras parecem estar ligadas apenas ao *fumus boni juris*, como a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos (art.

⁶²⁸ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. In: Revista de Processo, vol. 65, Jan-Mar/1992, p. 45-47.

⁶²⁹ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. In: Revista de Processo, vol. 65, Jan-Mar/1992, p. 45-47.

⁶³⁰ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela (1996), 2ª ed (ano 2000), 8ª tiragem, Curitiba: Juruá, 2008 p. 329 e 330.

⁶³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. As medidas regulatórias do art. 888 do CPC. In: ARMELIN, Donaldo (coordenador), Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.018.

888, II), afastamento de menor para contrair casamento (art. 888, IV).

Nos termos do que previa a lei (CPC/73, art. 889), se houvesse qualquer tipo de urgência, caberia o deferimento liminar e *inaudita altera parte*. Por outro lado, se esta inexistisse, o réu seria citado para apresentar resposta em cinco dias e, posteriormente, havendo ou não a necessidade de audiência, a medida poderia ser concedida.

Não eram elas, portanto, medidas de natureza cautelar. Tinham um caráter satisfativo não necessariamente ligado ao *periculum in mora* e, em alguns casos, guardavam sua eficácia mesmo na hipótese da não propositura da ação principal. Perceba-se que havia então uma plausibilidade do direito e e que a providência judicial, uma vez concedida, poderia existir autonomamente. Isso significava que essas medidas tinham autonomia processual, não dependendo da propositura de uma ação principal.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Galeno Lacerda destacam que o legislador fez a distinção entre medidas provisionais e medidas cautelares pois procurou separar as primeiras, disciplinando-as no art. 888⁶³². Tal afirmação é criticada por Ovídio Baptista da Silva ao lembrar que o CPC/73 deu a esse dispositivo a nomenclatura de *outras* medidas provisionais, dando a entender que as medidas anteriores previstas no Código também o seriam⁶³³. O que parece claro, contudo, é que se tratam de medidas com uma executoriedade imediata e que independem das características típicas das medidas cautelares.

O direito italiano há algum tempo identifica medidas provisionais que não tem, necessariamente, a característica da cautelaridade. Piero Calamandrei afirmava que a medidas provisionais poderiam abranger dois significados diferentes. O primeiro relativo a um provimento pronunciado em virtude da urgência, para evitar o dano que poderia advir do atraso no provimento principal. Nesse caso, estaria baseada em cognição sumária e teria natureza cautelar (grupo c). O segundo, com referência a um provimento definitivo parcial, isto é, a decisão sobre uma parte da lide, onde existam elementos probatórios já suficientes e com cognição exauriente, ainda que sobre o restante da demanda seja necessário a complementação da instrução⁶³⁴. A ideia de *provision* ou *provvisionale* aparece aqui completamente dissociada

⁶³² “Mostra-se bastante sintomático que, na Seção XV, se refira o Código a outras medidas *provisionais* e não a outras medidas *cautelares*. É que, em verdade, não participam elas, em sua maior parte, desta natureza”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. VIII, tomo II, arts. 813 a 889, (1988), 2.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 366).

⁶³³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Curso de processo civil (1993). v. III, 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 304 e 305.

⁶³⁴ CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936, p. 98 e 99.

da cautelaridade e traduz uma tutela antecipatória diante de um direito já evidenciado.

Ainda a respeito das *provvisionali* na Itália, Federico Carpi destaca que a razão da terminologia não advém de *provisório*, mas sim de *provision*, na qual está ínsita a ideia de imediata executoriedade⁶³⁵.

Este parece ser o cerne dessas medidas ditas provisionais, a executoriedade imediata, diante da plausibilidade do direito.

No direito francês, a palavra *provision* não tem o significado de provisório, mas sim o de uma decisão que é proferida antes do julgamento do mérito⁶³⁶ e que tem eficácia imediata. E, como muitas vezes as partes não provocam a jurisdição *du fond*, essa *provision* tende a se tornar oficiosamente definitiva.

Observe-se que Galeno Lacerda e Carlos Alvaro de Oliveira, em Comentários ao CPC/73, lembravam que a própria expressão *provisional*, oriunda de *provvisionale*, carregava um duplo sentido. Ela poderia significar aquilo que é relativo à provisão, isto é, um provimento, um ato ou efeito de prover (tomar providências, regular, ordenar ou fornecer). E também aquilo que se reveste da qualidade de provisório, ou seja, não definitivo⁶³⁷.

O que parece relevante é que tais medidas provisionais decorriam do *manifesto interesse público ou de ordem pública* quanto a um tratamento jurisdicional diferenciado, em contraposição à demora da ordinary⁶³⁸. Ou seja, existiria nesse caso uma exigência de celeridade, algumas vezes distinta do *periculum in mora*. Como já exposto, as provisionais têm ínsita a ideia de imediata executoriedade⁶³⁹. Exatamente como a noção do *dever de antecipar a tempo*, que se defende nesse trabalho.

A propósito desses provimentos do art. 888 do CPC/73, Sérgio Cruz Arenhart sugere

⁶³⁵ “É appunto questa la ragione della critica terminologica sopra accenata. Non possiamo fare una ricerca semântica, ma crediamo che non tanto ‘provvisorio’ sia alla radice di provvisionale, quanto ‘provision’, nel quale è ínsito il concetto d’immediata esecutorietà”. (CARPI, Federico. La provvisoria esecutorietà della sentenza. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 167 e 168, nota de rodapé 65).

⁶³⁶ “Par provision se dit d’une décision rendue avant d’aborder le fond; quant à l’adjectif provisoire il colore des situations aussi diferentes que jugement, exécution, détention provisoire, liquidations provisoire d’astreinte, règlement provisoire d’ordre ou de contribution”. (ISBACHIAN, G. Le référé, un enjeu pour Demain? Thèse pour l’obtention du grade de Docteur de L’Université de Nice-Sophia Antipolis, 2005, p. XXIV).

⁶³⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. VIII, tomo II, arts. 813 a 889, (1988), 2.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 366.

⁶³⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. VIII, tomo II, arts. 813 a 889, (1988), 2.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 367.

⁶³⁹ CARPI, Federico. La provvisoria esecutorietà della sentenza. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 167 e 168, nota de rodapé 65.

uma forma de sistematizá-los, trazendo como liame ou elemento comum o fato de haver ali uma *satisfatividade incompleta*, ou parcial. Isso porque eles se inserem em uma intenção maior da parte e estão ligados a *outros provimentos que “completarão” a satisfação do interessado*⁶⁴⁰. Interessante ainda observar que seu principal objetivo seria o de *regular o estado pendente das coisas na constância ou na iminência do processo*, razão pela qual utiliza o nome de *medidas regulatórias*⁶⁴¹.

A relevância dessas medidas para o presente trabalho reside justamente nessa espécie de evidência do direito a determinada providência, a qual era antecipadamente autorizada pelo legislador. O art. 888, I, por exemplo, tratava da autorização para a realização de obras em coisa litigiosa, ao passo que o inciso II dizia respeito ao direito à entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos. Como negar que, nesses casos, havia uma presunção da fragilidade da defesa do réu? Como poderia ele se opor à realização das obras de conservação ou à entrega dos bens que pertenciam ao cônjuge? Os incisos III, IV e V traziam situações relativas à guarda provisória dos filhos, afastamento de menor autorizado a contrair casamento e ao depósito de incapazes que sofriam castigos físicos ou morais. Ou seja, situações em que a existência do direito do autor era tão clara que justificava perfeitamente a antecipação. O mesmo se diga com referência ao afastamento do cônjuge da morada do casal (inciso VI), da guarda e visita dos filhos, extensivo aos avós (inciso VII) e ainda da interdição ou demolição de prédio que gera risco à saúde, segurança ou qualquer outro interesse público (inciso VIII).

Parece que o liame que unia todos esses exemplos era a antevisão do legislador de que a eventual defesa do réu seria sempre frágil e inconsistente.

A propósito, Calmon de Passos destacava que o Código de 1973 previa no Livro III, destinado ao processo cautelar, vários procedimentos nos quais não se vislumbrava nenhuma situação de *periculum in mora*. Apesar disso, a eles era concedido o tratamento célere das medidas cautelares. Referia-se justamente ao disposto no art. 888 daquele diploma, destacando que se tratavam de processos *topologicamente cautelares*, mas que tinham seus princípios próprios e que, portanto, escapavam ao disposto na parte geral do processo cautelar⁶⁴².

⁶⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. As medidas regulatórias do art. 888 do CPC. In: ARMELIN, Donaldo (coordenador), Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.015.

⁶⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz. As medidas regulatórias do art. 888 do CPC. In: ARMELIN, Donaldo (coordenador), Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.016.

⁶⁴² CALMON DE PASSOS, J.J. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. X, Tomo I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 55 e 56.

Enumerava assim a existência de medidas cautelares, medidas provisionais e medidas outras. As primeiras encerravam verdadeiras pretensões cautelares. As segundas, ditas provisionais, referiam-se ao dever judicial de prover a boa marcha do processo ou atender o interesse dos sujeitos que estavam sob a tutela judicial. E as medidas *outras* eram justamente as *medidas substanciais*, ou seja, aquelas voltadas ao atendimento dos interesses materiais dos sujeitos processuais, conexamente relacionados, ou não, ao interesse principal, objeto do processo⁶⁴³.

No caso dessas medidas apenas *topologicamente cautelares*, a razão da tutela diferenciada residia no próprio direito material, cuja situação era previamente concebida pelo legislador como merecedora de uma maior celeridade e efetividade.

⁶⁴³ CALMON DE PASSOS, J.J. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. X, Tomo I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 59.

6 OS BENEFÍCIOS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS EVIDENTES

A técnica de antecipação da tutela dos direitos evidentes produz benefícios não apenas para as partes (no que diz respeito à justa distribuição do ônus do tempo no processo⁶⁴⁴), mas igualmente para todo o sistema de prestação jurisdicional. Isso porque a realização antecipada do direito produz importante impacto na esfera material de ambas as partes e, conseqüentemente, gera uma tendência de mudança nos comportamentos processuais.

No momento em que a parte ré sofre os efeitos concretos da decisão antecipada, o que se verifica é que ela não tem mais razões para adotar condutas protelatórias. A lógica é a seguinte: a protelação não lhe servirá mais de escudo para evitar o desfecho do processo. Tal efeito antecipado faz cessar, conseqüentemente, o interesse de praticar abusos e de se valer do decurso do tempo. Este, que antes pesava para o autor, passará a pesar para o réu. Assim sendo, tornar-se-á mais interessante obter desde logo o pronunciamento final do que alimentar uma espera longa e vazia. O que se procura demonstrar, portanto, é que a tutela da evidência constitui um importante estímulo para demover as partes de comportamentos protelatórios.

Além disso, a antecipação do efeito concreto da decisão judicial também faz aumentar o interesse na realização de acordos. Isso é fácil de aferir. A parte que sofre a imposição da tutela percebe que a derrota no processo é uma probabilidade que ganhou força e, portanto, passa a fazer o cálculo do prejuízo que sofrerá com o desfecho do processo. Do ponto de vista da análise de custo-benefício, fica claro para o litigante que uma composição amigável pode reduzir o provável prejuízo e gerar vantagens. Afinal, se a parte antevê que vai perder, o melhor será entrar em um entendimento, na tentativa de obter ainda algum benefício.

Tanto o comportamento não protelatório como o interesse para a solução consensual constituem benefícios gerados para a coletividade como um todo e não apenas para as partes litigantes, em determinada demanda individual. De um lado, os comportamentos processuais adequados facilitam a tramitação processual e evitam o desperdício de tempo e dinheiro na prestação jurisdicional. De outro, a celebração de acordos reduz a carga imensa de demandas, permitindo que os recursos financeiros e humanos sejam realocados dentro do sistema. Isso sem falar na própria promoção da pacificação social, objetivo tão importante para toda e qualquer comunidade. Não há como ignorar, então, a existência de um interesse que vai além da esfera

⁶⁴⁴ Consoante lição de Luiz Guilherme Marinoni, o qual desde o início dos anos 90 defende o tratamento diferenciado às hipóteses em que o direito aparece como evidente desde logo e a defesa é exercida de modo a protelar sua realização. (MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 48).

individual dos litigantes.

Perceba-se que o fato de haver um interesse público na concessão da tutela da evidência autoriza sua concessão por iniciativa de ofício, mas mediante a consulta à parte em virtude do sistema da responsabilidade civil. Em outras palavras, sendo interessante para o sistema de distribuição de justiça, não há porque não se admitir a concessão por iniciativa do juiz, desde que esteja a parte de acordo e assuma a responsabilidade pela medida antecipatória. A esfera de atuação individual da parte estará preservada e, ao mesmo tempo, o Poder Judiciário assumirá uma postura proativa, gerando vantagens para todo o sistema. Essas são as linhas gerais do que se pretende demonstrar a seguir.

6.1 O ESTÍMULO AO COMPORTAMENTO NÃO PROTETATÓRIO DO RÉU

A tutela da evidência, por tratar da antecipação da satisfação de uma pretensão, causa um resultado no mundo fático e, conseqüentemente, gera impacto na conduta de ambas as partes.

Com a decisão judicial antecipatória, o autor que provavelmente tem razão sente-se protegido pelo sistema na medida em que sua pretensão começa a ser satisfeita. O réu, por sua vez, passa a sofrer os efeitos práticos da decisão judicial muito tempo antes do final do processo e do momento normal de cumprimento do *decisium*. Verifica-se, dessa forma, uma alteração na ordem natural do procedimento, uma vez que o poder de imposição das decisões se antecipa ao próprio julgamento de mérito do pedido. Tal fenômeno é comum na França, mediante a utilização do *référé-provision*. Embora os resultados sejam positivos, a doutrina destaca ocorrer uma verdadeira inversão do esquema processual, deixando de se respeitar a ordem lógica das decisões judiciais⁶⁴⁵. É a inversão da relação de *conexão sucessiva* também referida por Liebman⁶⁴⁶.

Na França, inclusive, a imposição da decisão do *référé-provision* faz com que na grande maioria dos casos o réu não queira mais litigar. Ele só provocará a jurisdição de fundo (ou seja, o processo principal) caso pense realmente não ser devedor da obrigação. Isto porque a parte que litiga com má-fé percebe, no momento da implementação do *référé*, que muito provavelmente a decisão no processo principal será idêntica àquela no procedimento provisório

⁶⁴⁵ A propósito, esclarece Soraya Amrani-Mekki: “Le schéma processuel en est bouleversé et l’ordre logique n’est plus respecté. C’est un temps de l’anticipation.” (AMRANI-MEKKI, Soraya. Le temps et le procès civil, Paris: Dalloz, 2002, p. 490).

⁶⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução, (1946), 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1963, p. 38.

e ainda com o agravante dos custos processuais. Daí porque opta por encerrar ali mesmo o litígio⁶⁴⁷.

6.1.1 Os efeitos concretos e a tendência a uma conduta mais adequada

Ao enfrentar as consequências concretas da decisão, surge para o réu uma tendência em adotar uma conduta mais desejável socialmente do que aquela que ele mesmo teria na hipótese de denegação da antecipação. É possível falar em uma *litigância cooperativa*⁶⁴⁸, assim considerada aquela que se opõe à chamada litigância de má-fé e ao abuso do direito de defesa. Ela reduz os custos sociais do processo, enquanto que a litigância não cooperativa aumenta esses custos⁶⁴⁹.

A lógica que resulta no comportamento processual mais adequado é clara: qualquer atitude de resistência do réu (protelatória ou não) não terá mais efeitos concretos por já se ter operado no plano fático a realização do bem da vida buscado pelo autor. Ou seja, de nada adiantará protelar o desfecho do processo com a apresentação de alegações infundadas (ou não) ou com o requerimento de provas, úteis ou inúteis. O *tempo do processo*, nesse caso, passará a contar contra si e não mais contra o autor. Nesse sentido, o réu que antes protelava passa a ser *o maior interessado em que o processo caminhe a passos largos*, já que sua intenção passa a ser provar que tem razão e, com isso, obter a revogação da decisão antecipatória⁶⁵⁰.

A mera concessão da antecipação, portanto, faz desaparecer a vantagem decorrente da demora processual. Vale lembrar que, há muitos anos, a lentidão do processo vem sendo apontada como um benefício ao réu que não tem razão. Federico Carpi, referindo-se à execução provisória na Itália e baseando-se no cotidiano da vida jurídica, destacava já no final dos anos

⁶⁴⁷ Nesse sentido, esclarecem Xavier Vuitton e Jacques Vuitton: “Le plaideur condamné en référé ne saisira le juge compétent au fond que s’il estime n’être pas réellement débiteur de la somme en cause, ce qui devrait exclure le plaideur de mauvaise foi ou d’évidence, qui n’ignore pas que la décision au fond sera inévitablement identique à celle rendue en référé et qui rechignera le plus souvent à exposer en pure perte les frais d’une procédure au fond dont il sait qu’elle vouée au rejet”. (VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. *Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale*. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 37).

⁶⁴⁸ Utilizando-se a expressão de Erik Wolkart. (WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 547).

⁶⁴⁹ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 547 e 548.

⁶⁵⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo Código de Processo Civil*, In: DIDIER JR, Fredie et al (coord.) *Normas Fundamentais*, Salvador: JusPodivm, 2016 p. 89.

70 que, para o devedor, o processo constituía um *ottimo investimento economico*⁶⁵¹.

Ainda que se trate de efeito secundário⁶⁵² da tutela da evidência, esse combate à má-fé processual é muito positivo pois cria um ambiente muito mais favorável para a prestação jurisdicional. Nesse sentido, Eduardo Oteiza lembra que a atuação de todos os sujeitos processuais está submetida às regras de boa-fé e lealdade, as quais supõem o respeito àquilo que ele denomina de *estándar de moralidad* e que se identifica com a própria *dignidad de la justicia*⁶⁵³.

6.1.2 A análise econômica do direito e as condutas processuais

Assim, ainda que o objetivo principal não seja sancionatório, a antecipação da tutela produz o mesmo efeito de uma sanção no que diz respeito à possibilidade de gerar mudanças comportamentais. Estudos de análise econômica do direito revelam que as sanções processuais se assemelham aos preços de produtos no mercado, fazendo com que os comportamentos das partes se alterem, de forma análoga ao que ocorre quando há um aumento de preço. Em outras palavras, as pessoas tendem a reagir positivamente às sanções, assim como ocorre quando, em virtude do aumento do preço, deixam de comprar determinadas mercadorias⁶⁵⁴. Nesse aspecto, a tutela da evidência deve ser concedida não apenas porque o autor merece a antecipação (o que já seria uma razão suficiente)⁶⁵⁵ mas também porque tal medida pode gerar uma vantagem em termos de conduta do réu e redução do tempo do processo. Tal resultado deve ser valorizado no que diz respeito à gestão processual. Sempre que o objetivo do processo for alcançado em menor tempo e com menores custos, haverá um ganho de eficiência⁶⁵⁶.

A contribuição que a economia pode dar ao direito refere-se justamente ao seu pressuposto de escolhas racionais. Sabe-se que nessa interação entre as duas disciplinas, não é

⁶⁵¹ CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 13.

⁶⁵² O efeito principal é naturalmente realizar o direito que já se encontra evidenciado no processo, ou seja, satisfazer antecipadamente a pretensão do autor.

⁶⁵³ OTEIZA, Eduardo. “Abuso de los derechos procesales en América Latina”. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coordenador). *Abuso dos direitos processuais*, Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 09.

⁶⁵⁴ “Economics provided a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior. To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices. People respond to higher prices by consuming less of the more expensive good; presumably, people also respond to more severe legal sanctions by doing less of the sanctioned activity”. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*, 6th edition, Boston: Addison-Wesley, p. 03).

⁶⁵⁵ E, como mencionado acima, é a mais importante.

⁶⁵⁶ “Efficiency is always relevant to policymaking, because public officials never advocate wasting money”. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*, 6th edition, Boston: Addison-Wesley, p. 04).

propriamente o dinheiro ou a economia *stricto sensu* que importam para o sistema jurídico. O que realmente interessa são as implicações das escolhas racionais dos agentes, as quais funcionam como instrumentos para identificar os efeitos das regras legais. Essa é a resposta para a pergunta: o que a economia tem a ver com o direito?⁶⁵⁷.

É bem verdade que foi somente a partir dos anos 60, com os trabalhos de Ronald Coase⁶⁵⁸ e Guido Calabresi⁶⁵⁹, que a relação entre economia e direito, até então limitada ao campo concorrencial (antitrust field), passou a ter uma maior abrangência⁶⁶⁰. Mas de lá para cá muito se tem estudado a respeito dessa interdisciplinariedade⁶⁶¹. Não é à toa que Geoffrey Miller comprova, com exemplos práticos⁶⁶², que o estudo econômico do processo pode ser uma ferramenta muito útil para enriquecer nossa compreensão acerca das propostas de reformas processuais em todo o mundo⁶⁶³.

A análise econômica do Direito pode auxiliar na identificação dos efeitos das leis e

⁶⁵⁷ David Friedman responde: “That is what economics has to do with law. Economics, whose subject, at the most fundamental level, is not Money or the economy but the implications of rational choice, is an essential tool for figuring out the effects of legal rules. Knowing what effects rules will have is central both to understanding the rules we have and to deciding what rules we should have. The fundamental assumption of the economic approach, to law and everything else, is that people are rational”. (FRIEDMAN, David D. *Law’s order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 08).

⁶⁵⁸ Ronald Coase foi o responsável, a partir do artigo publicado em 1960, *The problem of social cost*, pelo desenvolvimento do estudo dos custos de transação e pela conclusão de que a alocação inicial de recursos e direitos sempre pode ser alterada pelas transações verificadas no mercado. Ele se refere às ações que causam efeitos prejudiciais a terceiros. Nesses casos, o problema tem que ser considerado em sua totalidade, não apenas em seu aspecto legal. A relação que essa descoberta tem com o direito reside na conscientização de que as consequências econômicas das decisões judiciais devem ser estudadas. O custo de uma condenação judicial, por exemplo, pode ser maior do que uma negociação com a parte credora. Nessa hipótese, o mercado tenderá a corrigir a ineficiência da alocação feita pela Corte, oferecendo uma outra alternativa. Vale transcrever uma de suas conclusões: “The initial delimitation of legal rights does not have an effect on the efficiency with which the economic system operates” (COASE, Ronald. *The problem of social cost*. In: *The Journal of Law & Economics*, vol. III, October 1960, p. 16).

⁶⁵⁹ Guido Calabresi introduziu o valor justiça como um filtro para a ideia de eficiência. (WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 106).

⁶⁶⁰ POSNER, Richard A. “The decline of Law as an autonomous discipline: 1962-1987”, Boston: *Harvard Law Review*, 761 (1987), p. 764.

⁶⁶¹ A propósito de uma análise atual destes estudos econômicos, vide WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁶⁶² A fixação de juros nas indenizações judiciais, em patamares acima ou abaixo do mercado, gera alteração nas condutas das partes. Se estes juros forem demasiadamente altos, a demora, antes lamentada pelo autor, passa a ser por ele desejada. Por sua vez, em caso de juros muito baixos, o réu tende a ter uma conduta protelatória.

⁶⁶³ MILLER, Geoffrey P. *The Legal-Economic Analysis of Comparative Civil Procedure*. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, n. 4, Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context, Autumn, Oxford University Press, 1997, p. 918. <https://www.jstor.org/stable/841025>. Acesso em 08.02.2019.

das decisões judiciais na conduta dos litigantes, permitindo aferir os incentivos que estimulam ou desestimulam determinadas práticas a partir da consideração dos custos e dos resultados. Nesse sentido, a lição de Coase em termos de custo-benefício é de imenso valor. Segundo ele, as Cortes devem avaliar, ao proferir suas decisões, se o ganho em evitar o prejuízo é maior do que a perda que será sofrida ao se impedir a ação que causou o dano⁶⁶⁴. Isso vale inclusive para as opções a respeito da interposição de recursos ou realização de acordos⁶⁶⁵.

Importante destacar que, antes mesmo do desenvolvimento das ideias da análise econômica do direito nos Estados Unidos, o sistema francês já se preocupava com a boa gestão dos litígios e com a administração da prestação jurisdicional. São exemplos disso a instituição dos tribunais de comércio, a reforma do processo civil pela *Ordonnance royale* de 1667 e a criação de estatísticas judiciárias no final do século XVIII⁶⁶⁶.

Observe-se que sendo a eficiência relevante na área das políticas públicas em geral, sua importância cresce ainda mais quando se fala em uma estrutura judicial limitada e extremamente deficitária. Não há, portanto, como negar o valor das teorias econômicas na aplicação do Direito. Elas conseguem auxiliar na previsão a respeito das atitudes das partes diante das leis, das sanções processuais e, por que não dizer, das próprias decisões antecipatórias. Há mais de quarenta anos, Mauro Cappelletti e Bryant Garth já sustentavam que uma das tarefas fundamentais do moderno processo civil consistia justamente na análise do impacto material de vários mecanismos de resolução de conflitos. E para isso era necessário ampliar o foco de estudo para além da análise das Cortes, valendo-se de descobertas sociológicas, políticas, psicológicas e econômicas. Ou seja, o que se propunha era ampliar a análise para abranger também outras culturas além daquela estritamente judicial. Propunha-se, já naquela época, alargar e aprofundar o estudo para se alcançar os objetivos e os métodos da ciência jurídica moderna⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ “The problem which we face in dealing with actions which have harmful effects is not simply one of restraining those responsible for them. What has to be decided is whether the gain from preventing the harm is greater than the loss which would be suffered elsewhere as a result of stopping the action which produces the harm” (COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *The Journal of Law & Economics*, vol. III, October 1960, p. 27).

⁶⁶⁵ TIMM, Luciano Benetti. “As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics”, *in* *Revista de Processo*, vol. 178, Dez/2009, p. 153 a 179.

⁶⁶⁶ CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa – Seis Lições Brasileiras*, 1ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 59.

⁶⁶⁷ Vale transcrever o texto no original: “A basic task of modern civil procedure scholars is to expose the substantive impact of various dispute processing mechanisms. They must, therefore, broaden their focus beyond simply the courts; they must utilize the insights of sociological, political, psychological, economic and other analyses; and they must learn from other cultures. “Access” therefore, is not only na increasingly

Anos depois, ao analisar o impacto do relatório *Doing business* do Banco Mundial nas reformas civis na Itália, Remo Caponi reconhece que o estudo do direito processual civil só tem sentido se houver a consciência de que cada escolha técnica está inserida dentro de um contexto muito mais amplo⁶⁶⁸. Isso significa que sempre haverá consequências para muito além da esfera jurídica, qualquer que seja a opção do legislador e do operador do direito.

Lamentavelmente, no âmbito da tutela provisória brasileira, há uma tendência dos julgadores em não antecipar a satisfação dos direitos, salvo naqueles casos em que exista situação de urgência (*periculum in mora*). E, obviamente, essa opção gera consequências sociais e econômicas. O que se percebe é que o volume excessivo de trabalho, aliado ao receio de erro judiciário conduzem à inércia e ao desejo de manutenção do *status quo*. A justificativa que está na base desse raciocínio é a seguinte: se o julgamento final pode atender o interesse do autor, remediando seus prejuízos, não há razão para se antecipar a satisfação do direito antes da obtenção da cognição exauriente. Procura-se evitar, além do aumento na carga de trabalho, um risco de erro judicial.

Contudo, o que não se leva em conta nessa análise é que a prolação de uma decisão final favorável jamais afastará o problema da demora processual. Esse sempre ocorrerá e gerará descrédito no sistema. Além disso, e aí reside o ponto principal, essa forma de raciocínio ignora também que a mera possibilidade de uma sentença final desfavorável não gera ao devedor qualquer incentivo para atuar de acordo com o direito. Ao contrário, o tempo exigido pelo procedimento serve de estímulo para a sua inércia. Como muito bem destaca Bruno Vinícius da Rós Bodart, o acréscimo de juros moratórios e correção monetária são as únicas desvantagens sofridas por ele, na medida em que outros danos suportados pelo autor terão de ser buscados em processo distinto⁶⁶⁹, mediante novo contraditório e comprovação. Tais acréscimos, evidentemente, não são significativos a ponto de gerar um estímulo para condutas socialmente desejadas. Daí a tendência, lamentável, em se deixar tudo como está.

Em outras palavras, a não concessão de uma medida antecipatória – visando evitar um risco de erro judiciário – traz necessariamente um problema ainda maior: o desestímulo ao réu

recognized fundamental social right; it is also necessarily a central focus of modern procedural scholarship. Its study presupposes both a broadening and deepening of the aims and methods of modern legal science” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice: a world survey*, vol. I, book I, Milan: Dott A. Giuffrè Editore, 1978, p. 9).

⁶⁶⁸ CAPONI, Remo. “Doing business” come scopo della giustizia civile? In: *Foro italiano*, v. 3, 2015, p. 11.

⁶⁶⁹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*, 2ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 74.

devedor, que poderá permanecer com uma conduta protelatória ao longo de todo o procedimento. Acrescente-se a isso o fato de as sanções por litigância de má-fé serem muito pouco aplicadas na experiência judicial brasileira.

Recorde-se da conhecida formulação de John Leubsdorf, posteriormente aprimorada pelo magistrado Richard Posner (Leubsdorf-Posner rule), a respeito dos critérios para a concessão de liminares. Segundo Leubsdorf, os fatores habitualmente adotados pelas autoridades judiciais costumavam ser: a probabilidade de êxito no mérito da demanda, a perspectiva de prejuízo irreparável, a comparação entre as consequências da concessão ou do indeferimento para as partes e, algumas vezes, a existência de interesse público⁶⁷⁰. Como tais critérios não eram suficientes, Leubsdorf propôs um modelo para minimizar a perda de direitos⁶⁷¹. Segundo ele, a concessão deveria ocorrer quando: (1) a liminar fosse necessária para evitar dano irreparável; (2) o prejuízo decorrente de seu indeferimento superasse o eventual prejuízo irreparável do réu⁶⁷². Tal modelo foi posteriormente aprimorado por Posner durante o julgamento de *American Hospital Supply Corp. v. Hospital Products Ltd*, mediante uma equação matemática que considerava o prejuízo do autor multiplicado pela sua chance de êxito, comparando-o com o prejuízo do réu também considerando sua possibilidade de vitória⁶⁷³. Procurou-se, com isso, atenuar os riscos nas concessões de liminares.

Argumente-se que apesar de toda a reflexão teórica, o problema do erro judiciário continuará existindo, mesmo nas situações de decisão após cognição exauriente. Isso é inerente à impossibilidade de alcance da verdade no processo e às dificuldades da própria cognição enquanto apreensão da realidade. Nesse sentido, é notório que por mais convincente que seja uma prova, ela apenas estabelece uma probabilidade⁶⁷⁴. David Friedman cita a confissão, mostrando que nem ela constitui uma prova absoluta. Lembra ainda que o exame de DNA também pode não ser conclusivo se, alguém no laboratório cometer um erro ou se existir um gêmeo idêntico⁶⁷⁵. O máximo que se pode obter é uma verdade judicial, a qual constitui, acima

⁶⁷⁰ LEUBSDORF, John. The standard for preliminary injunctions. *Harvard Law Review*, vol. 91, nº 03 (Jan, 1978), p. 525.

⁶⁷¹ O que ele denominou de model for minimizing loss of rights.

⁶⁷² LEUBSDORF, John. Op. cit. p. 544 e 545.

⁶⁷³ POSNER, Richard A. *Economic analysis of the law* (1973). 9th edition, 2014, p. 777.

⁶⁷⁴ FRIEDMAN, David D. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 09.

⁶⁷⁵ FRIEDMAN, David D. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 09.

de tudo, uma questão cultural de cada sistema⁶⁷⁶.

Por outro lado, o estímulo a condutas de acordo com o direito é algo que deve ser buscado pelo processo civil. Este não pode ser neutro à opção do réu em inadimplir e, ainda por cima, protelar o processo pelo maior período de tempo possível. Justamente por isso, a doutrina americana compara a concessão de uma liminar com a imagem de uma vara com uma cenoura na ponta, como forma de provocar um movimento do devedor⁶⁷⁷. De fato, sob ponto de vista da eficiência econômica, Richard Brooks e Warren Schwartz questionam a regra Leubdsdorf-Posner, especificamente na parte em que esta sustenta que se o prejuízo do autor puder ser reparado ao final, não haveria razão para o risco inerente à concessão da liminar. De modo crítico, eles salientam que uma decisão final favorável não constitui uma justificativa suficiente para indeferir uma *preliminary injunction*. Isto porque a compensação com a conclusão do processo não gera qualquer incentivo para condutas mais eficientes *antes e durante* o procedimento⁶⁷⁸. Essa, de fato, parece ser a chave da questão: como obter comportamentos mais adequados das partes durante o trâmite processual, independentemente de sua eventual compensação ao final. Observe-se que isso nada tem a ver com o *periculum in mora*, ou seja, com a urgência. Uma conduta mais adequada pode (e deve) ser provocada mediante a concessão de uma decisão antecipatória de evidência.

Segundo a *preliminary injunction doctrine* é possível retirar a escolha comportamental das mãos do réu para colocá-la nas mãos do autor. Assim, este, apesar de assumir a responsabilidade pela medida judicial, consegue receber os seus benefícios⁶⁷⁹. Ou seja, o que se procura não é equilibrar o risco, nem tampouco atribuir responsabilidade para garantir a concessão de uma medida antecipatória. O que se pretende é, verdadeiramente, gerar

⁶⁷⁶ Ao reconhecer que a verdade absoluta é inatingível, Emmanuel Jeuland utiliza a expressão *judicial truth* e afirma que a mesma é uma questão cultural. (JEULAND, Emmanuel. The ‘right to proof’ and the ‘loyalty principle’: a french perspective, in Evidence in contemporary civil procedure: fundamentals issues in a comparative perspective/ Editors C.H. van Rhee; A. Uzelac, Cambridge: Intersentia Ltd, 2015, p. 80).

⁶⁷⁷ “Preliminary injunctions correct this distortion by wielding a stick and providing a carrot for a defendant who would otherwise discount damages given some positive probability that she may not have to pay them. The powerful stick in this example is the in terrorem damages that defendant will be required to pay if na injunction is granted and she violates it”. (BROOKS, Richard; SCHWARTZ, Warren. Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminar injunction doctrine. Stanford Law Review. vol. 58, n. 2 (nov. 2005), p. 382).

⁶⁷⁸ Vale transcrever o texto original: “We show, however, that the availability of an adequate final remedy is not a sufficient justification for denying preliminary injunctions: adequate compensation at the conclusion of the case does not provide parties with sufficient incentive to engage in efficient conduct before and during the case”. (BROOKS, Richard; SCHWARTZ, Warren. Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminar injunction doctrine. Stanford Law Review. vol. 58, n. 2 (nov. 2005), p. 385).

⁶⁷⁹ BROOKS, Richard; SCHWARTZ, Warren. Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminar injunction doctrine. Stanford Law Review. vol. 58, n. 2 (nov. 2005), p. 382.

uma alteração na conduta das partes, durante o procedimento e a partir da antecipação de um provável direito. Este é o valor dessa teoria: o questionamento sobre a possibilidade de gerar novos rumos no curso do processo em virtude de decisões judiciais que alterem o comportamento das partes.

Saliente-se que nas hipóteses da tutela da evidência concedida após a ouvida do requerido, este não terá nem mesmo a expectativa de que a decisão se altere em curto espaço de tempo. Para ele, portanto, será mais interessante evitar a protelação a fim de obter uma decisão com cognição exauriente do que alongar o curso do processo. Nessa linha de raciocínio, a tutela da evidência, decorrente da técnica da cognição com reserva da defesa de mérito indireta infundada, permite, não apenas a repartição do tempo do processo, mas igualmente o desestímulo ao abuso do direito de defesa⁶⁸⁰. Alcançam-se assim dois objetivos distintos: uma melhor distribuição do ônus do tempo (afinal, quem precisa da produção da prova é quem deve sofrer as consequências da espera) e, ao mesmo tempo, um incentivo para uma conduta adequada do réu, sem protelações.

Na Itália, há algum tempo já se reconhece que a economia processual e o desestímulo ao abuso do direito de defesa constituem efeitos secundários e inerentes à técnica da condenação com reserva⁶⁸¹.

6.1.3 As escolhas nem sempre são racionais

A relação entre a concessão da tutela antecipada sem urgência e os comportamentos processuais mais adequados pode ser explicada pela busca por eficiência, segundo estudos econômicos. Por outro lado, também é verdade que a *teoria da escolha racional*, que constitui a base da análise econômica do direito, pode ser relativizada no âmbito das disputas judiciais. Primeiro porque ela tem recebido merecidas críticas. A principal delas é que as pessoas nem sempre são *racionais*. Basta pensar em um exemplo corriqueiro: alguém pode *se servir de um terceiro prato de spaghetti, quando um cuidadoso cálculo de interesses a longo prazo sugeriria a abstenção*⁶⁸². Ou seja, existe algo além da mera racionalidade nas escolhas humanas. Nem sempre as pessoas agem de acordo com escolhas racionais. Em segundo lugar, porque, como

⁶⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. 2ª ed, rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 328.

⁶⁸¹ SCARSELLI, Giuliano. La condanna con riserva, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989, p. 584.

⁶⁸² FRIEDMAN, David D. Law's order: what economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 08.

muito bem destaca Loïc Cadiet, tal teoria não é compatível com a própria racionalidade jurídica, a qual não tem uma natureza matemática⁶⁸³. Nesse sentido, ainda que Richard Posner sustentasse que tal racionalidade poderia ser aplicada a qualquer atividade social, inclusive nas atividades jurídicas⁶⁸⁴, ele mesmo reconhecia que a noção de justiça não poderia se limitar à ideia de eficiência⁶⁸⁵. Isso fica claro quando Posner revê sua posição inicial, admitindo que além da eficiência, a justiça exige outros valores⁶⁸⁶.

De fato, as circunstâncias do ambiente judicial são peculiares. Nele, outros fatores como sentimentos negativos, interesses escusos e até mesmo a subjetividade podem interferir na tomada de decisões e na adoção de comportamentos indesejáveis e imprevisíveis. A propósito, os estudos mais modernos da psicologia vêm derrubando a premissa econômica clássica, vinculada à racionalidade do ser humano⁶⁸⁷.

Essa é uma das razões pelas quais, no que tange à especificidade da prestação jurisdicional, a justiça não pode ser reduzida a um cálculo econômico. *Não é porque tudo pode ser colocado em uma equação que tudo deva ser colocado em equação*⁶⁸⁸. A racionalidade econômica, portanto, não pode ser vista como o único critério para avaliar a eficiência do Poder Judiciário. Para se chegar a tal conclusão, basta a seguinte indagação: a produtividade é um dado suficiente para aferir a qualidade das decisões judiciais? A resposta parece ser negativa.

Contudo, a análise econômica pode ser de grande utilidade para o direito, especialmente quando o espaço de indeterminação da norma é grande. Decisões polêmicas como oferecimento de vagas em escolas públicas ou fornecimento de medicamentos caros devem levar os magistrados a pensar como legisladores, pois sua atividade é também política⁶⁸⁹.

⁶⁸³ CADIET, Loïc. L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité. www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/37.pdf. Acesso em 30.06.2018.

⁶⁸⁴ São essas as suas palavras: "A deeper, wider, more sustained engagement of economics with law had to await recognition (which again had been anticipated by Bentham) that economics is a theory that can in principle be applied to any social activity (even nonhuman), thus including law, even when law regulates nonmarket activities such as crime, adjudication, or marriage." (POSNER, Richard A. *Economica analysis of law*, ninth edition, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 30).

⁶⁸⁵ "But there is more to notions of justice than a concern with efficiency". (POSNER, Richard. *Op. cit.*, p. 35).

⁶⁸⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richar Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L.M. Padua (Coord.) *Agenda contemporânea: direito e economia: trinta anos de Brasil*, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 318 e 319.

⁶⁸⁷ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 406.

⁶⁸⁸ CADIET, Loïc. L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité. www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/37.pdf. Acesso em 30.06.2018.

⁶⁸⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richar Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L.M. Padua (Coord.) *Agenda contemporânea: direito e economia: trinta anos de Brasil*, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 320.

Nesses casos, o que se propõe é uma interação entre a interpretação da lei e as consequências práticas.

Ao tratar da crise da justiça civil na Itália, Vittorio Denti destaca a importância da interdisciplinariedade, especialmente das lições da sociologia para descobrir como os institutos processuais vivem na realidade. Lembra, assim, que uma sociologia sem reforma é possível, mas uma reforma sem sociologia equivaleria ao erro das políticas improvisadas ou dos juristas temerosos em ver desmoronar as catedrais no deserto de seu abstrato conceitualismo⁶⁹⁰.

Na França há também a concepção de que a jurisdição deve ser pensada a partir de critérios de eficiência, gestão, produtividade e resultado. A propósito, Jean-Marie Coulon afirma que, sob alguns aspectos, a jurisdição é comparável a uma empresa. Ambas possuem um quadro de funcionários, um orçamento, um objeto social, estatísticas e exigências legítimas de produção⁶⁹¹. Ele esclarece que a justiça não será *pervertida, nem perderá sua alma caso adote certas práticas de justiça privada*⁶⁹².

Por outro lado, o problema reside na utilização exclusiva de critérios econômicos para aferir a qualidade da prestação jurisdicional. Inadmissível, neste aspecto, é a passagem da eficácia de *meio* para *finalidade*⁶⁹³. Em outros termos, mediante a eficácia deve se atingir a boa justiça. E não o contrário, ou seja, a boa justiça não deve ser buscada apenas por força da eficácia.

Mas é evidente que o comportamento das partes, inclusive no que diz respeito ao seu interesse para uma solução consensual do litígio, decorre também de reflexões econômicas e dos incentivos que possam ser criados. Justamente por isso, os litigantes podem ser considerados *agentes econômicos racionais*⁶⁹⁴, os quais decidem prosseguir na disputa e

⁶⁹⁰ São essas as palavras no texto original: “Intendo dire che occorre conoscere come gli istituti processual vivono nella realtà, come l enorme sono effettivamente applicate, qual è il grado di *fairness* e di giustizia sostanziale che la disciplina del processo civile riesce a garantire. Compito difficile, assai più difficile della comparazione come raffronto di modelli normativi, ma tuttavia necessario, allo stesso modo come la conoscenza della storia degli istituti. Una sociologia senza riforme è possibile, ed anzi risponde alla classica concezione avalutativa della sociologia come scienza, ma riforme senza sociologia sono soltanto un errore di politici improvvidi o di giuristi timorosi di veder crollare le ‘cattedrali nel deserto’ del loro astratto concettualismo”. (DENTI, Vittorio. Riflessioni sulla crisi della giustizia civile. In: Sociologia del diritto Rivista Quadrimestrale, XIII, n. 2-3, 1986, p. 79).

⁶⁹¹ COULON, Jean-Marie. Les solutions relatives à l’office du juge, in *Le temps dans la procédure*, Paris: Dalloz, 1996, p. 63.

⁶⁹² No texto original: “La justice n’est pas pervertie, ne perd pas son âme en adoptant certaines pratiques de justice privée: la justice ne saurait échapper à une saine conception de l’ordinateur, dans la gestion des services”. (COULON, Jean-Marie. Les solutions relatives à l’office du juge, in *Le temps dans la procédure*, Paris: Dalloz, 1996, p. 63).

⁶⁹³ CADIET, Loïc. Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa – Seis Lições Brasileiras, 1ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 72.

⁶⁹⁴ TIMM, Luciano Benetti. “As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores: a

interpor recursos com base, dentre outros, no raciocínio do custo-benefício. Diz-se dentre outros pois, conforme já salientado, o ambiente jurídico não pode ser reduzido à análise econômica. Isso seria demasiadamente simplista. Sabe-se que há razões diversas, inclusive emocionais, que induzem aos mais diferentes comportamentos processuais. A propósito, Calamandrei afirma que a febre da litigiosidade tem muitos pontos em comum com a loucura dos jogos de azar⁶⁹⁵. Segundo ele, muitas vezes a razão pela qual os litigantes continuam a se debater não é o objeto econômico da disputa, mas questões de honra, de amor próprio, de competitividade, de vingança, ciúmes e até inveja. Ou seja, estímulos baixos ou nobres que também se verificam nas competições esportivas. Tal realidade igualmente não pode ser ignorada.

6.1.4 Equilíbrio entre eficiência e equidade

Na busca de um equilíbrio entre esses fatores, propõe-se a equiparação entre o princípio da eficiência e o princípio da equidade. Ou seja, a igual valorização dos resultados, quer do ponto de vista coletivo das demandas, quer do ponto de vista individual de cada conflito de interesses. Explicando melhor: deve-se atribuir o mesmo valor tanto para a eficiência em termos de gestão adequada dos recursos humanos ou materiais para os processos e de obtenção de resultados em menor período de tempo possível, como para a solução adequada e justa imposta em cada caso concreto. Eficiência e equidade, portanto, são valores de igual peso e importância.

Enquanto o primeiro toma em consideração os indicadores quantitativos (tempo dispendido e volume de recursos), o segundo avalia os indicadores qualitativos (informações adequadas aos jurisdicionados, motivação das decisões e respeito ao contraditório)⁶⁹⁶. Ambos, juntos e equilibrados, podem conduzir a uma prestação jurisdicional mais adequada.

Com efeito, a análise econômica do direito tem imenso valor e não pode ser simplesmente desconsiderada. Como muito bem destaca Gustavo Osna, *o processo não é apenas jurídico*⁶⁹⁷. Segundo o autor, deve-se abandonar a incorreta compreensão de que tal

repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics”, in Revista de Processo, vol. 178, Dez/2009, p. 153 a 179.

⁶⁹⁵ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco, in Rivista di Diritto Processuale, vol. V, parte I, 1950, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 50.

⁶⁹⁶ CADIET, Loïc. Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa – Seis Lições Brasileiras, 1ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 34.

⁶⁹⁷ OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 48 e 49.

análise implicaria em finalidades orientadas exclusivamente pela eficiência. Na verdade, a economia pode e deve ser considerada como um dos *ferramentais* relevantes. Em 1987, ou seja, há mais de trinta anos, Richard Posner descreveu as razões pelas quais estava ocorrendo o declínio da concepção do Direito como uma disciplina autônoma⁶⁹⁸. Dentre elas, destacou a crítica de Holmes, segundo a qual, o Direito como uma ferramenta para a conquista de objetivos sociais não poderia ser compreendido de forma apartada das condições sociais. O futuro do direito estaria relacionado também aos estudos de economia e estatística⁶⁹⁹.

6.2 O ESTÍMULO À COMPOSIÇÃO ENTRE AS PARTES

Além de gerar comportamentos processuais mais adequados, a concessão da tutela da evidência também contribui para obtenção de soluções consensuais, gerando economia processual. Conforme se observa em estudos de análise econômica do direito e na experiência do *référé-provision*, a antecipação baseada apenas na probabilidade do direito constitui um importante estímulo para as transações. Isso porque ela faz desaparecer o otimismo dos litigantes e a chamada assimetria na informação a respeito do possível desfecho do processo. Além disso, o fato das partes sofrerem os efeitos concretos do provimento geral gera um impacto extremamente favorável à conciliação. É do que se trata na sequência.

6.2.1 Quando os acordos são ruins

Quem poderia criticar a realização de acordos? Afinal, são eles os responsáveis pela redução da litigiosidade, pelo alcance de uma solução célere, pela economia em termos de utilização de recursos humanos e financeiros, assim como pela obtenção da pacificação social. Parece que a solução consensual, apesar de ainda pouco expressiva, constitui uma meta, a qual tende a ganhar mais adeptos.

Contudo, em um importante texto nos anos oitenta, Owen Fiss apresenta um contraponto. Afirma que não se deve preferir a adoção genérica da prática de acordos em relação aos julgamentos. Isso porque, assim como o *plea bargaining*, a realização de um acordo representa a capitulação diante das condições da sociedade de massa e, portanto, não deve ser

⁶⁹⁸ POSNER, Richard A. “The decline of Law as an autonomous discipline: 1962-1987”, Boston: Harvard Law Review, 761 (1987), p. 762.

⁶⁹⁹ POSNER, Richard A. “The decline of Law as an autonomous discipline: 1962-1987”, Boston: Harvard Law Review, 761 (1987), p. 762 e 763.

encorajada, nem louvada⁷⁰⁰.

A justificativa desse raciocínio, contrário aos acordos, é feita mediante a apresentação de inúmeras as razões. Em primeiro lugar, o desequilíbrio de poder faz com que as disparidades econômicas influenciem o acordo de três maneiras: a parte mais pobre tem menos informações e por isso torna-se menos capaz para fazer previsões sobre o desfecho da causa; ela precisa obter a indenização imediatamente; e pode se sentir forçada a fechar o acordo porque não tem condições financeiras de suportar a demanda. Sob esses aspectos, o *autor indigente é uma vítima dos custos do litígio, mesmo quando faz um acordo*⁷⁰¹.

Em segundo lugar, muitas partes não são indivíduos, mas grupos e organizações. Nesses casos, haverá o risco da ausência de autorização consentida para a realização do acordo, isto é, a possibilidade dessa solução consensual interessar para o representante do grupo, mas não para os seus próprios integrantes.

Em terceiro lugar, uma solução consensual pode não trazer toda a base necessária para a continuidade do processo, na fase de cumprimento daquela decisão⁷⁰². Daí porque conclui Fiss que é melhor ter justiça do que paz. Segundo ele, a função do Poder Judiciário não é apenas trazer paz ou resolver brigas entre vizinhos. Sua função é igualmente esclarecer e dar força aos valores previstos nos textos legais e na Constituição. Nessa medida, quando as partes fazem um acordo, a sociedade ganha menos do que parece, e por um preço que não sabe que está sendo pago. Ao celebrar um acordo, as partes podem estar autorizando a que não se faça justiça. Por isso o julgamento é melhor. Dessa conclusão advém a proposição final: alguém terá que combater a traição aos valores sociais e estar preparado para virar o mundo de cabeça para baixo a fim de assegurar o respeito a esses ideais⁷⁰³.

A crítica, sem dúvida alguma, é muito pertinente. Determinados conflitos, por sua importância em termos de discussão de valores fundamentais ou esclarecimento a respeito do

⁷⁰⁰ “I do not believe that settlement as a generic practice is preferable to judgement or should be institutionalized on a wholesale and indiscriminate basis. (...) Like plea bargaining, settlement is a capitulation to the conditions of mass Society and should be neither encouraged nor praised”. (FISS, Owen M., Against Settlement, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 1215, 1984, p. 1075. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215. Acesso em 08.02.2019.

⁷⁰¹ FISS, Owen M., Against Settlement, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 1215, 1984, p. 1076.

⁷⁰² FISS, Owen M., Against Settlement, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 1215, 1984, p. 1082.

⁷⁰³ Após mencionar casos relevantes como o da discriminação racial em *Brown v. Board of Education*, Owen Fiss sustenta que a realização da justiça, mediante o respeito aos valores mais profundos de uma sociedade é mais importante que a realização de acordos. Vale transcrever a parte final desse seu argumento: “Someone has to confront the betrayal of our deepest ideals and be prepared to turn the world upside down to bring those ideals to fruition”. (FISS, Owen M., Against Settlement, Yale Faculty Scholarship Series. Paper 1215, 1984, p. 1086 e 1087).

Direito, merecem ser decididos pelo Poder Judiciário. Como é evidente, nem todas as disputas podem ser solucionadas pela denominada “teoria do telefone quebrado”⁷⁰⁴. Esta sustenta que ao se reparar a linha de comunicação do telefone, metaforicamente se abre um canal de comunicação entre as partes mediante a atuação de um terceiro neutro, o qual pode ser um conciliador ou mediador. Com efeito, Elisabetta Silvestri destaca que nem todos os conflitos podem ser resolvidos pela aplicação de bom senso ou valores comunitários. Nesse sentido, um acordo não pode ser equiparado a um julgamento, o qual impõe a regra legal⁷⁰⁵.

6.2.2 Quando os acordos são bons

O julgamento, no contexto de imposição da regra legal, é a melhor solução. Trata-se aqui da função objetiva de *dizer o direito*. A jurisdição desempenha, nesse aspecto, um papel de orientação para condutas futuras.

Mas, como é notório, não são essas as demandas que congestionam o sistema judicial. O dia a dia forense está repleto de causas corriqueiras, discussões menos significativas, questões patrimoniais e as denominadas brigas de vizinhos. Todo esse imenso oceano de litígios impede, na verdade, o desempenho da função mais importante da jurisdição. Daí porque o caminho consensual, para essa imensidão de casos é algo verdadeiramente positivo para o sistema e para as partes. Alcança-se, assim, ao mesmo tempo uma economia em termos de tempo e recursos, bem como a pacificação social.

Há mais de vinte anos, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro já destacava no Brasil a insuficiência do número de juízes para o atendimento das demandas, propondo o incentivo aos chamados *equivalentes jurisdicionais*. Mas para tanto, dizia, era fundamental a capacitação adequada para o desempenho das tarefas de mediação e conciliação⁷⁰⁶. De fato, a solução alternativa de resolução dos conflitos é importante não apenas para o sistema, mas também para as partes. Para tanto, contudo, é necessário a utilização de métodos adequados e a preparação dos profissionais.

⁷⁰⁴ SILVESTRI, Elisabetta. ADR Italian Style: panacea or anathema? In: UZELAC, Alan; VAN RHEE, Cornelis Hendrik. Civil Justice between efficiency and quality: from Ius Commune to the CEPEJ. 1. ed. Cambridge: Intersentia, 2008, p. 252.

⁷⁰⁵ SILVESTRI, Elisabetta. ADR Italian Style: panacea or anathema? In: UZELAC, Alan; VAN RHEE, Cornelis Hendrik. Civil Justice between efficiency and quality: from Ius Commune to the CEPEJ. 1. ed. Cambridge: Intersentia, 2008, p. 252.

⁷⁰⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo (1999), 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 87 e 88.

De qualquer forma, não há como negar o relevantíssimo papel das soluções consensuais. O presente trabalho parte desse pressuposto e procura demonstrar como a tutela da evidência pode contribuir nesse cenário.

Observe-se que a abordagem, tendo por foco a tutela da evidência, se refere à possibilidade de encerramento de uma demanda já instalada perante o Poder Judiciário. Mas não se deixa de mencionar a importância do papel dos advogados para o estímulo aos acordos antes mesmo da provocação judicial. Nesse sentido, é fundamental uma nova mentalidade desses profissionais, capaz de estimular o diálogo ao invés da litigância. Como bem destacado, não é necessária a presença de um magistrado para que as partes obtenham uma solução consensual⁷⁰⁷. Os advogados podem e devem exercer essa função de agentes incentivadores de acordos.

E uma vez instaurada a relação processual, impõe-se também uma postura mais ativa em relação à busca do consenso. É lamentável a frequência com que juízes e advogados comparecem às audiências sem estar adequadamente preparados para propostas de acordo. Muitas vezes, atuam advogados sem qualquer poder para firmar transações, o que indica uma tendência das partes, notadamente das pessoas jurídicas, a meramente cumprir uma formalidade, ao invés de aproveitar a oportunidade (*day in court*) para solucionar o caso⁷⁰⁸. Mas este não é o único problema, como se expõe a seguir.

6.2.3 As dificuldades para a celebração de acordos

Observe-se que o ambiente de incerteza jurisprudencial é um fator de dificuldade para a prática dos acordos. Quando os ambientes profissionais são regulares, produzindo consequências esperadas, os especialistas tendem a adquirir o chamado *reconhecimento de uma situação que se opera com certa regularidade*⁷⁰⁹. Tal conhecimento adquirido orienta os

⁷⁰⁷ É o que afirma Marcus Onodera: “Ou seja, o acesso à justiça – *ordem jurídica justa* – deve ser respeitado e garantido. Porém, em contrapartida, há que se criar nova mentalidade na população, no sentido de que, havendo relação conflituosa, as pessoas consigam resolver seus conflitos sozinhas, por meio, principalmente, de métodos alternativos de solução de conflitos. Não é necessária a presença do juiz para que as partes cheguem a um consenso. Nisso, aliás, o advogado pode – e deve – exercer papel fundamental no estímulo ao acordo. Caso contrário, estaremos fadados a continuar como um dos países com o maior número de processos no mundo”. (ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. Gerenciamento do processo e acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 15).

⁷⁰⁸ ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. Gerenciamento do processo e acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 16.

⁷⁰⁹ WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia

operadores do direito às práticas cooperativas. Por outro lado, não havendo nos tribunais brasileiros um ambiente suficientemente regular, surgem o raciocínio intuitivo e o otimismo (ambos extremamente prejudiciais aos acordos)⁷¹⁰.

Acrescente-se ainda que as práticas de conciliação, mediação e negociação são pouco expressivas. Embora tenhamos visto evolução no passado recente, persiste um volume assustador de conflitos à espera de uma solução judicial. Há mais de uma década, Kazuo Watanabe manifestava a esperança de que a então *cultura da sentença* fosse sendo paulatinamente substituída pela *cultura da pacificação*⁷¹¹. Os dados estatísticos atuais comprovam que essa ainda é uma batalha a ser vencida. Em 2018, o Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça apontou que o índice de processos solucionados por meio de acordos, mediante mediação ou conciliação, em todo o Poder Judiciário, foi de 12,1%. Isso em termos absolutos representa 3,7 milhões de processos. Um avanço impressionante, mas ainda pequeno diante do volume de 31.440.038 (trinta e um milhões, quatrocentas e quarenta mil e trinta e oito) sentenças proferidas⁷¹².

De qualquer forma, não há como negar que o tema tem ganho cada vez mais destaque na academia e nos tribunais por todo o Brasil. Basta analisar os dados estatísticos dos três últimos anos, período no qual o CNJ deu início à análise dos dados da conciliação. Em 2015, o índice de conciliação, que é o percentual de acordos em relação ao total de decisões terminativas, foi de 11,1%. Em 2016 passou para 11,9% e em 2017 alcançou 12,1%, considerando todas as áreas de atuação. Isso, em grande parte, reflete o trabalho dos Centros de Conciliação. Na Justiça Estadual, por exemplo, havia 362 Cejuscs em 2014. Esse número cresceu para 654 no ano de 2015, chegando em 2015 a 808 e em 2017 a 982 Cejuscs instalados⁷¹³.

O objetivo para 2019 é majorar o montante de acordos em relação ao total de

podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 416.

⁷¹⁰ Um dos vieses comportamentais mais estudados é o otimismo exagerado em cenários de incertezas. Isso prejudica a racionalidade e diminui as chances de acordo. Nesse sentido, vide WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 410 a 425.

⁷¹¹ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 690.

⁷¹² <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em 26.01.2019.

⁷¹³ Relatório Justiça em Números 2018, dados disponíveis em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em 26.01.2019.

demandas. No XII Encontro Nacional do Poder Judiciário, realizado em 04 de dezembro de 2018, na cidade de Foz do Iguaçu (PR), foi aprovada uma meta de elevação do índice de conciliação em dois 02 (dois) pontos percentuais⁷¹⁴.

6.2.4 A tutela da evidência e a solução consensual

A tutela da evidência tem, nesse aspecto, um relevante papel. Ela pode contribuir não apenas para a satisfação antecipada dos direitos, gerando credibilidade e prestígio ao Poder Judiciário, mas igualmente para estimular a solução consensual do litígio. Além da justa distribuição do ônus do tempo no processo,⁷¹⁵ ela também incentiva a extinção das demandas, gerando maior eficiência no sistema.

Se o mero efeito da citação, segundo Calamandrei, já poderia auxiliar na composição entre as partes, o que dizer da antecipação da tutela em relação aos direitos evidentes? No artigo *Il processo come giuoco*, publicado em 1950, o mestre afirma que *molte cause civili se iniziano non con l'intenzione del giudizio del merito, ma con l'onesta speranza che il reo se convinca che non ha ragione e adempia l'obbligo*⁷¹⁶.

O Código de Processo Civil francês de 1806, na Exposição de Motivos, deixou clara a importância da expansão do procedimento de *référé* (inicialmente utilizado apenas na Capital) para toda a França. E o fez dizendo que ele tinha a capacidade de provocar a extinção total e definitiva de uma imensa quantidade de demandas, as quais, julgadas de forma equitativa, tornavam as jurisdições de *référé* templos de conciliação⁷¹⁷.

⁷¹⁴ Notícia divulgada pelo próprio CNJ e disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88133-metas-e-encerramento>. Acesso em 26.01.2019.

⁷¹⁵ A distribuição do ônus do tempo no processo vem sendo defendida no Brasil há muitos anos por Luiz Guilherme Marinoni. Cite-se, apenas a título de exemplo, a seguinte passagem da obra *A Antecipação da Tutela*, cuja primeira edição foi lançada em 1995: “A tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa somente é possível, em princípio, quando a defesa ou o recurso do réu deixam entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, 3ª ed, rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 138). Antes mesmo disso, em obra de 1992, Luiz Guilherme Marinoni já se valia da doutrina de Ovídio Baptista da Silva para sustentar que o procedimento ordinário deveria ser utilizado apenas para os casos em que o índice de probabilidade da existência ou não existência do direito de cada parte fosse equivalente. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, (1992), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 116).

⁷¹⁶ CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol. V, parte I, 1950, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 34.

⁷¹⁷ “Vous désirerez pour le bonheur des justiciables, que les jugements sur référé soient dans les départements ce qu'ils sont encore aujourd'hui dans la capitale, c'est-à-dire l'extinction totale et définitive d'une immense quantité de contestations qui, aux yeux de la loi, ne sont jugées que provisoirement. Puissent les présidents des tribunaux se pénétrer de tout le bien qu'ils pourront opérer, en faisant ainsi de leur hôtel, par des jugements équitables, un temple de conciliation!”. (ISBACHIAN, G. *Le référé, un enjeu pour Demain?*

Essa vinculação entre tutela da evidência e solução consensual foi bem identificada por Cécile Chainais⁷¹⁸. Ela esclarece que a tutela provisória na França contribui tanto para a conciliação, como para o desaparecimento espontâneo do conflito após a concessão da medida (pela própria dissuasão ou pela produção antecipada da prova⁷¹⁹). Isso é de uma fundamental importância. A tutela inicialmente pensada para resolver o problema da demora do tempo do processo acaba por atingir um resultado ainda mais relevante: a obtenção da conciliação entre as partes. Aliás, se no passado o procedimento de *référé* possuía uma função principal relacionada à urgência, ele veio adquirindo a missão suplementar de evitar o julgamento das demandas de mérito (*le jugement au fond*). A evolução do *référé* passou assim a estar vinculada aos MARC, ou seja, aos métodos alternativos de resolução de controvérsias⁷²⁰.

O que mais interessa para a presente análise é justamente a relação entre a solução consensual do litígio e o caráter dissuasivo, decorrente da concessão da medida. Nesse sentido, pode-se dizer que o fato de se conseguir antever as reais probabilidades de ganho ou derrota na causa contribui favoravelmente para a decisão em prol do acordo. Note-se que o avançar do processo gera mais dados às partes, diminuindo a chamada assimetria de informação⁷²¹. Isso faz convergir as expectativas quanto à decisão final, aumentando significativamente as possibilidades de composição⁷²².

Essa antevisão do que provavelmente ocorrerá ao final do processo traz para o conflito um dado objetivo e altamente influente. Trata-se de um verdadeiro *sinal provisório*⁷²³ daquilo que, ao que tudo indica, ocorrerá ao fim do procedimento. *Sinal* este que, embora obtido em sede de tutela provisória, já se mostra altamente decisivo para estimular as partes ao consenso. Isso porque se a parte já sabe que provavelmente perderá a disputa, torna-se para ela muito mais

Thèse pour l'obtention du grade de Docteur de L'Université de Nice-Sophia Antipolis, 2005, p. XII).

⁷¹⁸ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 466.

⁷¹⁹ A autora se refere aqui ao art. 145 do Código de Processo Civil francês que admite o denominado *référé ou mesures d'instruction in futurum*, ou seja, a tutela provisória para fins probatórios.

⁷²⁰ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 490.

⁷²¹ Sobre a assimetria de informação e sua influência no insucesso dos acordos, vide WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 354 a 356.

⁷²² WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 431.

⁷²³ A palavra "sinal" é utilizada por Cécile Chainais, invocando a observação de P. Pescatore no artigo *Les mesures conservatoires et les référés*, in SFDI, La juridiction internationale permanente, Colloque de Lyon, Paris: Pedone, 1987, p. 326. (CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 472 e 473).

interessante realizar um acordo, reduzindo o valor a pagar (evitando honorários de sucumbência, por exemplo) ou simplesmente obtendo melhores condições para esse adimplemento (parcelamento ou exclusão de juros de mora). Em suma, a antecipação da tutela gera um alerta que serve para orientar a parte a não aguardar pelo trágico desfecho final.

A concessão da antecipação da tutela gera uma nova reflexão a respeito dos riscos e chances de êxito processual. Observe-se que tal análise ganha importância ainda maior quando a concessão da medida ocorre mediante tutela da evidência, baseada nas provas já produzidas e sem considerar qualquer *periculum in mora* (tutela de urgência)⁷²⁴. A alta plausibilidade do direito funciona aqui como um verdadeiro farol a indicar o caminho que a decisão judicial de mérito deverá adotar. Um comportamento adequado a essa nova direção é algo que pode e deve ser utilizado pelas partes para reduzir custos e tentar obter vantagem patrimonial.

Uma visão mais precisa e, acima de tudo, mais convergente no que concerne o prognóstico da demanda é fator que facilita a realização dos acordos. Richard Posner exemplifica dizendo que a troca de informações a respeito da coleta das provas, no chamado *pretrial discovery*, habilita as partes a prever o destino da causa⁷²⁵.

Outra questão interessante diz respeito ao momento em que os acordos podem ser realizados. Na medida em que o procedimento evolui, a probabilidade de composição amigável também aumenta. Isso porque cresce o número de informações sobre a causa e, conseqüentemente, a estimativa a respeito do desfecho torna-se mais convergente⁷²⁶.

Essa é precisamente a razão pela qual a tutela da evidência pode influenciar positivamente a celebração de acordos. Na medida em que as partes tomam conhecimento das provas e das alegações apresentadas, constatando também a percepção que o Poder Judiciário teve em relação à pretensão (mediante a concessão ou indeferimento da tutela antecipada), percebem mais nitidamente quais são as reais chances de vitória. Não se pode esquecer que a estimativa, baseada em dados objetivos, a respeito do futuro desenrolar do processo, constitui um fator decisivo nessa deliberação.

⁷²⁴ Muitas vezes, o alto risco de perecimento do direito autoriza a concessão de liminares mesmo quando não se tem como aferir imediatamente a probabilidade do direito. Nesse sentido, COSTA, Eduardo José da Fonseca. O direito vivo das liminares, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

⁷²⁵ “Rules of procedure can affect the settlement rate. Consider first the rules governing pretrial Discovery. A full Exchange of the information in the possession of the parties is likely to facilitate settlement by enabling each to form a more accurate, and generally therefore a more convergente, estimate of the likely outcome of the case”. (POSNER, Richard. Economic analysis of law (1973), ninth edition, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 784).

⁷²⁶ POSNER, Richard. Economic analysis of law (1973), ninth edition, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 787.

Na verdade, toda e qualquer decisão a respeito da celebração de uma composição amigável, quer judicialmente, quer extrajudicialmente, leva em consideração a probabilidade da decisão em um ou outro sentido. Tudo se relaciona, nessa medida, à análise dos fatores de risco e ao nível de convencimento que se pode alcançar.

Não há razão, portanto, para a ciência do Direito ignorar os ensinamentos das outras ciências, em especial as análises econômicas. Nesse aspecto, Richard Posner sustentava há mais de trinta anos que os advogados e juízes deveriam superar essa espécie de aflição e “bloqueio” em relação à matemática⁷²⁷.

Estudos mais recentes demonstram ainda que a aversão ao risco contribui decisivamente para as deliberações a respeito dos acordos judiciais. Se os valores envolvidos no processo são muito altos, a tendência à solução consensual é obviamente maior. Afinal, os riscos também são muito mais relevantes.

Por outro lado, a denominada *teoria da perspectiva* ensina que as pessoas atribuem pesos diferentes à probabilidade e à certeza. Os eventos certos possuem uma influência muito maior na conduta dos seres humanos. Os litigantes, por exemplo, preferem valores menores certos a valores maiores incertos. Essa é a razão pela qual o autor tende a fechar um acordo recebendo menos do que entende ser devido. Contudo, em *situações de perda*, todos estão dispostos a arriscar uma perda maior em troca da possibilidade de não haver perda alguma. *É que a perda certa dói mais do que a perda incerta*⁷²⁸. Assim, por um lado, a parte autora tende a preferir a certeza de um acordo (ainda que por quantia menor do que a pleiteada), do que sofrer a probabilidade de uma derrota. Contudo, por outro – e aí é que reside o problema – o réu também tende a ter um sentimento mais forte em relação à perda certa, representada pelo acordo. Esse é o motivo pelo qual são necessários outros incentivos para estimular as transações, considerando especificamente as diferenças de perfil entre o autor e o réu no que se refere ao risco processual⁷²⁹.

O fato é que, a partir de um enfoque econômico, verificou-se que o exame da probabilidade possui um papel fundamental na decisão dos litigantes a respeito da realização de acordos⁷³⁰. Logo, a concessão da tutela da evidência, na medida em que indica o possível

⁷²⁷ POSNER, Richard A. “The decline of Law as an autonomous discipline: 1962-1987”, Boston: Harvard Law Review, 761 (1987), p. 778.

⁷²⁸ WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 426.

⁷²⁹ WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 428.

⁷³⁰ Nesse sentido, esclarece John P. Gould: “An interesting aspect of this problem is that the implied uncertainty

prognóstico da causa, contribui enormemente para uma composição. Isso é de uma clareza muito grande. O impacto é ainda maior com a efetivação da medida e a produção, no mundo dos fatos, dos efeitos da decisão antecipada. O réu-devedor, sentindo a concretização da medida e percebendo que provavelmente perderá a disputa, com o aumento de seus custos, apressa-se em mitigar seus prejuízos através de um acordo.

Estudos de análise econômica mostram que as pessoas reagem a incentivos⁷³¹ muito mais do que se pode imaginar. Procurando demonstrar essa verdade econômica, Steven Landsburg dá um exemplo estupefaciente: o uso de cintos de segurança nos veículos causa um número maior de acidentes⁷³². Isso porque o risco de morrer em um acidente automobilístico constitui um incentivo poderoso para uma direção mais cuidadosa. Por outro lado, na medida em que os motoristas se sentem mais seguros com o uso do cinto, passam a dirigir de uma forma mais arriscada. E isso gera mais acidentes.

Trazendo essa constatação econômica para a realidade do processo civil, fica fácil perceber que a produção de efeitos concretos da antecipação de tutela gera, necessariamente, uma mudança de atitude do réu. Da mesma forma que a ausência do cinto de segurança nos veículos faz com que os motoristas tenham medo e, portanto, sejam mais cautelosos, a concessão da tutela também poderá gerar na parte um receio de perder o litígio. Pelo menos haverá um impacto em relação ao otimismo exacerbado que por vezes contamina a forma de pensar das partes e de seus advogados. Como resta claro, o otimismo é, lamentavelmente, um fator de desestímulo ao acordo⁷³³.

Essa percepção do risco de derrota constituirá um forte incentivo para a realização de um acordo. Trata-se de uma verdadeira mudança no eixo de rotação da causa, a qual tende a ser muito positiva para a breve solução do litígio.

Outro exemplo, também a partir de uma análise econômica, é bem ilustrativo. A

that A has about B's case (and vice versa) may put off an out-of-court settlement until the case gets near to trial or until the evidence is actually presented in court. Once each party has a clear understanding of the other party's case, differences in probability estimates presumably narrow and may vanish. This may explain in part why cases remain unresolved while waiting for a court appearance but then get resolved in an out-of-court settlement shortly before or during trial". (GOULD, John P. *The Economics of legal conflicts*, *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 2, 1973, pp. 279–300. *JSTOR*, JSTOR, www.jstor.org/stable/724054. Acesso em 29.08.2018).

⁷³¹ LANDSBURG, Steven E. *The Armchair Economist: economics and everyday life*. New York: The Free Press, 1993, p. 03.

⁷³² LANDSBURG, Steven E. *The Armchair Economist: economics and everyday life*. New York: The Free Press, 1993, p. 03.

⁷³³ A propósito da influência negativa do otimismo e do raciocínio intuitivo, vide WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 410 a 413.

fixação de juros nas indenizações processuais, inclusive em patamares acima ou abaixo do mercado, produz reflexo nas condutas das partes. Se esses juros são fixados acima do índice do mercado, as posturas de autor e réu se invertem e agora será o réu quem desejará um trâmite célere, ao passo que o autor pode buscar justamente a demora processual. O tempo excessivo de tramitação acarretará um exacerbamento do valor da dívida e pode gerar uma vantagem processual para a parte vencedora, em detrimento do vencido⁷³⁴. Se, por outro lado, os juros estão abaixo das taxas normais, o autor terá mais pressa para ver o litígio solucionado⁷³⁵.

Com efeito, os incentivos criam alterações nos comportamentos das partes. Essa é uma realidade que não pode ser ignorada. Logo, o desejo que surge para o requerido, com a concessão da tutela da evidência e sua eventual confirmação pelo tribunal, não é postergar o processo, mas enfrentar a questão mediante a redução, tanto quanto possível, de seu provável prejuízo. Observe-se que a vontade pela realização do acordo, que normalmente se encontra presente na pessoa do autor, passa a existir também na figura do réu. Isso é efeito direto da alteração do *status quo*.

Essa importante mudança no eixo de rotação do processo não passa despercebida por quem analisa os efeitos da tutela provisória valendo-se, justamente, da análise econômica. Rafael Sirangelo de Abreu afirma que os mecanismos típicos da execução, quer ocorram na tutela de urgência, na tutela da evidência ou na execução provisória, levam o réu-devedor a procurar o autor-credor, invertendo-se a iniciativa para o acordo⁷³⁶. Isso se dá justamente porque a vontade passa a ser reduzir custos. Observe-se a importância dessa alteração nas condutas processuais. A tendência de um réu procrastinador dá espaço para um devedor querendo pagar seu débito. Isso mostra que os *incentivos realmente importam*. Os estudos econômicos contêm muitas pesquisas empíricas confirmando essa proposição e nenhuma

⁷³⁴ ARRUDA, Samuel Miranda. ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 342.

⁷³⁵ MILLER, Geoffrey P. The Legal-Economic Analysis of Comparative Civil Procedure. In: The American Journal of Comparative Law, vol. 45, n. 4, Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context, Autumn, Oxford University Press, 1997, p. 913. <https://www.jstor.org/stable/841025>. Acesso em 08.02.2019.

⁷³⁶ A afirmação consta de interessante tese sobre a relação entre os fenômenos jurídico e econômico: “Os mecanismos típicos da execução pressionam o réu-devedor a procurar o autor-credor para um acordo antes de ver seu patrimônio servir ao adimplemento da dívida, com todos os custos (diretos e indiretos) que isso acarreta. Logo, nas inúmeras hipóteses de efetivação de decisões provisórias (seja pela tutela da evidência, seja pela tutela de urgência, seja pelo cumprimento de decisões definitivas pendentes de recurso), inverte-se a tendência de iniciativa para o acordo. Nesse caso, havendo a executividade imediata da sentença, a iniciativa do acordo advém tendencialmente do réu”. (ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter institucional e estratégico do fenômeno processual. Tese para a obtenção do título de doutor perante a UFRGS, Porto Alegre, 2018, p. 148).

constatação que a refute⁷³⁷.

Sem dúvida, o incentivo da tutela da evidência constitui uma maneira do direito processual civil criar, ao longo do procedimento, uma *função de estímulo*⁷³⁸, motivando os sujeitos processuais a atuarem para a realização dos direitos, independentemente do conflito e das divergências iniciais.

Lamentavelmente, porém, as incertezas do autor a respeito dos argumentos e provas do réu (e vice-versa) pode evitar ou postergar uma solução consensual. Mas, surgindo um claro entendimento a respeito da probabilidade de vir a ser reconhecido o direito que está sendo discutido em juízo, torna-se mais fácil a obtenção do acordo. Como já dito, isso explicaria porque alguns casos permanecem anos em litígio aguardando o trâmite processual, mas rapidamente chegam a uma solução consensual pouco antes ou durante o julgamento.

Examinando os conflitos com base em estudos econômicos, John P. Gould concluiu que um componente significativo na motivação das pessoas para a composição consensual consiste justamente em estarem elas de acordo quanto às probabilidades da ação judicial⁷³⁹. Por outro lado, se remanescem diferenças nessa estimativa, os litigantes tendem a permanecer na disputa judicial, fazendo suas apostas para a decisão final.

Traçando-se um paralelo entre essa realidade, apurada a partir de estudos econômicos, e a tutela da evidência, é possível concluir que a alta probabilidade do direito, reconhecida provisoriamente em provimento judicial antecipatório, auxiliará a obtenção de soluções consensuais. Isso porque a concessão da antecipação da tutela tornará claro para as partes como está sendo feito o exame judicial a respeito das provas e quem tem maior chance de vencer a disputa, incentivando-as ao acordo.

Note-se que situação completamente diferente ocorre na tutela da urgência. Lá, as partes sabem que a decisão está amparada não apenas pelo *fumus boni juris*, mas também pelo *periculum in mora*. Esse último faz com que o juiz possa conceder uma ordem mesmo sem estar convicto do direito da parte, baseando-se apenas na preocupação em evitar um mal maior. Ou seja, a decisão antecipatória baseada na urgência não constitui um sinal claro a respeito da existência do direito. Por sua vez, a concessão da tutela da evidência implica sempre em uma

⁷³⁷ LANDSBURG, Steven E. *The Armchair Economist: economics and everyday life*. New York: The Free Press, 1993, p. 09.

⁷³⁸ A expressão é novamente de Rafael Abreu no já referido estudo *O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter institucional e estratégico do fenômeno processual*. Tese para a obtenção do título de doutor perante a UFRGS, Porto Alegre, 2018, p. 203.

⁷³⁹ GOULD, John P. *The Economics of legal conflicts*, *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 2, 1973, pp. 279–300. *JSTOR*, JSTOR, www.jstor.org/stable/724054. Acesso em 29.08.2018.

avaliação mais favorável ao autor. E é justamente essa predisposição do juízo ao futuro posicionamento final que amplia enormemente as chances de uma composição.

7 O DIREITO POSTO: A TUTELA DA EVIDÊNCIA PREVISTA NO ART. 311 DO CPC/2015

O que une todas as hipóteses da tutela da evidência é a noção de contestação não séria, ou seja, de uma defesa frágil, inconsistente. Isso se verificará sempre que os argumentos do réu não conseguirem criar uma incerteza a respeito do direito questionado, isto é, sobre o próprio mérito do pedido.

Como já exposto, a utilização da tutela sumária encontra justificativa também nas situações em que inexistente urgência ou *periculum in mora*. Nestas hipóteses, considera-se que o decurso normal do tempo até a satisfação de direitos evidentes constitui, em si mesmo, um problema, ainda que não exista risco de perecimento. Surge aqui uma outra exigência de celeridade, denominada de *dever de antecipar a tempo*, a qual é completamente diferente do *periculum in mora*.

Utiliza-se propositadamente a expressão *a tempo* porque ela denomina aquilo que deve ocorrer no momento oportuno, no momento adequado, isto é, próprio.⁷⁴⁰ Essa é a ideia que se quer transmitir: a satisfação imediata dos direitos evidentes constitui uma imposição do próprio sistema, em virtude dos direitos fundamentais. Sempre que se aliam a probabilidade do direito e a fragilidade da defesa, surge uma exigência de celeridade decorrente do devido processo legal, do acesso adequado ao Poder Judiciário, da duração razoável do processo, da efetividade e da eficiência. Tal exigência de celeridade ou tempestividade na prestação jurisdicional é inerente à realização dos direitos evidentes.

Não há, nessa situação, o risco de perecimento do direito material, embora o efeito negativo do decurso do tempo também seja sentido. O que se constata é a necessidade da satisfação imediata do provável direito do autor, diante do abuso processual ou da força das provas já apresentadas, aliadas à fragilidade da defesa do réu.

Essa exigência de celeridade é identificada em procedimentos sumários que, apesar de prescindirem da urgência, baseiam-se na exigência de economia processual e na prevenção contra o abuso do direito de defesa do réu⁷⁴¹.

Foi precisamente o que se verificou no sistema francês, onde se identificou a

⁷⁴⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da língua portuguesa, 5ª ed., Curitiba: Positivo, 2010, p. 2021.

⁷⁴¹ TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 258.

necessidade social de uma justiça imediatamente eficaz⁷⁴². O *référé* passou a ser utilizado como um sucedâneo do processo ordinário, justamente em virtude de sua lentidão⁷⁴³. Lá, ampliou-se de tal forma a tutela provisória, que em alguns casos se verificou uma verdadeira dissociação entre essa e aquele que era considerado o seu requisito essencial: a urgência. Nesse caminho evolutivo, a explosão da proteção provisória gerou uma desnaturação de sua concepção tradicional⁷⁴⁴, afastando-a da dependência de qualquer situação urgente. Daí porque se entende que a *emancipação do référé com relação à urgência constitui um fenômeno marcante do Novo Código de Processo Civil*⁷⁴⁵. Exemplos disso são as medidas de produção de prova para o futuro (art. 145 do Código de Processo Civil francês⁷⁴⁶) e o próprio *référé-provision* (art. 809, segunda parte, do mesmo diploma legislativo⁷⁴⁷).

Baseando-se na mesma ideia de uma distribuição mais equilibrada do ônus do tempo no processo⁷⁴⁸, a tutela da evidência no Brasil consiste em técnica que inverte a ordem natural

⁷⁴² CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 521.

⁷⁴³ “Les tensions sociales actuelles font du référé un succédané de la procédure ordinaire au motif que cette dernière manquerait de rapidité”. (ISBACHIAN, G. Le référé, un enjeu pour Demain? Thèse pour l’obtention du grade de Docteur de L’Université de Nice-Sophia Antipolis, 2005, p. XXXIII).

⁷⁴⁴ A propósito, esclarece Cécile Chainais: “Fondamentalement, l’éclatement de la protection juridictionnelle provisoire procede d’une dénaturación de la conception traditionnelle de la protection juridictionnelle provisoire, qui ne répond plus à la condition de l’urgence. C’est pourquoi la résistance jurisprudentielle et doctrinale qu’il a suscitée dans les premières années ne doit pas surprendre: elle a été à la mesure de la révolution que représente l’éviction de cette condition maîtresse”. (CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 522).

⁷⁴⁵ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 510.

⁷⁴⁶ Art. 145. S’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige, les mesures d’instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

⁷⁴⁷ Art. 809. Segunda parte. Dans les cas où l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ou ordonner l’exécution de l’obligation même s’il s’agit d’une obligation de faire.

⁷⁴⁸ A distribuição do ônus do tempo no processo vem sendo defendida no Brasil há muitos anos por Luiz Guilherme Marinoni. Cite-se, apenas a título de exemplo, a seguinte passagem da obra *A Antecipação da Tutela*, cuja primeira edição foi lançada em 1995: “A tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa somente é possível, em princípio, quando a defesa ou o recurso do réu deixam entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, (1995) 3ª ed, rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 138). Antes mesmo disso, em obra de 1992, Luiz Guilherme Marinoni já se valia da doutrina de Ovídio Baptista da Silva para sustentar que o procedimento ordinário deveria ser utilizado apenas para os casos em que o índice de probabilidade da existência ou não existência do direito de cada parte fosse equivalente. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, (1992), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 116). E, em obra de 1997, voltava a destacar a importância dessa repartição do tempo no curso do procedimento de acordo com o índice de probabilidade do autor em relação ao bem disputado em juízo. Tal probabilidade era ligada à evidência do direito do autor e à fragilidade da defesa do réu. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 29 e 30).

entre execução e cognição, independentemente da existência de urgência. Nesse sentido, a tutela adequada dos direitos impõe a técnica antecipatória não apenas diante das situações de *periculum in mora*, mas igualmente nos casos em que a *evidência do direito postulado em juízo não justifica qualquer retardo na sua realização*⁷⁴⁹. O que se verifica, então, é uma distribuição mais equânime do tempo processual, ou seja, quem deve suportar a demora inerente à produção da prova é aquela parte que dela necessita. A tutela da evidência se aplica nas situações em que a probabilidade de o autor ter razão é *tão mais alta*, existindo, portanto, uma verossimilhança *tão mais intensa*, que se o autor tivesse que arcar com o peso da demora do processo sofreria um gravame desproporcional⁷⁵⁰. Os valores celeridade e certeza são, dessa forma, equilibrados. Isso porque, se a celeridade a todo custo é um mal para o processo civil, a segurança jurídica alcançada por um processo longo e moroso implica em denegação de justiça⁷⁵¹.

Observe-se, contudo, que nem sempre a concessão da tutela da evidência decorre da distribuição do ônus do tempo no processo, ou seja, quando o autor já tem comprovado o fato constitutivo de seu direito e o réu apresenta uma defesa de mérito indireta, requerendo dilação probatória. Esse constitui o cerne da técnica antecipatória para os casos de evidência, ou seja, o réu que não se desincumbiu de seu ônus probatório é quem deve suportar as consequências do tempo. Entretanto, algumas vezes a tutela da evidência pode decorrer simplesmente da fragilidade da defesa, ocasionando a mera inversão desse ônus. Essas são as situações em que o réu contesta de forma inconsistente o fato constitutivo do direito do autor e, portanto, apresenta uma defesa de mérito direta. Aqui, como muito bem destaca Luiz Guilherme Marinoni, não existe propriamente *distribuição*, já que o autor ainda não se desincumbiu completamente de seu ônus probatório⁷⁵². O que se verifica então é a *inversão*, baseada justamente na inconsistência das alegações da parte requerida. Nessa hipótese não se verifica a distribuição do ônus da prova, uma vez que o fato constitutivo ainda não se encontra plenamente comprovado e, portanto, o ônus ainda permanece com o autor. Contudo, diante da fragilidade da defesa trazida pelo réu, não é adequado fazer com que o autor continue a suportar a demora para a satisfação de seu direito.

⁷⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória, (2013), 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 157.

⁷⁵⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória), volume 2/ Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, 16ª ed, reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 898.

⁷⁵¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Relação entre demandas. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 249 e 250.

⁷⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência, 2ª ed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 330.

Na França, a ideia de *constestação não séria* atua como um farol a indicar a possibilidade de antecipação da tutela. Apesar de haver risco no pagamento antecipado de somas em dinheiro ou na exigência de obrigações de fazer, o mesmo acaba sendo mitigado pela constatação da fragilidade da defesa do réu. Trata-se de uma forma de equilibrar a necessidade de uma atuação célere com a preocupação de se evitar um erro judicial. Surge então clara a importância desse requisito específico: uma defesa inconsistente. Essa é a razão pela qual o juiz deve se utilizar dessa noção de *constestação não séria* e utilizá-la como guia⁷⁵³.

Tal abordagem mostra a conciliação, já vivenciada na França, entre o respeito ao devido processo legal e a observância do que é mais provável na experiência da vida. Se a contestação é frágil, inconsistente, provavelmente esse réu será sucumbente ao final da demanda. Logo, não deve ser beneficiado com a atribuição de todo o tempo de espera até o término da instrução. Tal análise, extremamente importante em termos de efetividade, não costuma ser feita em nosso país.

O Código Buzaid, em sua constituição original, mostrava-se extremamente vinculado ao processualismo, sendo inclusive o marco inicial dessa tendência no Brasil⁷⁵⁴. Isso se traduzia em uma atitude neutra e uma preocupação exacerbada com a cientificidade, ou seja, com os conceitos supostamente puros do direito processual. Consequentemente, o sistema se dissociava da realidade social e do próprio direito material. As necessidades ou especificidades deste não eram sequer consideradas. O individualismo e o patrimonialismo no tratamento das questões processuais também constituíam suas marcas.

Do ponto de vista da satisfação dos direitos, o Código de 1973 (antes das alterações legislativas) mostrava-se extremamente ligado à busca de certeza jurídica. O Poder Judiciário só poderia alterar a realidade fática após o exaurimento de todo o caminho processual, com a observância das garantias do indivíduo em face do Estado e após extensa discussão entre as

⁷⁵³ “Rapide, peu conteuse, l’intervention du Président est pleinement satisfaisante pour le créancier. Mais c’est aussi là que reside son plus grand danger: si finalement la provision accordée en référé est remise en cause em appel ou devant le juge du fond, celui qui l’a versée peut se heurter à des difficultés de restitution. Aussi est-il permis de ‘manifestar quelque inquiétude’, em raison tout à la fois de la rapidité de la procédure de référé, de la généralisation du recours au référé-provision, des montants parfois élevés accordés et de l’idée suivant laquelle le Président ne procede qu’à un examen superficiel des droits en conflit. Le risque qui en resulte pèse sur le débiteur de la provision. Le tout est d’éviter qu’il ait à l’assumer. Le juge des référés mènera sa tâche à bien en se servant pour guide, une fois encore, de la notion de contestation sérieuse”. (STRICKLER, Yves. Le juge des référés, juge du provisoire. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2010, p. 81).

⁷⁵⁴ Vide a propósito MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid, *in* Revista de Processo, vol. 183, Maio 2010, p. 165 a 194; TARUFFO, Michele. A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje/Michele Taruffo, Daniel Mitidiero. Nota prévia, apresentação, organização e tradução dos originais italianos de Daniel Mitidiero, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 410 e 415.

partes. Conforme destaca Daniel Mitidiero, ele prestava um *tributo a uma das ideias centrais das Codificações Oitocentistas – a certeza jurídica, que se imaginava de possível alcance tão somente a partir de expedientes processuais lineares e que possibilitassem amplo debate das questões envolvidas no processo*⁷⁵⁵.

Essa visão de que a cognição plena deveria anteceder a execução fazia com que a tutela satisfativa, em tese, só pudesse ocorrer após todo o *iter* processual. Antecipação de tutela, portanto, era algo que não se amoldava à concepção original do código. Ele era fruto de uma ciência processual apartada do direito material. Tanto é assim que a primeira versão do projeto Buzaid sequer contemplava os livros quarto e quinto, limitando-se aos processos de conhecimento, execução e cautelar.

Evidentemente, tal versão inicial foi profundamente alterada com as reformas legislativas, intensificadas nos anos 90. A Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, ao alterar o art. 273 do Código, revolucionou e inverteu essa linearidade entre cognição e execução. Essa alteração legislativa representou *o exemplo mais significativo do desejo de superar as agruras do procedimento ordinário* e garantir, no plano teórico, uma justiça mais efetiva aos jurisdicionados⁷⁵⁶. A partir dessa mudança, o sistema passou a permitir a antecipação da tutela não apenas baseada na urgência (art. 273, I), mas também na evidência do direito (art. 273, II).

Importante recordar que o processo de conhecimento do Código Buzaid *nasceu sem permitir a incoação de liminares em seu iter procedimental e sem admitir a atividade material, de execução (imperium), até que surgiram as inovações do art. 273 e do art. 461*⁷⁵⁷. Certamente essa é a razão pela qual a técnica generalizada da antecipação da tutela foi tão impactante. Tanto é assim que, ao relatar as mudanças ocorridas em dezembro de 1994, destacava-se não apenas sua importância, mas também seu aspecto revolucionário⁷⁵⁸. Além de permitir a antecipação

⁷⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid, *in* Revista de Processo, vol. 183, Maio 2010, p. 165 a 194.

⁷⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ação monitória: lei 9.079, de 14.07.1995, 2ª ed, rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

⁷⁵⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações da tutela, *in* Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão/Luiz Guilherme Marinoni, coordenador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 235.

⁷⁵⁸ Nesse sentido, escreveu Kazuo Watanabe em artigo publicado originalmente na Tribuna do Direito, São Paulo, v. 2, n.23, março/1995, p. 23: “Em 14 de dezembro último, quatro leis processuais foram publicadas (nºs 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953). A de nº 8.952, que altera dispositivos do processo de conhecimento e do processo cautelar, trouxe, além de outras, duas inovações extremamente importantes. A primeira está prevista no art. 273 do CPC (nova numeração) e diz respeito à antecipação da tutela em qualquer processo de conhecimento. E a segunda, que está contida no art. 461 do CPC (igualmente nova numeração), diz respeito à tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer. Analisemos rapidamente a primeira inovação, que é, sem dúvida alguma, revolucionária”. (WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos, Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 187).

em todo e qualquer processo de conhecimento, a alteração legislativa estabeleceu critérios e medidas de salvaguarda, evitando uma aplicação de forma descontrolada, subjetiva e sem balizamentos, como vinha ocorrendo com o uso inadequado da ação cautelar inominada⁷⁵⁹.

A lógica do disposto no art. 273, II do sistema de 1973 (e que foi reproduzida e ampliada no Código de 2015) consiste em permitir a antecipação da tutela de um direito provável do autor, desde que essa probabilidade esteja acompanhada da fragilidade da defesa do réu. Nessas circunstâncias, nada justifica que aquele que, já tendo demonstrado satisfatoriamente a existência dos fatos constitutivos, tenha de suportar toda a demora do procedimento para só ao final obter a satisfação desse direito.

Trata-se, assim, de técnica que visa oferecer um tratamento diferenciado aos direitos que já se mostram evidentes. Há, portanto, um profundo compromisso entre a antecipação da tutela e a realização das pretensões de direito material. Vale aqui lembrar a importante lição de que um processo civil verdadeiramente instrumental deve manter uma relação proporcional entre a extensão dos procedimentos e a evidência das respectivas pretensões. Logo, em um sistema ideal de tutela jurisdicional, cada procedimento deveria crescer na razão inversa do grau de evidência do direito⁷⁶⁰.

Na época da introdução do art. 273, II do Código de 1973, com a edição da Lei 8.952/94, destacou-se que era justamente a postura incorreta do réu que autorizava essa solução provisória, uma vez que não se justificava que o autor viesse a ser apenado com o retardamento indevido do provimento jurisdicional⁷⁶¹. Essa orientação foi reproduzida no atual art. 311, I do Código de Processo Civil de 2015.

Há, portanto, uma ligação entre a delonga causada indevidamente pela conduta protelatória e a concessão da tutela da evidência. Nesse sentido, alerta Araken de Assis que a duração do processo pode trazer vantagens econômicas e o réu, *de olho nelas*, poderá *se desviar das linhas da lealdade*⁷⁶².

O Código de Processo Civil de 2015 não apenas manteve a tutela da evidência já prevista no sistema anterior (para os casos de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito

⁷⁵⁹ WATANABE, Kazuo. Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos, Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 184.

⁷⁶⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. O processo civil e sua recente reforma, *in* Aspectos polêmicos da antecipação da tutela/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 413.

⁷⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), 5ª ed, rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 356.

⁷⁶² ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela, *in* Aspectos polêmicos da antecipação de tutela/ coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 26.

protelatório do réu) como também ampliou significativamente sua aplicação. Nesse sentido, o legislador tratou de quatro hipóteses, descritas no art. 311 do referido diploma. A primeira delas consiste em um verdadeiro reflexo do antigo art. 273, II do Código de 1973. O mesmo se pode dizer do inciso III do art. 311 e a antiga ação de depósito. Interessante observar é que os três últimos incisos, ou seja, os incisos II, III e IV referem-se à antecipação da tutela nas situações de suficiência da prova apresentada nos autos, independentemente de conduta abusiva.

Importante, desde logo, destacar que o rol apresentado no art. 311 do Código de 2015 não é taxativo, como será exposto em tópico específico. As hipóteses ali elencadas são meramente exemplificativas, o que significa que elas não excluem a antecipação da tutela baseada na evidência em outras situações não previstas especificamente. Ao que parece, a enunciação das situações ali descritas revela um esforço do legislador para tornar mais ampla a incidência dessa técnica processual. E não uma tentativa de limitar a aplicação a nova regra.

7.1 DISTINÇÃO ENTRE TUTELA DA EVIDÊNCIA E JULGAMENTO ANTECIPADO

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 evidência⁷⁶³. Isso se aplica para todos os incisos do art. 311 do Código de Processo Civil.

7.2 O ABUSO DO DIREITO E MANIFESTO PROPÓSITO PROTELATÓRIO DA PARTE (ART. 311, I DO CPC/2015)

⁷⁶³ GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil (2009), vol. II, 3ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 371.

Ocorrendo o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, a duração do processo torna-se ainda mais longa e penosa. Isso porque ao tempo fisiológico e natural do procedimento acrescenta-se a espera decorrente de incidentes maliciosos e atos processuais que se desvirtuam de suas normais finalidades.

As expressões *durata fisiologica* e *lentezza patologica* foram utilizadas por Andrea Proto Pisani para distinguir os dois fenômenos de demora processual⁷⁶⁴. Se, em relação ao primeiro, podem ser criadas técnicas para diminuir o impacto do tempo para a tutela dos direitos, no que tange o segundo (demora patológica), deve haver um firme combate mediante a aplicação das sanções previstas no ordenamento. Isto porque os obstáculos gerados por esse último, e o conseqüente não funcionamento do processo executivo, demonstram a falência do Estado e sua explícita renúncia em fornecer a contrapartida decorrente da vedação à justiça privada⁷⁶⁵. Daí a necessidade de uma atuação efetiva por parte das autoridades judiciárias.

Tanto é assim que o próprio Andrea Proto Pisani, em marcante trabalho doutrinário, justifica o recurso à tutela sumária nos casos de abuso, afirmando que o legislador pode utilizar tanto a técnica de medidas cautelares conservativas, como a técnica da condenação com reserva⁷⁶⁶. Esta última, segundo o mestre italiano, pode ser aplicada quando houver prova dos fatos constitutivos do direito do autor e as exceções opostas pelo réu aparentarem ser infundadas, de acordo com um juízo de sumário deliberação⁷⁶⁷.

Dinamarco, referindo-se ao Código de 73, menciona a demora decorrente do

⁷⁶⁴ Nesse sentido, vide PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile, *in* Rivista di Diritto Civile, Padova: Cedam, 1987, p. 111 e 112.

⁷⁶⁵ A constação é novamente de Andrea Proto Pisani: “Quanto infine agli ostacoli derivante dalla lenteza patologica o dalla disfunzione o dalle lacune del processo executivo, è da dire che i relativi danni (ove si prescindia dal perdurare degli effetti del pignoramento e di effetti sostanziali – quali la interruzione-sospensione della prescrizione – ricollegati anche alla durata del processo di esecuzione) non sono neutralizzabili: ma il non funzionamento del processo executivo equivale al fallimento del diritto, alla rinuncia esplicita da parte dello Stato a fornir ela contropartita del divieto di farsi ragione da sé (e non a caso infatti fenomeni preoccupanti di autotutela tramite il ricorso alla criminalità organizzata si verificano proprio là dove maggiore é il vuoto creato dalle disfunzioni della tutela executiva” (PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile, *in* Rivista di Diritto Civile, Padova: Cedam, 1987, p. 113).

⁷⁶⁶ “Mi sembra che il ricorso alla tutela sommaria sia razionalmente giustificato e non costituisca pertanto un ingiustificato ‘privilegio’ (nel doppio significato di violazione o del diritto di difesa o del principio di eguaglianza dei cittadini: (...) b) in secondo luogo quando la tutela sommaria sia diretta ad evitare che il convenuto abusi del diritto di difesa garantintogli dalle forme del processo a cognizione piena ed esauriente: per reagire a tale pericolo insito nella durata (anche meramente fisiologica) propria della struttura di un processo c.d. ordinário, il legislatore può utilizzare sia la tecnica delle misure cautelari conservative (emanate sulla base della mera cognizione sommaria dell’esistenza del diritto e del *periculum in mora*), sia la tecnica della c.d. condanna con riserva (...)” (PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata, *in* Rivista di Diritto Processuale, n. 4, Ottobre-Dicembre 1979, Padova: Cedam, 1979, p. 568 e 569).

⁷⁶⁷ PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata, *in* Rivista di Diritto Processuale, n. 4, Ottobre-Dicembre 1979, Padova: Cedam, 1979, p. 568 e 569.

comportamento desleal e a dispensa do *periculum*. Esclarece que o art. 273, II do sistema anterior buscava *neutralizar os males do tempo*, justamente naqueles casos de demoras que são acrescidas pelo comportamento desleal do demandado⁷⁶⁸.

Importante que se compreenda que a tutela da evidência no Código de 2015 vem disciplinada no art. 311, mediante a enumeração não taxativa de hipóteses. Como já exposto, isso será abordado em tópico específico. Mas, a primeira das hipóteses descritas pelo legislador é aquela constante do inciso I do art. 311 do Código, a qual reflete o que já vinha disposto no art. 273, inciso II do Código de Processo Civil de 1973, com as alterações da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Pouco antes da aprovação dessa importante alteração legislativa, já se destacava a importância do anteprojeto, o qual tinha por objetivo conceder um tratamento diferenciado àquelas situações em que o direito aparecia como evidente desde logo e a defesa era exercida de modo a protelar a sua realização⁷⁶⁹. Ou seja, o que se pretendia era impedir que tal conduta abusiva pudesse retardar a satisfação de um direito evidente.

O dispositivo do Código de Processo Civil de 2015 (art. 311, I) prevê a concessão da tutela da evidência quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte. Trata-se da antecipação baseada na conduta abusiva.

7.2.1 Abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu

O abuso manifesta-se no âmbito do processo⁷⁷⁰ mediante atos por aquele que tem uma faculdade para agir, porém, dela se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou desviar a correta apreciação judicial, causando embaraço ao resultado justo da prestação jurisdicional⁷⁷¹. Em outras palavras, a defesa é abusiva quando deixa de manter

⁷⁶⁸ “A segunda situação a ser debelada mediante antecipação da cautela consiste no “*abuso do direito de defesa*” ou no “*manifesto propósito protelatório do réu*” (art. 273, inc. II). Trata-se sempre de neutralizar os males do tempo. Há demoras razoáveis, ditadas pelo caráter formal inerente ao processo (não formalista!) e há demoras acrescidas pelo comportamento desleal do demandado. As condutas aqui conducentes à antecipação consideram-se litigância de má-fé (v. art. 17 e esp. inc. IV). Ao sancioná-las agora com a antecipação da tutela, não quis o legislador dispensar a *probabilidade do direito* nesses casos (exigência geral expressa no *caput*) mas confirmou a dispensa de situações de perigo para o direito como supostos requisitos da antecipação. A celeridade na tutela é em si mesmo um bem”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*, 3ª ed., rev. ampl. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 148).

⁷⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 48.

⁷⁷⁰ Sobre o tema, vide ABDO, Helena. *O abuso do processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁷⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, in Abusos dos direitos processuais/ coordenador José Carlos Barbosa Moreira*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113.

uma *relação instrumental apropriada entre o ato processual e os fins ou efeitos dele extraídos*.⁷⁷²

Considera-se também abusiva aquela defesa não séria. Um exemplo interessante apresentado na doutrina é a hipótese em que o fornecedor de produtos se defende da acusação do consumidor alegando não ter agido com culpa, apesar de ser notório que a responsabilidade nesse caso é objetiva⁷⁷³. Ou seja, se a responsabilização do réu prescinde da existência de culpa, a defesa que o mesmo apresenta nesse sentido não tem seriedade alguma. A defesa abusiva é aquela inconsistente, assim como aquela que não apresenta objeções, defesa direta ou exceções contra a pretensão deduzida pelo autor⁷⁷⁴.

Na área previdenciária, por exemplo, já se reconheceu como abusiva a defesa do INSS em relação à cobrança de benefícios feita por um aposentado, uma vez que o próprio INSS, na via administrativa, havia reconhecido anteriormente o erro dos cálculos da renda mensal. Nesse caso, foi concedida a tutela da evidência com base no art. 311, I do Código de Processo Civil, determinando-se o imediato pagamento das diferenças devidas e em atraso⁷⁷⁵.

A ideia de fragilidade das alegações constitui uma forma de definição da defesa abusiva, mas não é por si só suficiente. O abuso se caracteriza não apenas pela resposta frágil do réu, que deduz argumentos inaplicáveis ao caso concreto, mas pela clara tentativa de se valer do processo para protelar a solução final⁷⁷⁶.

Importante lembrar que o ato abusivo se reveste de uma aparência de legalidade, mas implica em um uso anormal ou incorreto das situações subjetivas (faculdades, poderes, deveres e ônus) conferidos ao sujeito processual⁷⁷⁷. O desvio de finalidade, portanto, constitui o cerne da noção de abuso processual. No artigo *Il processo come giuoco*, Piero Calamandrei afirma que em todas as variadas hipóteses de má-fé processual é possível encontrar uma característica comum: o fato de que uma das partes, ou as duas, tenta obter, de uma forma enganosa, um certo efeito jurídico, sem estarem presentes os pressupostos legais para isso⁷⁷⁸. Verifica-se, nessa

⁷⁷² YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência, *in* Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno...[et al.], São Paulo: Saraiva, 2016, p. 458.

⁷⁷³ CÂMARA, Alexandre. O novo processo civil brasileiro, 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2017, p. 172.

⁷⁷⁴ FUX, Luiz. Tutela de Segurança e tutela da evidência, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 347.

⁷⁷⁵ TRF1, 1ª Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais, AC 0000702-16.2003.4.01.3802, Rel. Juiz Murilo Fernandes de Almeida, e-DJF1 24.10.2016.

⁷⁷⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *in* Comentários ao código de processo civil, volume 1 (arts. 1º a 317)/ Cassio Scarpinella Bueno (coordenador), São Paulo: Saraiva, 2017, p. 955.

⁷⁷⁷ ABDO, Helena. O abuso do processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 86 e 252.

⁷⁷⁸ “In tutte le svariate ipotesi di malafede processuale (menzogna, falsità, dolo unilaterale o bilaterale, frode,

definição, a ideia de que o que caracteriza o ato abusivo é a prática do ato visando a produção de efeitos anormais, os quais não podem ser obtidos sem que exista algum tipo de engano.

Mas ao comparar o processo civil a uma disputa ou competição, Calamandrei destaca que até mesmo no jogo se exige lealdade dos participantes. Essa é a razão pela qual, nas competições, a disputa de habilidades é lícita, mas não é permitido trapacear⁷⁷⁹.

Em resposta, Carnelutti escreve um artigo, o qual denomina *Giuoco e processo*, esclarecendo que Calamandrei não quisera dizer que o processo é um jogo, mas sim que ele poderia vir a se tornar⁷⁸⁰. Daí a crítica que remete à necessidade de uma atuação correta por parte dos sujeitos processuais, sem a prática de abusos. O processo, nesse sentido, seria melhor equiparado a uma disputa ou competição, justamente porque nas competições existem regras e, para além delas, o próprio dever de lealdade, a que os ingleses se referem como *fair play*⁷⁸¹.

7.2.2 A dança em sincronia: defesa abusiva e probabilidade do direito

A respeito da caracterização da conduta abusiva, há um outro aspecto a ser considerado. Sua identificação não prescinde de uma certa comparação entre a atitude do réu e as alegações do autor. Procurando explicar o fenômeno do abuso sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, Eduardo Talamini afirma que este pressupõe a constatação da extrema probabilidade do direito do autor pois, *para que se possa qualificar a conduta como abusiva ou protelatória, é preciso que exista um juízo de plausibilidade bastante intenso acerca de quem tem razão*⁷⁸².

Essa relação fica clara quando se percebe que o abuso do direito de defesa ou a prática

simulazione) si può cogliere un carattere comune: che una parte, o tutt'e due, mirano mediante inganno a conseguire nel processo (o in una fase di esso, o nella decisione finale) un certo effetto giuridico, senza che esistano i presupposti (di fatto o di diritto) ai quali la legge lo riconnette". (CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco, *in* *Rivista di Diritto Processuale*, vol. V, parte I, 1950, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 31 e 32).

⁷⁷⁹ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco, *in* *Rivista di Diritto Processuale*, vol. V, parte I, 1950, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 30.

⁷⁸⁰ “Nel bell’articolo, che Calamandrei ha avuto la bontà di dedicarmi, (Il processo come giuoco, in questa *Rivista*, 1949, I, p. 23), si sostiene non che il processo è un giuoco, ma che tale può diventare”. (CARNELUTTI, Francesco. *Giuoco e processo*, *in* *Rivista di Diritto Processuale*, vol. IV, num. 2, parte I, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1951, p. 101).

⁷⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. *Giuoco e processo*, *in* *Rivista di Diritto Processuale*, vol. IV, num. 2, parte I, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1951, p. 105.

⁷⁸² TALAMINI, Eduardo. Medidas urgentes (“cautelares” e “anticipadas”): a Lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime jurídico único, *in* *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 02, maio de 2003, p. 19.

de ato processual imbuído de manifesto propósito protelatório acaba por *reforçar a plausibilidade do direito*⁷⁸³. Isso porque, após a defesa abusiva, os elementos de convicção produzidos pelo autor ganham ainda mais credibilidade. Chega a se dizer que ocorre, nesse caso, um *salto da verossimilhança para a certeza*⁷⁸⁴. É bem verdade que por se tratar de técnica baseada em cognição sumária, a tutela da evidência não trabalha nos domínios da certeza. Mas é interessante perceber como a conduta abusiva reforça a impressão inicial a respeito da probabilidade.

Com efeito, pode-se dizer que o abuso da defesa e a probabilidade do direito do autor interagem de forma intensa, fazendo com que a aferição de um esteja vinculada à percepção do outro. Fala-se, nesse sentido, em uma *necessária correlação* e em uma *razão inversamente proporcional*⁷⁸⁵ entre o requisito da plausibilidade do direito e o risco de ineficácia ou o abuso. Ou seja, quanto maior a plausibilidade do direito, menor será a exigência para a caracterização do abuso e vice-versa. Diante de um direito evidente, a menor resistência já poderá significar o abuso. Ou então, em face de uma atitude manifestamente abusiva, mais fácil será a percepção da probabilidade. É como se ambos agissem em uma dualidade, criando um desenho conjunto. O que se percebe, para utilizar uma imagem esclarecedora, é o de uma dança conjunta e em absoluta sincronia entre probabilidade e abuso. O movimento de uma interfere no movimento do outro.

7.2.3 A existência de dano é irrelevante

Ainda no que diz respeito à caracterização do abuso, há quem defenda que a existência do dano constituiria um de seus pressupostos,⁷⁸⁶ ou seja, somente haveria defesa abusiva quando se verificasse um prejuízo ao andamento normal do processo. Sustenta-se ainda que a

⁷⁸³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, v. I, 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 694.

⁷⁸⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, v. I, 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 694.

⁷⁸⁵ Referindo-se a essa correção entre plausibilidade do direito e risco de ineficácia do provimento final, Eduardo Talamini afirma que ambos se colocam em uma razão inversamente proporcional: quanto maior o *periculum in mora*, menor grau de probabilidade do direito invocado será necessário para a concessão da medida e vice-versa. Afirma ainda que a antecipação da tutela fundada no abuso de direito de defesa pode ser reconduzida a essa mesma perspectiva (TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84), 2 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 355 e 356).

⁷⁸⁶ ABDO, Helena. O abuso do processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 254.

antecipação só estaria autorizada quando esse abuso retardasse ou impedisse os atos processuais⁷⁸⁷. Não parece, contudo, ser esta a posição mais correta. Isso porque a simples conduta com intuito protelatório, ainda que sem repercussão no trâmite processual, já se mostra abusiva. O abuso do direito constitui uma forma ilícita de agir, ainda que sob as vestes de uma aparente legalidade. Logo, basta a atuação contrária ao ordenamento jurídico (e o uso irregular de um direito é exemplo disso), somada à probabilidade do direito do autor, para autorizar a antecipação da tutela.

A propósito, no âmbito do Direito Civil, dispensa-se o requisito do dano para a caracterização do abuso do direito. Há uma clara evolução entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, razão pela qual embora no sistema anterior o entendimento majoritário exigisse o dano como elemento da ilicitude do abuso, isso não mais ocorre na exegese do art. 187 do Código atual⁷⁸⁸. Esse é o motivo que faz com que o dano seja um pressuposto apenas para a responsabilidade civil, não para a existência de conduta abusiva. Com efeito, pode existir defesa abusiva sem dano.

Nesse sentido, não se pode concordar com quem entende que sem o agravamento do dano marginal ou, ainda, sem a existência de dano moral ou material, a teoria do abuso do processo não teria razão de ser. Na verdade, a teoria do abuso do direito (aplicada ao processo) não visa apenas evitar consequências práticas e prejudiciais, mas sim determinar um comportamento de acordo com o direito. Observe-se que as legislações não prescindem da consideração de determinados comportamentos como abusivos, nem hesitam em lhes impor sanções. O que se pretende, nesses casos é *combater a chicana* e garantir um *curso desembaraçado e rápido*. Logo, não se trata apenas de preservar a celeridade processual. Há, inegavelmente, uma exigência de probidade na condução das partes no processo⁷⁸⁹. De igual forma, esclarece-se que, embora parte da doutrina dirija sua atenção à obrigação de reparar o dano provocado pelo abuso e, em consequência, pressuponha um prejuízo, tal entendimento se refere a um aspecto parcial dos efeitos dos comportamentos contrários às finalidades

⁷⁸⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela, 2ª ed, ver. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 77 e 78. No mesmo sentido entende José Roberto Bedaque, para quem somente se justifica a antecipação se desse comportamento resultar atraso indevido. Vide BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), 5ª ed, rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 361.

⁷⁸⁸ MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, *in* Revista dos Tribunais, vol. 842, Dez.2005, p. 11-44.

⁷⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *in* Abuso dos direitos processuais/coordenador José Carlos Barbosa Moreira, Francisco Ramos Médez...[et al.], Rio de Janeiro: Forense, 2000, prefácio, p. IX e X.

processuais⁷⁹⁰.

7.2.4 A irrelevância do dolo ou culpa

O dispositivo legal, ao mencionar o abuso do direito de defesa e o propósito protelatório apresenta conceitos jurídicos indeterminados⁷⁹¹, os quais permitem uma maior amplitude em sua caracterização. Saliente-se que a mera noção de desvio de finalidade não é suficiente para isoladamente caracterizar a conduta abusiva. A ela devem ser somados outros critérios, tais como a falta de seriedade do ato e a lesividade da conduta em relação à administração da justiça. Todos os critérios devem ser examinados à luz do caso concreto, examinando-se o contexto em que o ato fora praticado⁷⁹².

O abuso de direito costuma ser caracterizado pelo uso anormal de um direito subjetivo, mediante a *desnaturação de seus intuitos econômicos e sociais*⁷⁹³. Trata-se de uma aferição objetiva a respeito da conduta praticada pelo agente.

Por outro lado, o critério subjetivo, referente à presença de dolo ou culpa não constitui um requisito necessário no âmbito do abuso em relação ao direito privado. A averiguação da intenção do agente torna-se irrelevante e *relegada à psicologia*⁷⁹⁴. Com efeito, a vinculação ao elemento subjetivo constitui uma visão ultrapassada e que pretendia *identificar o ato abusivo à emulação, em franca contrariedade com as tendências do direito contemporâneo*⁷⁹⁵. Em obra do início do século passado, já se criticava a tendência da jurisprudência brasileira em relacionar

⁷⁹⁰ OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales en America Latina, *in* Abuso dos direitos processuais/coordenador José Carlos Barbosa Moreira, Francisco Ramos Médez...[et al.], Rio de Janeiro: Forense, 2000, prefácio, p. 22.

⁷⁹¹ É o que entendem Flávio Yarshell e Helena Abdo, para quem “a previsão do art. 311, I – assim como qualquer outra noção aplicável à teoria do abuso do processo – é conceito jurídico indeterminado e que não comporta, portanto, confinamentos estanques”. (YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência, *in* Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno...[et al.], São Paulo: Saraiva, 2016, p. 459).

⁷⁹² ABDO, Helena. O abuso do processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 94 e 98.

⁷⁹³ MARTINS, Pedro Baptista. O abuso do direito e o ato ilícito. (1941) 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 94.

⁷⁹⁴ “Averiguar a intenção do agente, verificar se o dano teria resultado de culpa sua, é tarefa que deve ser relegada à psicologia. O que, em consonância com o código, importa examinar é se o indivíduo, ao desencadear o seu poder jurídico, com o fim de satisfazer um interesse puramente egoístico, deixou de ter em conta os interesses antagônicos, mas hierarquizados, da coletividade, desvirtuando, por essa forma, o elemento social que, na formação da regra jurídica, predomina sobre o elemento individual”.(MARTINS, Pedro Baptista. O abuso do direito e o ato ilícito. (1941) 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 96).

⁷⁹⁵ MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, *in* Revista dos Tribunais, vol. 842, Dez.2005, p. 11-44.

o abuso de direito à condição medieval de ato emulativo, destacando-se que a jurisprudência e a doutrina estrangeiras já vinham reconhecendo a sua emancipação e a caracterização em uma teoria autônoma.

Significativo, nesse aspecto, é o distanciamento entre ilicitude e culpa no sistema civil atual. A ideia hoje de delito civil repousa na noção de violação ao dever legal e não mais na antiga noção de culpa. Nesse sentido, há inclusive o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Estudos da Justiça Federal.⁷⁹⁶

A concepção de abuso de direito que surge do Código Civil de 2002 possui semelhanças com as noções antigas, especialmente a de exercício irregular de direito, mas é *filha de seu tempo e, nesse sentido, não retroage a soluções subjetivistas do passado*⁷⁹⁷.

Evidentemente, por iguais razões deve ocorrer a dispensa da subjetividade também no plano processual. Assim, diz-se que quando um dos sujeitos atua sem um motivo legítimo, quebra o princípio da boa-fé e tal situação se verifica não apenas na presença do dolo, mas igualmente quando se viola o parâmetro médio de razoabilidade⁷⁹⁸.

7.2.5 Os conceitos jurídicos indeterminados

As expressões *abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório da parte* constituem, na verdade, conceitos jurídicos indeterminados e, portanto, refletem um conteúdo semântico propositadamente vago e incompleto. A exata dimensão de seu significado não se mostra *a priori* ou abstratamente. Ao contrário, depende de um trabalho reconstrutivo no momento de aplicação da norma.

Os conceitos jurídicos indeterminados diferem-se das cláusulas gerais porque nestas, tanto o pressuposto fático previsto no texto legal, como os efeitos dessa subsunção, têm um sentido aberto. Já naqueles, há apenas a indeterminação do elemento indicado na *fattispecie*,

⁷⁹⁶ Enunciado 37 da Jornada de Direito Civil: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independente de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

⁷⁹⁷ Nesse sentido, vide MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, *in* Revista dos Tribunais, vol. 842, Dez.2005, p. 11-44.

⁷⁹⁸ “Participo de la tesis que no restringe la responsabilidad por el uso abusivo de las vías procesales a aquellos casos en que quien cause un daño haya actuado en forma dolosa o con culpa grave. Cuando uno de los sujetos obra sin motivo legítimo (en palabras de Josserand) quebra el principio de buena fe y tal situación se produce no solamente en el obrar doloso, pudiendo estar presente en aquellos casos en que la diligencia empleada para examinar su propia conducta rompe el parâmetro médio de razonabilidad en la apreciación de las consecuencias de los actos”. (OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales en America Latina, *in* Abuso dos direitos processuais/coordenador José Carlos Barbosa Moreira, Francisco Ramos Médez...[et al.], Rio de Janeiro: Forense, 2000, prefácio, p. 21 e 22).

estando a consequência legal expressamente determinada. Tal distinção é feita de forma clara por Judith Martins-Costa, salientando, contudo, que em ambos os casos haverá uma *atitude valorativa* por parte do intérprete⁷⁹⁹.

A indeterminação do conceito relativo ao pressuposto fático gera, conseqüentemente, um trabalho de análise e reconstrução pelo operador do direito. É preciso avaliar cada conduta e verificar se naquelas circunstâncias da situação concreta houve uma atitude abusiva.

Os conceitos jurídicos indeterminados permitem uma aplicação mais justa e mais adequada das técnicas processuais. Nesse sentido, eles e os juízos de equidade, apesar da incerteza que lhes é inerente, correspondem a *uma tomada de decisão não mais baseada em um prius anterior ao processo mas*, ao contrário, dependem dos próprios elementos que nele serão obtidos⁸⁰⁰. Trata-se da possibilidade de alteração da realidade e a conseqüente *vocação da norma para absorver o futuro*⁸⁰¹.

É o que se pretende, por exemplo, com a técnica da tutela da evidência a partir dos conceitos jurídicos indeterminados do *abuso do direito de defesa* ou da *inexistência de prova capaz de gerar dúvida razoável*. Sempre que houver essa conduta abusiva, ou a ausência de prova relevante (aferíveis à luz e no momento em que ocorrer a situação concreta), será possível adaptar o tempo do processo, fazendo com que a espera recaia em quem faz jus a ela.

A adoção de conceitos jurídicos indeterminados não atenta contra a segurança jurídica, se o processo interpretativo permanecer controlável. Nesse aspecto, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas lembram que as decisões são sempre controláveis pela via recursal e até pela via da ação rescisória, havendo “liberdade” do Judiciário, não do juiz⁸⁰². Além disso, a

⁷⁹⁹ Diz ela: “Enquanto nos conceitos jurídicos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (semanticamente vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta), cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa”. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, (1999), 2ª ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 159).

⁸⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 421.

⁸⁰¹ A expressão é de Teresa Arruda Alvim, que bem esclarece: “Conceitos indeterminados acabam por implicar que o futuro também possa ser regulado pela norma. Em muitos casos, o conteúdo do conceito está para ser construído e a norma contém balizas para absorver parte da realidade que ainda não existe no presente. Claro está que as normas valem para o futuro, como regra geral. Está se referindo aqui a um fenômeno diferenciado: à norma cuja *vocação* é absorver o futuro, eventualmente alterado”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 142 e 143).

⁸⁰² ARRUDA ALVIM, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro/Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 233.

flexibilidade trará a grande vantagem de permitir uma aplicação mais adequada e mais isonômica da norma. Judith Martins-Costa afirma que a convicção sobre as várias e opostas vantagens das técnicas legislativas pelos métodos casuísticos ou de cláusulas gerais constitui uma conquista da ciência do Direito. Isso porque uma certa elasticidade ou flexibilidade é desejável. O ideal, portanto, é uma combinação entre ambas as técnicas. As cláusulas gerais funcionam, nesse aspecto, como *válvulas de abertura* do sistema⁸⁰³.

Com efeito, há uma grande vantagem na utilização de conceitos jurídicos indeterminados pois eles ampliam os domínios de aplicação da norma. Como pondera Ralf Poscher, à primeira vista, a vagueza pode parecer apenas uma deficiência na linguagem. Contudo, ela tem o seu valor e importância⁸⁰⁴. A imprecisão de termos utilizados na lei pode ser extremamente benéfica em determinadas circunstâncias, constituindo assim uma opção deliberada do legislador para assegurar uma melhor aplicação do enunciado normativo. Tal escolha permite evitar a perda de oportunidades pelo estabelecimento prematuro dos exatos limites de determinada regra⁸⁰⁵. No mesmo sentido, Judith Martins-Costa afirma que as cláusulas gerais proporcionam uma elasticidade ou flexibilidade da lei, por vezes, desejável⁸⁰⁶. A imprecisão de determinadas expressões utilizadas pela lei assegura, nesse caso, o benefício da generalização. Muitas vezes o legislador não tem os recursos de tempo e conhecimento necessários para estabelecer precisamente a regulação de todos os casos futuros. Ele deve focar, então, na finalidade que se relaciona aos casos paradigmáticos a serem disciplinados, usando termos vagos que os englobem⁸⁰⁷. Assim o fazendo, será possível que a delimitação futura seja feita pelos tribunais, de uma forma mais precisa e correta, mediante a análise do caso concreto.

⁸⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação* (1999). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 195.

⁸⁰⁴ POSCHER, Ralf. An intentionalist account of vagueness: a legal perspective, *in* *Vagueness and law: philosophical and legal perspectives*/KEIL, Geert and POSCHER, Ralf, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 88.

⁸⁰⁵ Nesse sentido, esclarece Ralf Poscher: “As should have become apparent, vagueness enables us to avoid the decision and opportunity-costs incurred by precisifying our intentions prematurely with regard to the exact boundaries within a continuum or the exact qualities of the designated object. Though generalization also has the benefit of saving decision-and opportunity costs, vagueness adds to the benefit of generalization”. (POSCHER, Ralf. An intentionalist account of vagueness: a legal perspective, *in* *Vagueness and law: philosophical and legal perspectives*/KEIL, Geert and POSCHER, Ralf, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 88).

⁸⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação* (1999). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 195.

⁸⁰⁷ POSCHER, Ralf. An intentionalist account of vagueness: a legal perspective, *in* *Vagueness and law: philosophical and legal perspectives*/KEIL, Geert and POSCHER, Ralf, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 89.

Nessa linha de pensamento, Luiz Guilherme Marinoni⁸⁰⁸ destaca a importância das cláusulas gerais, as quais constituem uma característica dos códigos da contemporaneidade, partindo da premissa de que a lei é apenas um dos elementos para a construção judicial do direito. Segundo ele, tal técnica faz ruir a ideia de completude dos códigos e a da suficiência da previsão casuística⁸⁰⁹.

A propósito, os conceitos jurídicos indeterminados (tais como a previsão de *abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório do réu e prova documental suficiente a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável*) constituem meios a serviço da função-igualdade (pela generalidade em termos de discriminação)⁸¹⁰.

Não há como ignorar que um sistema que trabalha com conceitos jurídicos indeterminados permite uma maior abertura, flexibilidade e respeito à isonomia. Eles têm o claro objetivo de assegurar a ação adequada ao caso concreto⁸¹¹. Isso porque, o tratamento isonômico (CF, art. 5º, I) e paritário entre as partes (CPC, art. 7º) deve prevalecer em todas as circunstâncias em que a prova dos fatos constitutivos do autor prevaleça sobre a prova e as alegações do réu. Isso não seria viável caso se adotasse uma enunciação casuística de cabimento.

A vida é muito mais rica e extensa do que a previsão casuística do legislador. A lei não pode *aprisionar* todas as situações.

Deve-se ainda esclarecer que tanto o abuso como o propósito protelatório autorizam a concessão da tutela da evidência desde que somados à probabilidade do direito. Ainda que o legislador tenha falhado ao não prever expressamente esse requisito no art. 311, I do Código, não faz sentido conceber-se a tutela provisória sem a presença de tal requisito. Não se pode, certamente, antecipar um direito que não se mostra provável, independentemente da atitude do

⁸⁰⁸ Antes mesmo da vigência do Código de 2015, Marinoni já destacava a importância do que denominou de *normas processuais abertas*, ou seja, regras decorrentes da ideia de que a lei não consegue prever técnicas para todas as necessidades do direito material. Assim, dentro da moldura da regra, o juiz e as partes podem identificar os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos (MARINONI, Luiz Guilherme. Ideias para um renovado direito processual. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (organizadores). Bases científicas para um renovado direito processual (2009). 2ª ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 135).

⁸⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, “Os precedentes na dimensão da segurança jurídica” in A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR, Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 236 e 237.

⁸¹⁰ ÁVILA, Humberto, Teoria da segurança jurídica, 2011, 4ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 326.

⁸¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Ideias para um renovado direito processual. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (organizadores). Bases científicas para um renovado direito processual (2009). 2ª ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 143.

réu. A técnica da antecipação consiste em um tratamento diferenciado baseado na possibilidade de que aquele suposto direito prevaleça após a instrução. Não haveria sentido, portanto, em antecipar aquilo que não tenha probabilidade de vir a ser reconhecido ao final.

7.2.6 A equiparação entre defesa abusiva e propósito protelatório

Por outro lado, há quem sustente que as duas situações descritas nesse dispositivo não são sinônimas. Partindo do pressuposto de que o legislador não utilizaria palavras inúteis, seria possível distinguir o abuso da defesa, mencionando que ele ocorre durante os atos do processo, ocasiões nas quais o réu procura, de modo irregular, fazer prevalecer os seus interesses. Já o manifesto propósito protelatório teria um espectro mais amplo, abrangendo inclusive os comportamentos que, embora voltados para o processo, antecedem ou que estão fora do restrito âmbito processual⁸¹².

Independentemente dessa tentativa de distinção – que parece ser inócua – o mais importante é considerar que a atitude abusiva pode ocorrer durante ou antes mesmo do processo⁸¹³, razão pela qual não é constatável apenas por meio do exame da contestação. A propósito, Nelson Nery Junior menciona, como exemplo, a existência de diversas notificações para o réu cumprir a obrigação e a constatação de respostas evasivas, acompanhadas de requerimento de mais prazo para o adimplemento⁸¹⁴.

Há outro exemplo interessante de propósito protelatório caracterizado antes mesmo do ajuizamento da demanda. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região concluiu ser protelatória a atitude do órgão previdenciário que causou demora em processar o pedido na via administrativa⁸¹⁵. Assim, diante da prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito da autora e do manifesto propósito protelatório, concedeu a tutela da evidência (CPC, art 311, I), para o fim de determinar o pagamento de salário-maternidade.

Quando se fala em abuso do direito de defesa não se está a referir apenas às manifestações ocorridas no momento da contestação, mas também a todo e qualquer ato

⁸¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela Antecipada Sancionatória, *in* Revista Dialética de Direito Processual, vol. 43, Outubro 2006, p. 22 a 27.

⁸¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença (1987) . 5ª ed, rev. ampl. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 394.

⁸¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil (1994), 2ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 70.

⁸¹⁵ TRF4, Turma Regional Suplementar de SC, Agravo de Instrumento nº 50341841520184040000, Rel. Celso Kipper, j. 20.03.2019.

defensivo, seja ele manifestado na defesa *stricto sensu* ou em incidentes processuais e recursos. A noção de defesa aqui é mais ampla do que o sentido estrito da impugnação específica às alegações da petição inicial. Logo, em qualquer momento do processo, inclusive após a prolação da sentença, será possível constatar o abuso no direito de defesa.

Tal distinção, embora possível de ser feita, não parece ter qualquer utilidade prática. Daí porque merece guarida o entendimento de que elas podem sim ser equiparadas ou tratadas como sinônimos⁸¹⁶. Vale ainda lembrar o entendimento de que o propósito protelatório integra o abuso do direito de defesa, quando o ato é praticado pelo réu⁸¹⁷.

7.2.7 A essência não é punitiva

Importante destacar que o objetivo primordial da tutela da evidência é proporcionar um justo equilíbrio entre autor e réu, no que diz respeito ao ônus do tempo para a prova. Sua função não é, portanto, sancionar o eventual abuso do direito de defesa do réu. É o que esclarece Daniel Mitidiero, com muita clareza e propriedade, ao afirmar que não é essa a *natureza* da tutela.⁸¹⁸ Segundo ele, a doutrina que propõe a interpretação da antecipação em caso de abuso como um *expediente para realização da igualdade substancial dos litigantes* é mais *consentânea aos direitos fundamentais processuais* do que aquela que encara o dispositivo como uma sanção⁸¹⁹. Com efeito, em que pese destacados processualistas afirmarem que há um

⁸¹⁶ Entendendo que se tratam de expressões análogas: BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), 5ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 356. No mesmo sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni: “Nunca houve razão para distinguir abuso de defesa e manifesto propósito protelatório, na medida em que aos dois é possível outorgar um mesmo sentido geral, capaz de ser concretizado nos vários casos conflituivos”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência, 2ª ed, rev. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018, p. 333). De igual forma, CASTRO, Daniel Pentead de. Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil, Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 240.

⁸¹⁷ A propósito, esclarece Helena Abdo: “Pelos mesmas razões acima referidas, com o devido respeito às opiniões contrárias, o manifesto propósito protelatório da parte a que se refere a lei (e que o art. 273, II do CPC 1973 atribui apenas ao réu) não constitui uma situação divorciada de outras. Na verdade, ela *integra* o abuso do direito de defesa quando o ato protelatório é praticado pelo réu, no exercício da defesa”. (ABDO, Helena. A tutela da evidência em caso de abuso do processo: reflexões sobre a aplicação do art. 311, inciso I, do Código de Processo Civil. In: BRAGA, Carlos David Albuquerque; ABDO, Helena Najjar; FELITTE, Beatriz Valente (Organizadores). Contencioso empresarial na vigência do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 08).

⁸¹⁸ MITIDIERO, Daniel, Antecipação da tutela. 3ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 158.

⁸¹⁹ MITIDIERO, Daniel. Tutela antecipatória e defesa inconsistente, *in* Tutela de urgência e cautelares: Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva/ coordenador Donaldo Armelin, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 339.

caráter punitivo⁸²⁰ (sendo absolutamente respeitáveis tais posições), essa não parece ser sua característica principal⁸²¹. Afinal, se trata de técnica que visa *impedir que aquele que tem razão seja prejudicado pelo tempo de instrução da causa*⁸²². Em outras palavras, o objetivo não é castigar o réu, mas sim beneficiar o autor que, aparentemente, tem razão. Evita-se, dessa forma, que ele seja prejudicado pela demora processual, criada maliciosamente pela parte contrária. Como destaca Mitidiero, para punir o mau comportamento processual já existem as sanções específicas da litigância de má-fé e do ato atentatório à justiça (CPC, arts. 77 e 80)⁸²³. Ali há hipóteses típicas e taxativas, como é natural, em se tratando de um direito sancionador.

A propósito desse caráter não sancionatório, argumenta-se que caso se tratasse de verdadeira sanção, não poderia ela ser revogada por eventual sentença de improcedência⁸²⁴. A

⁸²⁰ Nesse sentido, ou seja, entendendo que há um caráter sancionatório: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: v. III, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 884; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela Antecipada Sancionatória, *in* Revista Dialética de Direito Processual, vol. 43, Outubro 2006, p. 19; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Tutela antecipada sancionatória, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 55; BODART, Bruno V. da Rós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC, 2ª ed, rev. atual. e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 114 e 115; BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), 5ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 357; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord). Comentários ao código de processo civil, v. 1 (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 955; CÂMARA, Alexandre de Freitas. O novo processo civil brasileiro, 3ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2017, p. 172; ARAÚJO, José Henrique Mouta. Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito: instrumentos de brevidade da prestação jurisdicional, Curitiba: Juruá, 2008, p. 295; ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. Tutela Provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela da evidência; tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 170; DIDIER JUNIOR, 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: Editora Jus Podivm, 2016, p. 633.

⁸²¹ Parte da doutrina, corretamente, afasta esse caráter sancionatório. Vide WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória), v. 2, 16. ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 898. De igual forma THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, vol. I, 57ª ed, rev. atual. e ampl, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 694; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A dedução de pedido ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso como hipótese de litigância de má-fé e a concessão da tutela provisória de evidência. In: Revista de Processo, vol. 264, fev/2017, p. 127-154. Nesse mesmo sentido, referindo-se ao art. 273, II do Código de Processo Civil: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 239; BRUSCHI, Gilberto. A tutela antecipada e a postura do juiz diante do pedido liminar – a possibilidade de sua concessão antes da citação do réu visando dar maior efetividade ao processo. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professor Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 432.

⁸²² MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda, 2ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 58

⁸²³ MITIDIERO, Daniel, Antecipação da tutela. 3ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 158.

⁸²⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O direito vivo das liminares. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 142. Em outra

sanção deveria permanecer enquanto tal, independentemente do conteúdo da tutela definitiva. No entanto, não é isso o que ocorre. De fato, a tutela definitiva tem o condão de revogar a decisão antecipatória, baseada em mera probabilidade. Daí porque este constitui mais um motivo para não se enxergar nessa forma de tutela da evidência a natureza de sanção.

Parece claro que, quando o legislador autoriza a antecipação diante do abuso (CPC, art. 311, I), o foco é justamente o autor, o qual se mostra merecedor, naquelas circunstâncias, de um tratamento diferenciado para o seu provável direito. Muito mais do que olhar para a conduta do réu, o legislador voltou seus olhos ao direito do autor.

A ideia de que a tutela da evidência prevista no art. 311, I do Código de Processo Civil não tem como elemento principal um intuito sancionatório é a que melhor parece traduzir o objetivo da norma. Muito mais do que punir o réu, o que se pretende é favorecer a satisfação do autor que sofre com o abuso e a protelação. Observe-se, nesse aspecto, que embora o dispositivo legal não preveja especificamente a necessidade do *fumus boni juris*, não se admite a concessão da tutela da evidência sem probabilidade do direito. Logo, não é a simples ideia de sanção que prevalece, mas sim a de que o abuso constitui um importante acréscimo para o juízo de convencimento a favor do autor. Nesse sentido, fala-se, inclusive, em reforço da plausibilidade do direito⁸²⁵.

Mesmo aqueles processualistas que admitem um caráter sancionatório a essa forma de antecipação de tutela, reconhecem nela o intuito de satisfazer a parte prejudicada. Vale aqui lembrar a ponderação de Cândido Rangel Dinamarco ao dizer que a sanção ao abuso do direito de defesa tem o objetivo de *favorecer a parte inoncente com o acesso mais rápido ao bem da vida pretendido*⁸²⁶.

passagem de sua obra, o mesmo autor afirma: “Decididamente, não se cuida de sanção. Se de sanção se tratasse, a medida não poderia ser revogada por eventual sentença de improcedência (repise-se: nada impede que a razão esteja com quem litiga de má-fé). Ora, inadmissível é que a sentença de improcedência possua o condão de *anistiar o improbus litigator*”. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Tutela de evidência no projeto do novo CPC – uma análise dos seus pressupostos. In: ROSSI, Fernando [et al] (Coord.) O Futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 173).

⁸²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, vol. I, 57ª ed, rev. atual. e ampl, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 694.

⁸²⁶ Pela importância do reconhecimento desse *favorecimento* ao autor, vale transcrever essa passagem da obra de Dinamarco: “Uma pequena ressalva que se faz quanto à urgência em relação à antecipação da tutela é que esta pode também ser concedida, ainda que urgência não haja, como sanção ao abuso do direito de defesa ou a expedientes protelatórios postos em prática pela parte contrária (art. 273, inc. II); ainda assim, todavia, tem o objetivo de favorecer a parte inocente com o acesso mais rápido ao bem da vida pretendido”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes, *in* Revista Forense, vol. 356, ano 97, Julho-Agosto de 2001, p. 34).

7.2.8 A timidez na aplicação de sanções

A pergunta que se pode então fazer é: por que isso é relevante? Ou seja, há distinção do ponto de vista prático na adoção de uma ou outra concepção? A resposta é positiva. Por incrível que pareça, a incidência de sanções processuais é extremamente rara. Isso não se deve à raridade da litigância de má-fé. Muito pelo contrário. As condutas maliciosas e desleais lamentavelmente são frequentes. O que ocorre é uma certa hesitação e, por que não dizer, inação da magistratura na aplicação dos dispositivos punitivos.

Em relação ao Código de 1973, já se identificava uma timidez dos juízes na aplicação das sanções processuais previstas no ordenamento jurídico⁸²⁷. Ainda que a litigância de má-fé estivesse comumente presente, os dispositivos da litigância de má-fé eram pouco aplicados⁸²⁸. Dizia ainda haver uma *certa complacência com as medidas procrastinatórias*⁸²⁹ e até mesmo um *subaproveitamento* dos mecanismos de repressão de condutas retardatárias ou maliciosas⁸³⁰.

Essa timidez não constitui um fenômeno exclusivamente brasileiro. Outros sistemas, como o de Portugal, também sofrem com a resistência de juízes e tribunais em aplicar sanções processuais. Trata-se de um excesso de garantismo, fruto da preocupação daqueles que se formaram em um ambiente em que era necessário *garantir as pessoas contra as medidas*

⁸²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela Antecipada Sancionatória, *in* Revista Dialética de Direito Processual, vol. 43, Outubro 2006, p. 28.

⁸²⁸ A propósito, Gilberto Bruschi convoca os advogados e juízes a aplicarem os dispositivos contra a litigância de má-fé: “Aproveitamos a oportunidade, ao aventar tal assunto, para sugerir aos advogados que, ao perceberem a conduta ardilosa da parte contrária, não só requeiram a antecipação de tutela prevista no inc. II do art. 273 do CPC, pois é vedada sua concessão *ex officio* pelo magistrado, como também postulem aos julgadores que se utilizem mais do instituto da litigância de má-fé, comumente presente nos processos e infelizmente pouquíssimo aplicado”. (BRUSCHI, Gilberto. A tutela antecipada e a postura do juiz diante do pedido liminar – a possibilidade de sua concessão antes da citação do réu visando dar maior efetividade ao processo. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 432).

⁸²⁹ O alerta foi feito, dentre outros, por Humberto Theodoro Júnior: “Há sanções, no CPC brasileiro, para a conduta abusiva, em *todos os tipos de processo*, sanções que são especificamente instituídas e que são efetivamente aplicadas pelos juízes e tribunais, embora se tenha de reconhecer que tal só ocorra em volume inferior ao das violações, na verdade verificadas. Há uma certa complacência com as medidas procrastinatórias, em virtude de ser a ineficiência dos serviços forenses a maior e mais notória causa do retardamento da tutela jurisdicional no País”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *in* Abusos dos direitos processuais/ coordenador José Carlos Barbosa Moreira, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 126).

⁸³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Técnicas de aceleração do processo. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 198.

*tomadas pelo poder, aí se incluindo os tribunais*⁸³¹. Como alerta António Menezes Cordeiro, *perante a tríade “garantismo”, “astúcia das partes” e “timidez do tribunal”, os processos soçobram nos muitos milhares de páginas inúteis, onde se esvaem a riqueza das partes e as energias do Poder Judicial*⁸³².

Com efeito, o problema não reside apenas nessa resistência ou timidez judicial. Ele se alastra mediante a percepção das partes e de seus advogados que a conduta maliciosa, além de não ser punida, pode gerar vantagens. Daí porque se fala nessa tríade entre o excesso de garantismo, a astúcia dos litigantes e a timidez do Poder Judiciário. Um elemento alimenta o outro e vice-versa, em um círculo vicioso difícil de ser rompido.

Essa dificuldade, vivenciada no Brasil no sistema do Código Buzaid e que levava à conclusão de serem *raríssimas* as aplicações de sanções⁸³³, também ocorre em relação ao Código de 2015. São extremamente raras as decisões que aplicam sanções por litigância de má-fé.

Tal situação tem profunda relevância no que diz respeito à aplicação da tutela da evidência por abuso processual. Isso porque, caso se entenda que há um intuito sancionador, acabar-se-á por restringir demasiadamente a antecipação da tutela. Ou seja, a timidez na aplicação das sanções se reflete na raríssima incidência dessa forma de tutela antecipada.

Mas não é apenas o garantismo contra o poder estatal que contribui para esse estado de inação processual.

Essa postura judicial, claramente desfavorável à aplicação de sanções, também pode ser explicada por elementos da análise econômica do direito. Com efeito, quando o juiz tem uma postura punitiva, ele tende a gerar condutas processuais mais adequadas. Isso é extremamente positivo para o sistema. Por outro lado, para o próprio magistrado, individualmente considerado, há um custo de tempo no que diz respeito à fundamentação das decisões e um desgaste em virtude dos aborrecimentos advindos de uma relação ruim com os advogados⁸³⁴. Isso explica porque parece mais conveniente para o magistrado, sob uma lógica individual, deixar de aplicar as sanções por abuso ou litigância de má-fé.

⁸³¹ CORDEIRO, António Menezes. Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e *culpa in agendo*, 3 ed., aumentada e atualizada à luz do Código de Processo Civil de 2013, Coimbra: Almedina, 2016, p. 23 e 24.

⁸³² CORDEIRO, António Menezes. Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e *culpa in agendo*, 3 ed., aumentada e atualizada à luz do Código de Processo Civil de 2013, Coimbra: Almedina, 2016, p. 26.

⁸³³ “No entanto, pelo menos no Brasil, raríssimas são as aplicações de sanções ao litigante de má-fé...”(GRINOVER, Ada Pellegrini. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 66).

⁸³⁴ WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 561.

Acrescente-se ainda à realidade brasileira o problema cultural do *arquétipo do homem cordial*⁸³⁵, bem lembrado por Luiz Guilherme Marinoni. Com efeito, inserido no contexto do patrimonialismo brasileiro, o *homem cordial, vestido de parte, advogado ou juiz, evidentemente inviabilizou a aplicação igualitária da lei, uma vez que essa deveria ser neutra e abstrata apenas àquele que não tivesse “boas razões” – ou seja, que não participasse do “círculo íntimo” – para ser tratado de forma individualizada*⁸³⁶. Como também esclarece Erik Navarro Wolkart, em nosso país, a *subjetividade patrimonialista* impede a *impessoalidade das relações profissionais* e, nesse aspecto, a *postura punitiva* cria atritos que são incompatíveis com as *delícias da cordialidade*⁸³⁷.

Na prática, essa tendência em não punir acaba reduzindo a aplicação das sanções e estimulando os comportamentos processuais inadequados ou não cooperativos⁸³⁸. Isso porque a parte faz naturalmente uma opção pela postura que vai lhe gerar maior benefício, considerando, inclusive, a ausência de qualquer punição. Essa é, lamentavelmente, uma realidade perceptível no foro.

Na verdade, a baixíssima utilização dos meios sancionadores para a má-conduta processual (fruto da hesitação judicial ou da própria dificuldade na caracterização da má-fé) leva a uma ineficiente repressão por parte do Estado. E, não havendo pena, não há receio em praticar o ilícito. Ou seja, o Poder Judiciário, ao se omitir na aplicação das multas e sanções gera um estímulo ou, ao menos, um ambiente propício para a continuidade delitiva. Isso contribui para a *indefinição do litígio*⁸³⁹.

7.2.9 O efeito benéfico e secundário: agir de má-fé é prejudicial

Mas não há como negar que a tutela da evidência pode contribuir para que se estabeleçam condutas mais leais e éticas. Sob esse aspecto, é interessante a observação de Alan

⁸³⁵ Refere-se aqui à expressão utilizada por Sérgio Buarque de Holanda, na obra *Raízes do Brasil*, de 1936.

⁸³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*, 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 87.

⁸³⁷ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 561 e 562.

⁸³⁸ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 561 e 562.

⁸³⁹ “É claro que a utilização pouco efetiva dos instrumentos de prevenção e repressão ao agir ilícito das partes contribui para a indefinição do litígio, mas os instrumentos existem (estando a patologia devida à sua má ou parca utilização)”. (ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter institucional e estratégico do fenômeno processual*. Tese para a obtenção do título de doutor em direito, UFRGS, Porto Alegre, 2018, p. 150).

Uzelac ao destacar que, de acordo com os postulados básicos do movimento *law and economics*, é difícil esperar atos de boa-fé e lealdade se agir de outra forma vale a pena⁸⁴⁰. Fica muito claro que, quem litiga de má-fé, age dessa forma porque visualiza uma utilidade nesse comportamento⁸⁴¹. Não se trata de ser uma boa ou má pessoa, mas sim de um litigante que enxerga uma vantagem na adoção dessa conduta desleal. Isso aumenta os custos sociais do processo pois ao contraditar os fatos que sabe ser verdadeiros, o réu cria um ônus probatório ao autor, alonga o tempo do processo e ainda gera um risco de erro judicial⁸⁴². Essa realidade, aliada ao problema da refração do Judiciário à aplicação de sanções processuais, faz com que os benefícios da litigância de má-fé sejam superiores à expectativa de punição para essas condutas⁸⁴³.

A mesma constatação é feita quando se verifica que a lentidão processual estimula a *conduta oportunista* dos que se beneficiam pela conduta de desrespeito à lei⁸⁴⁴. Com efeito, as partes litigantes tendem, lamentavelmente, a se valer dos meios que encontram à disposição para tentar atingir seus objetivos. Ainda que, para isso, tenham que desconsiderar os valores da probidade, ética e boa-fé processual. Essa é uma realidade que não pode ser ignorada.

Apesar de inexistir um intuito propriamente punitivo, eis que esse não é o seu objetivo, a concessão da medida pode gerar um efeito secundário ou acessório. Ele consiste no desestímulo à continuidade da conduta abusiva ou protelatória. Isso é bastante positivo, não apenas para o autor, mas para toda a sociedade. Vale aqui a lembrança de que o direito não busca apenas atender o interesse particular das partes, mediante a solução do conflito. Seu objetivo também é pautar condutas e assegurar o cumprimento espontâneo das normas de direito material. E é justamente essa *publicización del derecho procesal* que, segundo Eduardo Oteiza, exige a adoção de padrões de conduta leal, com boa-fé e probidade⁸⁴⁵. O movimento

⁸⁴⁰ UZELAC, Alan. Reforming mediterranean civil procedure: is there a need for shock therapy? In: UZELAC, Alan; VAN RHEE, Cornelis Hendrik. *Civil Justice between efficiency and quality: from Ius Commune to the CEPEJ*. 1. ed. Cambridge: Intersentia, 2008, p. 71-99. Versão em português publicada na Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1. Janeiro a Abril/2017, trad. Pedro Gomes de Queiroz, p. 11.

⁸⁴¹ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 548.

⁸⁴² WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 549.

⁸⁴³ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 552.

⁸⁴⁴ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência recursal no novo cpc: uma análise econômica. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 199, jul/set. 2013, p. 48.

⁸⁴⁵ OTEIZA, Eduardo. “Abuso de los derechos procesales en América Latina”. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coordenador). *Abuso dos direitos processuais*, Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 17.

em prol da ética no processo reflete, assim, o fenômeno que já ocorreu no âmbito do direito privado, condicionando o exercício dos direitos à sua finalidade social.

7.3 A TUTELA DA EVIDÊNCIA DIANTE DE DECISÕES VINCULANTES (ART. 311, II DO CPC/2015)

Como já visto, a tutela da evidência consiste em uma técnica de antecipação da tutela final, diante da existência da probabilidade do direito do autor, da fragilidade da defesa do réu e da necessidade de continuidade da instrução. A evidência do alegado direito incide obviamente sobre os fatos, ou seja, sobre a base fática que constitui o pressuposto para a incidência da regra legal.

Logo, para a tutela da evidência, o essencial é a comprovação dos fatos constitutivos do direito do autor e não a demonstração da regra de direito aplicável. Ou seja, basta a comprovação do fato para se aplicar a lei. Por outro lado, os precedentes incidem sobre questões de direito⁸⁴⁶. Como bem destacado, a *norma misturou alegações de fato com questão jurídica*⁸⁴⁷.

Como a tutela da evidência diz respeito à comprovação dos fatos, não haveria qualquer sentido em concedê-la baseada em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, como diz textualmente o art. 311, inciso II do Código de Processo Civil. Na verdade, o que importa, para o juízo da evidência (juízo da probabilidade preponderante) é a demonstração dos fatos. Afinal, o precedente em nada interfere na convicção do juiz acerca das alegações de fato⁸⁴⁸.

Mas essa previsão do legislador de 2015 pode ser justificada caso se perceba que a primeira parte do dispositivo se refere à prova documental dos fatos e a segunda preocupa-se com a coerência do direito. Com efeito, no sistema atual existe uma gama muito ampla de regras legais de tessitura aberta, com conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Isso faz

⁸⁴⁶ A distinção entre questões de fato e questões de direito nunca foi simples. A propósito: “Do encontro de ambos os universos, normativo e empírico, é que nasce o direito. Desta circunstância decorre a conhecida dificuldade de se distinguirem questões de fato de questões de direito”. (ARRUDA ALVIM, Teresa. Embargos de Declaração (2005). 3 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 119)

⁸⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. (2017) 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 334.

⁸⁴⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC, 2.ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 413.

com que a lei seja apenas um dos elementos para a construção judicial do direito⁸⁴⁹.

Não há como negar uma maior amplitude de atuação do magistrado, o qual reconstrói o sentido da norma diante do caso concreto. Essa *obra de acomodação do geral ao concreto* requer *incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida*⁸⁵⁰.

Logo, diante de uma certa indefinição do direito e tendo havido a fixação de teses jurídicas pelos tribunais superiores, estas podem constituir um elemento a mais para a aplicação da tutela da evidência. Ou seja, uma vez comprovados os fatos alegados pelo autor, havendo necessidade de continuidade da instrução em virtude de requerimento do réu e estando claro também o entendimento judicial a respeito da lei, a tutela deverá ser antecipada.

Nessa ordem de ideias, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça vem autorizando, em tutela provisória da evidência, o recolhimento das contribuições ao PIS e à Cofins, sem a inclusão do ICMS na base de cálculo. Isso porque o Supremo Tribunal Federal concluiu no RE 574.706/PR, com repercussão geral, que o valor desse tributo não se incorpora ao patrimônio do contribuinte⁸⁵¹. De igual forma vêm decidindo o Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁸⁵². Trata-se, assim, de um precedente vinculante e que legitima a aplicação da técnica do art. 311, II do Código de Processo Civil.

Importante, todavia, ler o dispositivo do art. 311, II do Código de Processo Civil a partir do direito fundamental da isonomia e, conseqüentemente, da necessidade de respeito aos decisões vinculantes judiciais e não a meros comandos abstratos expostos em súmulas. Ainda que a literalidade da lei se refira a teses fixadas em recursos repetitivos ou em súmulas vinculantes, o que se sabe é que seus enunciados não são suficientes para garantir a igualdade de aplicação da lei. Para tanto é primordial considerar o entendimento manifestado pelo tribunal superior e o contexto fático que lhe deu origem, justamente para se compreender a *ratio*⁸⁵³ da decisão. O que garante a isonomia, portanto, é o respeito às decisões vinculantes e não aos

⁸⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. (2010) 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 117.

⁸⁵⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org). Processo e Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 07.

⁸⁵¹ STJ, 1ª Turma, AgInt no TutPrv no AREsp 300.743/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 25.03.2019.

⁸⁵² TRF4, 1ª Turma, AG 5020367-15.2017.4.04.0000, Rel. Amaury Chaves de Athayde, j. 21.06.2017.

⁸⁵³ A propósito da noção de *ratio decidendi*, vide MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. (2010) 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 161 a 167.

simples enunciados de súmulas.

7.3.1 As decisões vinculantes e a *infidelidade ao direito*

As decisões vinculantes possuem a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados⁸⁵⁴. Eles reconstruem o sentido das normas justamente porque abrangem a análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito⁸⁵⁵.

A mera repetição de argumentos já refutados em decisões vinculantes constitui claramente situação de litigância de má-fé⁸⁵⁶. E isso independentemente do caminho processual eleito para a prolação da decisão. Litiga de má-fé, por exemplo, quem apresenta pretensão contrária aos precedentes dos tribunais superiores, sem apresentar razões de distinção entre os casos (atual e paradigma). Isso porque há um dever de coerência entre o que está sendo pleiteado pela parte e a orientação firmada pelos tribunais. Esse dever se impõe não apenas às partes, mas também a seus advogados.

Por outro lado, o desrespeito de juízes ou tribunais locais ao que já fora decidido pelas Cortes Superiores caracteriza não apenas grave infidelidade ao direito⁸⁵⁷, como igualmente impede um sistema coerente de aplicação de justiça. Isso porque não é possível respeitar quem não se respeita⁸⁵⁸. Se os próprios tribunais não observam as decisões das cortes superiores, como podem exigir obediência aos juízes de primeiro grau? Como bem destacado, soa curioso (ou melhor, absurdo) que o magistrado, agente pertencente ao corpo judiciário, atuasse, na

⁸⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. (2010) 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

⁸⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. (2010) 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 157.

⁸⁵⁶ Nesse sentido, afirma Lucas Buriel de Macêdo: “É litigância de má-fé, pois, a mera repetição de argumentos já refutados em precedente obrigatório aplicável ao caso”. (MACÊDO, Lucas Buriel de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios, *in* Doutrinas Essenciais: Novo Processo Civil /Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr – Organizadores. Vol. III, Tutela Provisória, 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1204).

⁸⁵⁷ A expressão é utilizada por Daniel Mitidiero ao destacar o papel das Cortes Superiores no Brasil: “Se il *Supremo Tribunal Federal* e il *Supremo Tribunal de Justiça* vengono concepiti come Corti deputate all’interpretazione e alla formazione di precedenti, a partir dall’esatto momento in cui questi tribunali forniscono una determinata interpretazione, gli altri giudici debbono osservarla nell’applicazione dei casi concreti che ricadono nel loro âmbito di applicazione e, nel caso in cui la desattendano, commettono grave infedeltà al diritto”. (MITIDIERO, Daniel. Corti supreme, precedenti e giurisprudenza nel nuovo c.p.c brasiliano. *In*: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno LXXII, n. 3, Milano: Giuffrè, Settembre 2018, p. 1014).

⁸⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. Corti supreme, precedenti e giurisprudenza nel nuovo c.p.c brasiliano. *In*: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno LXXII, n. 3, Milano: Giuffrè, Settembre 2018, p. 1018.

prática corrente, de maneira a não só não prestigiar as cortes a que está hierarquicamente submetido, mas contrariando seus posicionamentos⁸⁵⁹. Não há dúvida, portanto, que o art. 311, II do Código de Processo Civil constitui uma reafirmação das decisões vinculantes no novo sistema processual brasileiro.

Lamentavelmente, contudo, a visão institucional é suplantada, rotineiramente, pelo personalismo⁸⁶⁰ como bem adverte Aluisio Mendes. É possível enxergar, inclusive, um forte viés cultural nessa resistência às decisões vinculantes. Nesse sentido, a luta contra o passado autoritário confunde-se, por vezes, com a liberdade sem limites⁸⁶¹.

A insegurança jurídica gerada pela instabilidade das decisões judiciais estimula não apenas as aventuras judiciais, mas também o abuso do direito processual e o descumprimento das obrigações no plano do direito material⁸⁶². Daí a necessidade de se ter respeito aos precedentes.

Nesse sentido, nunca é demais lembrar que para aplicação de precedentes não é necessário que os casos sejam idênticos. Como bem observado os fatos podem ser diferentes, mas as razões jurídicas fundamentais podem ser as mesmas (*ratio decidendi*, *core*, *holding* ou essência jurídica da decisão)⁸⁶³.

A aplicação de decisões vinculantes com o intuito de acelerar a satisfação de direitos evidentes gera efetividade não apenas para o caso concreto que está sendo examinado, mas igualmente para o conjunto de demandas submetidas a apreciação do Poder Judiciário. A utilização dessas decisões racionaliza o julgamento de questões repetidas e já consolidadas, assegurando que o produto final acerca do entendimento de dada matéria seja preservado e aplicado a todos os cidadãos que usufruem do serviço judicial⁸⁶⁴.

⁸⁵⁹ PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Teoria geral dos casos repetitivos, 1 ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 35 e 36.

⁸⁶⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). Direito Jurisprudencial: volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 25.

⁸⁶¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). Direito Jurisprudencial: volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, P. 25.

⁸⁶² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016, p. 432.

⁸⁶³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 485.

⁸⁶⁴ CASTRO, Daniel Penteado de. Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e

A certeza e a previsibilidade não são mais asseguradas apenas pela lei, como se pensava antes. É o que explica Giuseppe Vettori, afirmando que se deve delimitar a atividade do intérprete e refletir sobre como se constrói a decisão em um sistema de vários níveis, que utiliza regras e princípios⁸⁶⁵. São, na verdade, os princípios que auxiliam na atribuição de sentido às regras. E isso passa, necessariamente, por uma atividade interpretativa e valorativa. Longe de continuar a ser visto como uma ciência lógico-formal, o direito atualmente tem profunda conexão com a realidade. Ele se projeta sobre a realidade dos casos concretos, razão pela qual não se admite – e nem mesmo se deseja – que uma norma possa ter sempre o mesmo sentido⁸⁶⁶.

7.3.2 Tutela da evidência: os fatos e o direito aplicável

A dúvida a respeito da procedência do pedido pode estar relacionada à situação de fato ou à regra legal aplicável. É bem verdade que são mais frequentes os questionamentos a respeito da existência dos fatos e sua apreciação judicial. Mas, não se descarta a possibilidade da ocorrência de divergências relevantes a respeito das próprias regras legais invocadas. Nessa hipótese, sugere-se que o juiz atue com grande prudência na aplicação de textos sobre os quais *o tempo ainda não pode completar sua obra de decantação*⁸⁶⁷. Em outras palavras, permite-se ao juiz dos procedimentos de tutela provisória que decida com base em lei cuja interpretação ainda é dúbia, mas exige-se, nesse caso, uma cautela redobrada.

Na França, o juiz de *référé*, como qualquer juiz, tem a atribuição de interpretar a lei diante do caso concreto, ainda que a mesma seja obscura ou incompleta⁸⁶⁸. Fazendo-se uma comparação com a vedação à interpretação de cláusulas contratuais (atribuição exclusiva do juiz *du fond*), diz-se que se na seara dos contratos existe tal proibição, no âmbito da lei, a interpretação é da competência de todo e qualquer juiz chamado a aplicá-la.

No Brasil, não há qualquer restrição à aplicação, em sede de tutela provisória, de um

perspectivas no novo Código de Processo Civil, Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 166.

⁸⁶⁵ VETTORI, Giuseppe. L'attuazione del principio di effettività. Chi e come. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno LXXII, n. 3, Milano: Giuffrè, Settembre 2018, p. 959.

⁸⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Ideias para um renovado direito processual. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (organizadores). Bases científicas para um renovado direito processual (2009). 2ª ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 143.

⁸⁶⁷ NORMAND, Jacques. Notion et objet de la contestation sérieuse, obstacle aux pouvoirs du juge des référés. In: Revue trimestrielle de droit civil, 1979, p. 654.

⁸⁶⁸ NORMAND, Jacques. Action en justice; juridiction; organisation judiciaire et compétence. In: Revue Trimestrielle de Droit Civil, année 1979, Paris: Editions Sirey, p. 656.

texto de lei cujo sentido ainda seja controvertido. Ao contrário do que ocorre na França, aqui o mesmo órgão judicial que atua na tutela provisória atua também na tutela definitiva. Não existe, portanto, limitação no caso de regra legal controvertida. A lei deve ser aplicada, ainda que sobre o seu conteúdo permaneçam questões polêmicas.

Aqui o problema, na verdade, é outro. Em nosso sistema, toda a ideia de tutela da evidência decorre da justa distribuição do tempo da espera processual, baseada naquilo que já foi possível comprovar. Há, portanto, uma nítida vinculação entre antecipação da tutela e ônus da prova sobre a alegação dos fatos. Disso resulta a estranheza em relação à hipótese do art. 311, II do Código de Processo Civil, isto é, antecipação da tutela baseada em decisões vinculantes. Tal situação, contudo, pode ser explicada pela doutrina ao considerar a presença de um elemento a mais para autorizar a antecipação: a existência de decisões vinculantes. É o que se expõe a seguir.

7.3.3 A evidência sobre fatos e um elemento a mais para autorizar a antecipação

A hipótese de tutela da evidência com base em decisões vinculantes (CPC. art. 311, II) não significa que eles, individualmente, autorizem a antecipação. Essa seria uma incoerência diante da concepção de que a probabilidade do direito incide sobre a alegação dos fatos e não sobre o direito.

Há aqui a necessidade de duas observações. A primeira delas é que tal situação, vista pelo legislador, também se refere à prova dos fatos⁸⁶⁹. Tanto é assim que a primeira parte do dispositivo se refere às alegações de fato que possam vir a ser comprovadas documentalmente. Isso significa que a evidência, prevista nesse dispositivo legal, também é aquela decorrente da realização de prova suficiente para o convencimento a respeito da procedência do pedido. Observe-se que prova documental nesse contexto deve ser entendida em seu sentido amplo, ou seja, qualquer prova pré-constituída, abrangendo também a prova documentada⁸⁷⁰. Não apenas o documento *stricto sensu*.

⁸⁶⁹ Nesse sentido, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam haver aqui dois pressupostos: um de fato e outro de direito. Vide DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/ Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, 11^a ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 2, p. 637.

⁸⁷⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 723. No mesmo sentido, vide WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória), v. 2, 16. ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 899.

Mas há algo a mais. E aí vem a segunda observação. Ela diz respeito à parte final da regra legal. A existência de *tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante* significa que não existe mais controvérsia judicial a respeito da interpretação legal. Ou seja, a tutela antecipada se justifica nesse caso não apenas porque as provas já são suficientes, mas, igualmente, porque a interpretação a respeito da lei é clara, não está mais sob o risco de decisões controvertidas.

O que se verifica, então, no art. 311, II do Código de Processo Civil de 2015 é um elemento a mais para favorecer a aplicação da tutela da evidência: a inexistência de controvérsia a respeito da interpretação da lei. Isso não significa que uma lei que admita variadas interpretações (como aliás ocorre com praticamente todos os dispositivos legais) não possa servir de substrato legal para a tutela da evidência. Como muito bem reconhece parte da doutrina francesa⁸⁷¹, o juiz da tutela provisória está tão vinculado à aplicação da lei como qualquer outro juiz. Significa, isso sim, que não havendo controvérsia sobre a aplicação de determinada regra legal, há um motivo a mais para a antecipação da satisfação dos direitos já comprovados documentalmente. Afinal, quando é possível perceber qual será a decisão final, em virtude da existência de precedentes sobre o tema, tal orientação deverá servir como baliza para as condutas futuras⁸⁷². Da mesma maneira, esse conhecimento prévio a respeito da interpretação da lei constitui um elemento complementar para autorizar a tutela da evidência.

Em outras palavras, o inciso II do art. 311 traduz a possibilidade da antecipação da tutela quando existir um certo consenso a respeito da interpretação da lei. Mas, a regra geral, no sentido de que a tutela da evidência favorece aquele que já se desincumbiu de seu ônus probatório, aplica-se aqui de igual forma.

Por outro lado, obviamente, para a concessão da tutela da evidência é preciso que o direito do autor já esteja suficiente comprovado e ainda exista requerimento de provas por parte do réu⁸⁷³. Caso contrário, deverá ser aplicado o julgamento antecipado do mérito. Esse é sempre preferível em relação à concessão da tutela provisória. Essa última só deve ser utilizada quando

⁸⁷¹ Nesse sentido, afirma Jacques Normand que como todo magistrado integrante da jurisdição, o juiz dos *référés* tem a vocação para interpretar a lei, por mais obscura e incompleta que seja ela. (NORMAND, J. Action en justice; jurisdiction; organisation judiciaire et compétence. In: Revue Trimestrielle de Droit Civil, année 1979, Paris: Editions Sirey, p. 656).

⁸⁷² SILVA, Ricardo Alexandre da. A nova dimensão da coisa julgada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 52.

⁸⁷³ Nesse sentido, Marinoni e Arenhart lembram muito bem que, se não houver outras provas, o caso será de julgamento antecipado do mérito e não de tutela da evidência. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 271).

ainda pender a exigência de instrução dilatória.

7.3.4 As hipóteses não são taxativas

Assim como nos demais casos, não se pode conceber que as situações descritas pelo legislador no art. 311, II do Código de Processo Civil constituam limitações taxativas à aplicação da regra.

A lógica que está no fundamento dessa técnica processual em todos os incisos do art. 311 é justamente a de um tratamento diferenciado para direitos já evidenciados. O que se verifica nessas situações, portanto, é uma outra forma de exigência de celeridade, diversa do *periculum in mora* e caracterizada pela necessidade de satisfazer o direito da parte que já se desincumbiu de seu ônus probatório.

Por idêntica razão, não se pode conceber o inciso II do art. 311 do Código de Processo Civil como um rol taxativo, o qual somente autorizaria a antecipação na hipótese de julgamentos de casos repetitivos ou súmulas vinculantes. Tal raciocínio, aliás, não sobreviveria sequer à uma análise sistêmica do Código. Por que razão, por exemplo, a decisão em incidente de assunção de competência autorizaria a improcedência liminar (art. 332, III do CPC) mas não a tutela da evidência?

Na verdade, todos os incisos do art. 311 e todas as hipóteses do inciso II referem-se a situações de uma defesa frágil, inconsistente. A propósito, a ideia de súmula vinculante e de decisão tomada em casos repetitivos representam meros exemplos do entendimento das Cortes Supremas, o que está contido em decisões vinculantes⁸⁷⁴. Daí porque todas as hipóteses descritas no art. 927 do Código de Processo Civil podem autorizar a concessão da tutela da evidência⁸⁷⁵.

O que caracteriza a inconsistência dos argumentos do réu (hipótese geral) não é especificamente a decisão proferida em julgamentos repetitivos ou nas súmulas vinculantes, mas sim aquilo que já foi decidido em decisões vinculantes ou em precedentes das Cortes Superiores, quaisquer que sejam eles⁸⁷⁶. Em outras palavras, a força vinculante não está

⁸⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 271.

⁸⁷⁵ Esse também é o entendimento de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. Vide. DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/ Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, 11ª ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 2, p. 638.

⁸⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. (2017) 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 334 e 335. No mesmo sentido vide MITIDIERO, Daniel. Os precedentes

obviamente no invólucro processual em que fora proferida a decisão, mas na decisão em si mesma. Daí porque o legislador não poderia escolher esse ou aquele instituto jurídico, deixando de lado todos os outros que também encerram decisões vinculantes. O legislador, como já se reconheceu, *poderia ter sido mais incisivo na abrangência do dispositivo, considerando também as súmulas persuasivas e a jurisprudência dominante*⁸⁷⁷.

Este é, certamente, o motivo pelo qual o Enunciado nº 48 do Conselho da Justiça Federal amplia a possibilidade de concessão da tutela da evidência para além das hipóteses expressas no dispositivo: *É admissível a tutela provisória da evidência, prevista no art. 311, II, do CPC, também em casos de tese firmada em repercussão geral ou em súmulas dos tribunais superiores*. De igual forma, o Enunciado nº 30 da Enfam – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados: *É possível a concessão da tutela da evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com 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*. Com efeito, quaisquer das hipóteses do art. 927 do Código pode servir de base para a concessão da tutela da evidência. Há, portanto, o cabimento dessa forma de antecipação diante de *todos os referenciais decisórios ('os indexadores jurisprudenciais') dos incisos do art. 927*⁸⁷⁸.

7.3.5 A não aplicação de decisões vinculantes exige fundamentação

No sistema do Código de Processo Civil de 2015, o respeito às decisões vinculantes é tão valorizado que se considera não fundamentada (e conseqüentemente nula) a decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção ou superação (CPC, art. 489, § 1º, VI).

Saliente-se que a força obrigatória dessas decisões reside, em parte, nesse dispositivo relativo à fundamentação das decisões judiciais (art. 489, § 1º, incisos V e VI). Daí porque, estando provados os fatos, a tutela da evidência, baseada no art. 311, II do Código de Processo Civil somente poderá deixar de ser concedida caso o juiz justifique haver alguma razão de

judiciais e o art. 927 do CPC – um rol taxativo? In: Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito, São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 804.

⁸⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil, volume único, 9.ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2017, p. 561. No mesmo sentido, AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC, 2.ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 413.

⁸⁷⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 723.

distinção entre o caso concreto e o paradigma invocado, ou ainda, algum motivo para superação do precedente. Entende-se, assim, que para conceder ou negar a tutela do art. 311, II devem ser observadas as regras do art. 489, § 1º, V e VI do Código⁸⁷⁹.

Não haveria qualquer sentido no estabelecimento de decisões vinculantes caso o Poder Judiciário pudesse deixar de segui-los, no âmbito da tutela definitiva ou provisória. A força vinculante dessas decisões espalha-se para a aplicação da técnica da antecipação sem urgência.

7.4 A TUTELA DA EVIDÊNCIA EM CASO DE CONTRATO DE DEPÓSITO (ART. 311, III DO CPC/2015)

O legislador do Código de Processo Civil de 2015 alterou o tratamento legal dado à ação de depósito, a qual era prevista mediante um procedimento especial no sistema anterior (CPC/73, art. 901). Atualmente não mais existe tal procedimento específico, estando a matéria disciplinada pelo procedimento comum. Em compensação, a nova lei processual estabeleceu a possibilidade de tutela da evidência para aquele que comprovar a existência de contrato de depósito. A previsão está no inciso III ao art. 311 e tem por objetivo assegurar uma resposta jurisdicional célere àquele que pretende a restituição de coisa depositada em poder de outrem.

A alteração foi positiva, pois a eficácia do procedimento especial já havia ficado comprometida em virtude da Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal⁸⁸⁰ que concluíra pela ilicitude da prisão civil do depositário infiel. Tal orientação havia esvaziado a eficácia da medida para quem exigia uma obrigação de entrega.

7.4.1 Forma típica de tutela da evidência

Ao prever a possibilidade de antecipação de tutela para o pedido reipersecutório nos casos de contrato de depósito (art. 311, III), o Código, na verdade, apresenta uma forma típica de tutela da evidência. Observe-se que, ao contrário dos demais incisos desse dispositivo, a previsão aqui não é genérica, nem tampouco baseada em conceitos jurídicos indeterminados. Para essa situação, o legislador estabeleceu requisitos específicos a autorizar a tutela antecipada. São eles: um contrato de depósito (portanto, com características definidas – CC. Art. 627) e a

⁸⁷⁹ GODINHO, Robson Renault. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord.) Comentários ao novo Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 489.

⁸⁸⁰ Súmula 25 do STF: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

existência de prova documental suficiente e correlata.

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.

Aquele que detém prova escrita do contrato de depósito tem a possibilidade, inclusive, de obter a concessão liminar da tutela da evidência. Verifica-se nessa situação uma evidência *a priori*, fixada pelo próprio legislador em virtude da natureza da relação de direito material.

Tal liminar está autorizada justamente em virtude da peculiaridade do direito material, a qual leva a uma antevisão da evidência pelo legislador. Basta aqui a prova escrita do depósito e da não restituição do bem, ou seja, da mora.

Ainda que o legislador não tenha previsto expressamente a necessidade de demonstração da recusa em devolver o bem, essa sempre foi a orientação do Superior Tribunal de Justiça, como bem destacado por Bruno Bodart⁸⁸¹. Outros autores igualmente sustentam a necessidade de demonstração da mora⁸⁸². Essa também é a orientação da Enfam - Escola Nacional de Formação de Magistrados, a qual emitiu o Enunciado nº 29, com o seguinte teor: *Para a concessão da tutela de 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.*

A prova do depósito voluntário (CC. art. 646) e do depósito necessário (CC. art. 647, I) deve ser escrita, ao passo que a prova do depósito em caso de calamidade (CC. art. 647, II) é feita por qualquer meio legal (CC. art. 648)⁸⁸³. Saliente-se que o próprio Código de Processo

⁸⁸¹ BODART, Bruno da Rós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC, 2ª ed, rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 130.

⁸⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência, 2ª ed, rev., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 336. No mesmo sentido DIDIER JUNIOR, Fredie, Curso de direito processual: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, 11ª ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 640. Idem, BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil, 9ª ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 724.

⁸⁸³ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro, 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2017, p. 174.

Civil excepciona a exigência de prova escrita nos casos em que o credor não puder obtê-la, tal como no depósito necessário ou de hospedagem em hotel (CPC, art. 445). Logo, é possível requerer a realização de uma audiência de justificação prévia, para a produção de prova testemunhal, a fim de viabilizar a tutela da evidência⁸⁸⁴.

Havendo esses dois elementos (prova do depósito e mora), haverá um direito evidente à entrega do bem e a consequente possibilidade de antecipação da tutela final. Por fim, não é demais recordar que só é cabível a tutela provisória quando houver necessidade de continuidade da instrução. Caso o réu não requeira nenhuma outra prova, o caso será de julgamento antecipado e não de tutela da evidência.

7.4.2 Cominação de multa

Em relação à hipótese típica de tutela da evidência nos casos de contrato de depósito, o legislador não apenas previu a concessão de ordem judicial para a entrega do objeto custodiado, como também estabeleceu expressamente a possibilidade de cominação de multa.

Isso obviamente não afasta a possibilidade de o magistrado determinar todas as medidas que entender adequadas para a efetivação da tutela provisória⁸⁸⁵, conforme preveem os arts. 297 e 139, IV do Código de Processo Civil. Por outro lado, a previsão expressa da multa indica que inicialmente esta deve ser a medida coercitiva adotada, para efeito de cumprimento da ordem judicial.

Vale destacar que a lei não se refere à multa diária, podendo então o magistrado determinar a periodicidade de multa que julgar mais adequada ao caso concreto. O regime jurídico nesse caso será o do art. 537 do Código de Processo Civil⁸⁸⁶.

7.5 PROVA DOCUMENTAL E TUTELA DA EVIDÊNCIA (ART. 311, IV DO CPC/2015)

A antecipação da tutela também pode decorrer da existência de prova documental

⁸⁸⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC, 2.ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 414.

⁸⁸⁵ GODINHO, Robson Renault. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord.) Comentários ao novo Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 489. No mesmo sentido, DIDIER JUNIOR, Fredie, Curso de direito processual: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, 11ª ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 641.

⁸⁸⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil, 9ª ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 724.

quanto ao fato constitutivo do direito do autor, aliada à fragilidade da defesa do réu. Nesse aspecto, o legislador procurou assegurar uma alternativa de resposta jurisdicional célere àquelas situações em que o autor já se desincumbiu de seu ônus probatório, mas o réu ainda insiste na produção de provas.

Há muitos anos, ao tratar da admissão das provas, Francesco Carnelutti já afirmava não existir nenhum outro instituto que influenciasse tanto na duração do processo. Justamente por isso, diante das duas exigências de justiça e economia, representadas pelo *far bene e far presto*, incorria em equívoco quem pensava apenas na primeira, sem considerar a segunda. Não era melhor ter muito do que ter muito pouco (*averne troppo che troppo poche*). Segundo ele, era necessário, na verdade, olhar para o reverso da medalha, pois a justiça que chega muito tarde é, frequentemente, uma justiça vã⁸⁸⁷.

Focando na antecipação de tutela com base na comparação entre as provas produzidas pelas partes, o art. 311, inciso IV do Código de Processo Civil de 2015 estabelece a possibilidade da concessão da tutela da evidência. Flavio Yarshell e Helena Abdo destacam que a palavra *evidence* na língua inglesa significa *prova*, o que demonstra a ligação entre esse requisito (prova documental) e a previsão da tutela da evidência⁸⁸⁸. Contudo, é sempre importante lembrar que a tutela da evidência guarda relação com a fragilidade da defesa e não apenas com a prova. Ou seja, não basta haver prova. É necessário que as alegações do réu sejam inconsistentes.

7.5.1 Prova documental e documentada

Contudo, a questão que se coloca é qual o verdadeiro alcance da expressão *prova documental* para o fim de autorizar essa forma de antecipação.

Tecnicamente, o documento é um objeto que representa um fato, daí porque só haverá prova documental plena quando existir uma representação direta entre esse e o fato constitutivo que se pretende demonstrar em juízo⁸⁸⁹. É preciso, portanto, uma coincidência entre o fato representado pelo documento e aquele que se pretende comprovar.

⁸⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. Sistema del diritto processuale civile, vol. III, procedimento di cognizione, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Millani, 1939, p. 198.

⁸⁸⁸ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) et. al. Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 455.

⁸⁸⁹ SCARSELLI, Giuliano. La condanna con riserva, Milano: Giuffrè Editore, 1989, p. 411.

Completamente diversa é a situação em que a prova é documentada, ou seja, a representação entre ela e o fato não se dá de forma direta, mas de modo indireto. É o que ocorre, por exemplo, nos depoimentos testemunhais e nos laudos periciais. Neles, a demonstração do fato se dar por interposta pessoa, ou seja, indiretamente.

Partindo-se da premissa de que em ambas as situações surge a probabilidade preponderante do direito do autor, o dispositivo que prevê a tutela da evidência com base em prova documental (art. 311, II, III e IV do Código de Processo Civil) não deve ser interpretado a partir da noção técnica e restritiva dessa forma de prova. Ou seja, além da prova documental *stricto sensu*, deve se admitir também a demonstração dos fatos alegados pelo autor por meio de prova documentada. Prova documental nesse contexto deve ser entendida em seu sentido amplo, ou seja, qualquer prova pré-constituída, abrangendo também a prova documentada⁸⁹⁰. Tal concepção amplia de forma significativa a aplicação da tutela da evidência e se mostra mais adequada à ideia de uma distribuição mais equânime do ônus do tempo no processo. Nesse sentido também entende Eduardo Arruda Alvim, o qual observa que basta o instrumento escrito (ainda que em formato digital) da prova produzida antecipadamente (CPC, art. 381) ou da prova emprestada⁸⁹¹. De igual forma, Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro admitem que o autor possa se valer de prova emprestada (ou seja, aquela produzida em outro processo sob o crivo do contraditório) para demonstrar documentalmente o fato constitutivo de seu direito⁸⁹².

Realmente, não se pode compreender a previsão do art. 311, incisos II, III e IV do Código de Processo Civil como uma hipótese de antecipação limitada à prova documental *stricto sensu*, ou seja, a existência de um documento. Como já se expôs, a lógica da tutela da evidência impede um raciocínio de taxatividade igualmente nesse caso. Mas, há uma razão lógica para demonstrar o equívoco de quem pensa de forma diversa. Como bem destacam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, não fosse assim, isto é, se a prova dos fatos constitutivos tivesse que ser sempre um documento, *não haveria motivo para cogitar de prova*

⁸⁹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 723. No mesmo sentido, DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/ Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, 11^a ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 2, p. 641.

⁸⁹¹ ARRUDA ALVIM, Eduardo. Tutela provisória, 2^a ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 331.

⁸⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Pau: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 525.

(in)capaz de gerar dúvida razoável sobre os fatos constitutivos. A única alternativa seria invocar a falsidade do documento⁸⁹³. Logo, os fatos constitutivos também poderão, à luz da legislação, ser demonstrados mediante prova pericial ou testemunhal documentada.

7.5.2 Produção antecipada da prova

Interessante ainda a hipótese da concessão da tutela da evidência com base em prova produzida anteriormente ao ajuizamento da ação, mediante um procedimento de produção antecipada. A esse respeito, Flávio Luiz Yarshell, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, sustentava a possibilidade da aplicação da técnica da antecipação da tutela diante da *contundência da prova produzida antecipadamente*⁸⁹⁴.

De fato, se a lógica da tutela da evidência é permitir a antecipação em favor da parte que já comprovou suas alegações, não há qualquer razão para restringi-la à prova produzida no curso da demanda. O autor que apresentar uma prova já realizada anteriormente e sob o crivo do contraditório deverá ter, naturalmente, a possibilidade de antecipação da tutela.

Importante destacar que por mais que a prova apresentada já tenha sido produzida em observância ao contraditório, faz-se necessário assegurar uma nova oportunidade de defesa para o réu, diante agora da possibilidade da antecipação. Isso porque, apesar da prova pré-constituída já ser de conhecimento da parte contrária, é possível que o réu tenha outra prova ou alegação para opor em relação a ela. Logo, o respeito ao contraditório deverá ser sempre observado.

Há um interessante exemplo a respeito da tutela da evidência baseada em prova documentada, o qual enfrentou também a questão do contraditório prévio. Em uma demanda de natureza previdenciária, o Tribunal de Justiça do Paraná concedeu a tutela da evidência (CPC, art. 311, IV) baseando-se no termo de audiência de outro processo, no qual as filhas do *de cujus* haviam reconhecido a existência de união estável *post-mortem*⁸⁹⁵.

⁸⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 256.

⁸⁹⁴ Dizia ele: “Mais ainda: diante da contundência da prova produzida antecipadamente, sempre será possível adequar a distribuição do ônus do tempo do processo (cujo objeto é a declaração do direito) mediante a técnica da antecipação da tutela. Assim, se a prova preliminar é “inequívoca” em favor de uma das partes, embora persista eventual resistência da outra, o sistema dispõe de mecanismo para neutralizar esse tipo de conduta sem que, para tanto, seja preciso correr o risco de julgar prematuramente e, da mesma forma, de dar à decisão uma imutabilidade não compatível com o grau de participação das partes.”(YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 362).

⁸⁹⁵ TJPR, 7ª Câmara Cível, Autos nº 0013583-07.2018.8.16.0000, Rel. Desª Joeci Machado Camargo, j. 02.10.2018.

Nesse caso, as manifestações das partes em audiência, reproduzidas no referido termo, foram consideradas prova suficiente dos fatos constitutivos do direito da autora, ainda que produzidas sem a participação do órgão previdenciário. Conclui-se então ter restado suficientemente demonstrada a existência da união estável e a morte do companheiro. Observe-se que no que diz respeito ao exercício do contraditório, concluiu acertadamente o Tribunal que a manifestação do Paraná Previdência no âmbito do requerimento administrativo, aliado à apresentação de contrarrazões recursais, seria suficiente para assegurar o respeito à garantia constitucional.

7.5.3 O *standard* de prova é a prevalência mínima

O art. 311, IV do Código de Processo Civil prevê que a prova apta a autorizar a tutela da evidência é aquela suficiente para a demonstração dos fatos constitutivos do direito do autor, a que *o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável*. Daí a natural indagação sobre qual seria o *standard* dessa prova. Teria optado o legislador pela exigência de uma prova com um grau de exigência maior, consoante a orientação de *beyond any reasonable doubt*? A resposta é evidentemente negativa. Tal raciocínio, além de não encontrar fundamento em nosso sistema probatório civil, acabaria por trazer uma exigência demasiadamente grande.

Os critérios de valoração da prova nos sistemas civil e penal são diversos. Como bem demonstra Patti, para efeito de responsabilidade civil, é suficiente a *preponderanza dell'evidenza*⁸⁹⁶, devendo se adotar o critério do *più probabile che non*⁸⁹⁷. Isso significa que basta a prevalência mínima ou um grau imediatamente superior à metade. Essa teoria de origem sueca propõe que, nos casos em que a lei não exija um determinado grau de prova, o juiz deve decidir com base em uma *prevalenza di probabilità*, isto é, a partir de uma verossimilhança preponderante. Logo, considerar-se-á provado um fato se houver uma probabilidade de pelo menos 51%.

Essa teoria pode ser aplicada à tutela da evidência prevista no art. 311, inciso IV do Código de Processo Civil, a fim de se avaliar qual será a verossimilhança preponderante. Segundo o raciocínio de Patti, um grau de verossimilhança baixo não permite a concessão da

⁸⁹⁶ PATTI, Salvatore. Le prove. Trattato di Diritto Privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, parte generale, Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 230.

⁸⁹⁷ PATTI, Salvatore. Le prove. Trattato di Diritto Privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, parte generale, Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 232.

tutela, ao passo que um grau de verossimilhança alto não autoriza o juiz a negá-la⁸⁹⁸. Essa é a reformulação que o autor propõe em relação ao livre convencimento judicial. Observe-se que sua utilização, em relação à equiparação das provas produzidas pelo autor e pelo réu, é extremamente vantajosa pois tem o condão de favorecer a aplicação da tutela da evidência.

Há, todavia, quem entenda que essa hipótese de tutela da evidência faz imperar um subjetivismo interpretativo, podendo tornar a medida temerária e, com isso, causar a violação da garantia constitucional do contraditório e ampla defesa⁸⁹⁹. A crítica é respeitável e merece toda a consideração. Contudo, parece que aqui o risco para o réu é o mesmo daquele enfrentado nas demais hipóteses da tutela da evidência. Afinal, e se a defesa, inicialmente considerada abusiva, assim não for considerada ao término da demanda? E se a prova documental, aparentemente suficiente para a demonstração do direito do autor, mostrar-se equivocada diante de uma outra prova produzida posteriormente pelo réu?

Em suma, tutela da evidência constitui uma espécie de tutela provisória e, portanto, sempre encerrará riscos. Não há como fugir dessa realidade. Mas isso não significa que uma pequena margem de erros judiciais seja capaz de impedir a antecipação e justificar o atraso na prestação jurisdicional de centenas ou milhares de litigantes.

Como exposto em tópico específico, o juiz deve decidir com base no que normalmente acontece, e não em tudo aquilo que pode vir a acontecer. Essa foi a grande lição de Chiovenda para explicar o cabimento da execução provisória na Itália⁹⁰⁰: o pequeno número de decisões que eram posteriormente reformadas pela Corte de Cassação⁹⁰¹.

⁸⁹⁸ “Il principio della libertà del convencimento potrebbe essere riformulato nel modo seguente: il giudice deve verificare se la verosimiglianza sia tale da permettere di ritenere provato il fatto. La libertà del giudice si ravvisa nel segmento ideale tra ciò che è sufficiente per *potere* ritenere provato un fatto e ciò che è sufficiente per *dovere* ritenere provato un fatto. Gradi di verosimiglianza “bassi” non sono quindi sufficienti per il convencimento; gradi di verosimiglianza “alti”, al contrario, non consentono al giudice di negarlo. Soltanto rispettando tali confini potrebbe ancora correttamente ammettersi un “libero convencimento” del giudice”. (PATTI, Salvatore. *Le prove. Trattato di Diritto Privato*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, parte generale, Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 231).

⁸⁹⁹ Nesse sentido, sustenta Daniel Penteadó de Castro: “Ademais, também impera o subjetivismo na constatação da conduta do réu ‘*não opor prova inequívoca*’ ou deixar de opor *prova capaz de gerar dúvida razoável* (versões do Senado e do NCPC, respectivamente), cuja margem de indefinição a diversas interpretações pode tornar a medida temerária, além de violadora da garantia constitucional do princípio do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF). Afinal, se a antecipação, nessa situação, prescinde da urgência, por qual razão retirar antecipadamente o bem da vida da parte, com base no subjetivismo interpretativo que se extrai da leitura de seus requisitos?”(CASTRO, Daniel Penteadó de. *Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil*, Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 259).

⁹⁰⁰ Ao tempo em que a eficácia das decisões dependia do trânsito em julgado.

⁹⁰¹ Embora objeto de tópico específico, tal passagem da obra de Chiovenda é aqui também transcrita, por sua importância para a justificação do raciocínio desenvolvido: “Ma chi intende il processo come un organismo di attuazione *del diritto oggettivo* e l’azione come un diritto autonomo, comprende più facilmente che il processo, nell’interesse generale, si comporti talvolta secondo ciò che *generalmente accade* anzichè secondo

O raciocínio se aplica perfeitamente ao nosso sistema para autorizar a tutela da evidência. Desse modo, uma vez demonstrado o fato constitutivo do direito do autor e sendo frágil a alegação feita pelo réu (destituída de prova ou com uma prova inconsistente), a antecipação da tutela deve ser concedida. Isso permite uma maior celeridade na satisfação do provável direito do autor, baseando-se a tutela jurisdicional antecipada na maior probabilidade de procedência do que de improcedência.

Exemplo significativo da antecipação de tutela com base na prova documental, aliada à fragilidade da defesa do réu, está em um comentado julgamento da Corte de Cassação francesa.

Em 11 de março de 2014, no *pourvoi n° 13-13304*, o tribunal analisou o recurso de Mme X e a decisão que a havia compelido a deixar de fazer qualquer menção em anúncios escritos ou eletrônicos, a respeito de atividades de taxi na cidade de Carcassone, bem como a pagar indenização de 3.000 euros aos autores. O pedido fora formulado pela Associação Allo Carcassone Taxi e por quinze motoristas associados.

A medida antecipatória fora imposta em um procedimento de *référé-provision* e decorreria do fato de que a requerida havia realizado publicidade, apresentando sua empresa de taxi como baseada em Carcassone quando, em realidade, não possuía a respectiva licença. Mediante a prova documental, conclui-se então ter havido concorrência desleal e prejuízo às pessoas físicas requerentes.

Contudo, a requerida interpôs recurso ao Tribunal de Cassação sob a alegação de que estes não teriam demonstrado o suposto prejuízo, existindo, portanto, controvérsia a respeito do valor do dano. Sustentou que, sendo o montante controvertido, não se poderia conceder em tutela sumária uma *provision*, sob pena de violação ao art. 809 do Code de Procédure Civile. Ou seja, a defesa era absolutamente frágil e inconsistente.

A Corte de Cassação, como era de se esperar, rejeitou o recurso. Sua conclusão foi que a existência da *contestaçãõ não séria* autorizava a concessão de uma *provision*. Fixou, então, o entendimento de que o pagamento em dinheiro poderia ser antecipado, mesmo que o

quello che efetivamente *può accadere* nel caso concreto. È lo Stato che, in considerazione dell'autorità del giudice d'appello e della rarità (in via relativa, cioè di percentuale) delle riforme della sua sentenza, si determina a porre le mani sui beni del convenuto condannato in appello, sebbene no si sappia se sia veramente debitore, e ciò perchè *normalmente*, il convenuto condannato in appello é veramente debitore, ed è utile, nell'interesse generale del commercio giuridico, considerarlo *sempre* come tale. Ma questo è um diritto dello Stato (come, in altro campo, è un diritto dello Stato la detenzione preventiva dell'imputato): a questo diritto dello Stato corrisponde nel privato una mera azione". (CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile (1935), vol. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 215).

montante da obrigação ainda estivesse sujeito à controvérsia⁹⁰².

Ao comentar a referida decisão, Roger Perrot destaca que o procedimento do *référé-provision* nunca cessa de introduzir novidades no sistema francês. E esclarece que de acordo com esse julgado, independentemente da ausência de demonstração do valor do prejuízo, a obrigação que constituía a base da pretensão dos autores não era seriamente contestável⁹⁰³. A fragilidade da defesa constituía, assim, por si só, motivo suficientemente forte para autorizar a concessão da tutela provisória.

Tal decisão é emblemática porque demonstra o repúdio, no sistema francês, das defesas inconsistentes ou abusivas. Lá, havendo a evidência da obrigação, justifica-se plenamente a antecipação da satisfação da pretensão do autor.

No Brasil, a tutela da evidência também tem a potencialidade de gerar essa inversão da espera pelo término do procedimento. Se o autor já se desincumbiu satisfatoriamente de seu ônus probatório e se a contestação é inconsistente, realmente não há motivo para não se conceder a tutela provisória. Nesse sentido, o art. 311, IV do Código de Processo Civil constitui um caminho para a antecipação genérica e dissociada da urgência.

7.5.4 Conceito jurídico indeterminado: prova que não gere dúvida razoável

Há quem critique o dispositivo justamente pelo fato dele não se basear em nenhuma norma de direito material que autorize o tratamento diferenciado⁹⁰⁴. Observe-se, contudo, que

⁹⁰² Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 11 mars 2014, 13-13.304, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028734043>. Acesso em 16.02.2019.

⁹⁰³ “Le référé-provision n’est jamais avare de nouveautés. Une association comprenant quinze personnes physiques demandait en référé le versement d’une provision à raison d’un préjudice subi. L’existence d’une obligation n’était pas sérieusement contestable, mais les membres de cette association n’avaient produit aucun document comptable permettant d’évaluer l’importance du dommage subi qui restait encore sujet à controverse.

L’arrêt d’appel statuant en référé décida néanmoins d’allouer une provision au motif que, de toute manière, l’obligation dont se réclamaient les demandeurs n’était pas sérieusement contestable. Sur une telle question de principe, un pourvoi en cassation était inévitable. Et finalement l’arrêt commenté de la chambre commerciale du 11 mars 2014 a décidé que si le principe même de l’obligation n’était pas sérieusement contestable, une provision pouvait être allouée, alors même que le montant de l’obligation était encore sujet à controverse”. (PERROT, Roger. Référé-provision. Obligation contestable. *Revue Procédures*, n° 05, Mai 2014, comm. 137).

⁹⁰⁴ Nesse sentido, afirma Daniel Penteado de Castro: “Por fim, também improspira qualquer interpretação que entenda que o art. 311, IV se aplica a situações em que, além do autor provar documentalmente o fato constitutivo de seu direito, a contestação do réu é limitada a meras alegações (quicá para que o fato impeditivo, modificativo ou extintivo seja comprovado em instrução processual). Não obstante essa premissa se pautar em mera especulação interpretativa (porquanto a literal redação do art. 311, IV, do NCPC não permite a amplitude de tamanha leitura), não há norma de direito material que torne, no campo obrigacional, v.g., uma dívida mais exigível pelo simples fato do devedor pretender corroborar sua defesa

essa é precisamente a vantagem da previsão legal: a possibilidade ampla de antecipação da tutela sempre que houver necessidade de continuidade da instrução e a prova já produzida pelo autor for prevalente em relação à prova apresentada pelo réu. Aqui, a autorização da tutela antecipada decorre da própria lei processual e não de nenhuma situação específica de direito material. Tal generalização, longe de ser um problema, constitui um benefício para o sistema que busca tratamento isonômico para todos.

Ao estabelecer a possibilidade de antecipação da tutela para o autor sempre que o réu não oponha *prova capaz de gerar dúvida razoável*, o dispositivo se vale de um conceito jurídico indeterminado. Afinal, o que é uma prova que não gere dúvida razoável?

A resposta parece simples quando se examina a tutela da evidência em outros sistemas e as soluções que vem sendo lá adotadas. Parece que o legislador não foi suficientemente técnico ao descrever a hipótese do art. 311, IV do CPC de 2015, mas resta óbvio que ele quis se referir à fragilidade da alegação do réu diante da comparação entre as provas produzidas por ambas as partes. O dispositivo trata, portanto, da avaliação feita pelo juiz quanto à força probante da documentação do autor, a fim de verificar se ela foi *anulada ou reduzida pela contraprova do adversário*⁹⁰⁵. Algo semelhante à ideia de *contestação não séria* do sistema francês.

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*⁹⁰⁶. 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. Judith Martins-Costa destaca a importância da técnica

em instrução processual". (CASTRO, Daniel Penteado de. *Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil*, Salvador: JusPodivm, 2017, p. 243).

⁹⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*, vol. I, 57^a ed, rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 697.

⁹⁰⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Tutela de evidência no projeto do novo CPC – uma análise dos seus pressupostos*. In: ROSSI, Fernando [et al] (Coord.) *O Futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 175.

legislativa que utiliza o método de cláusulas gerais, ao invés do método casuístico. Afirma ainda que uma certa dose de elasticidade ou flexibilidade é desejável. Nessa forma de legislar criam-se *válvulas de abertura* do sistema⁹⁰⁷, o que é claramente positivo. Evita-se a aplicação casuística da norma e o privilégio a apenas grupos de pessoas ou interesses. A aplicação genérica e não taxativa surge então como uma decorrência natural dos conceitos jurídicos indeterminados, propiciando uma democratização e ampliação na utilização da tutela da evidência.

Assim sendo, a tutela da evidência poderá ser utilizada sempre que houver probabilidade do direito do autor e inconsistência nas alegações do réu, após análise de provas e necessidade de continuidade da instrução.

7.6 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA?

Como já exposto, a estabilização da tutela da evidência na França, mediante o procedimento do *référé-provision*, é bastante comum e motivo de vasto reconhecimento. A doutrina, inclusive, enaltece sua autonomia⁹⁰⁸. E com razão. Ela possui o condão de evitar, em inúmeros casos, o ajuizamento de uma ação principal, poupando assim o sistema da necessidade de se provocar a chamada jurisdição *du fond*.

Na Itália, é importante destacar a reforma de 2005, com a consequente estabilização e autonomia das tutelas antecipatórias. Com efeito, a Lei nº 80/2005, ao dar nova redação ao art. 669^{octies}, excluiu dos provimentos antecipatórios urgentes a previsão do art. 669^{novies} quanto à perda de eficácia na hipótese de não ajuizamento da ação principal no prazo de 60 dias⁹⁰⁹. Com isso assegurou a continuidade da eficácia da medida antecipatória. Isso sem falar nos procedimentos de tutela sumária sem urgência, previstos nos arts. 186^{bis}, 186^{ter} e 186^{quater} do CPC italiano, os quais também conservam sua eficácia no caso de extinção do processo.

Normalmente, a prolação de decisões judiciais diz respeito à cognição exauriente e à formação de coisa julgada material. Reconhece-se na Itália que essas duas coisas podem

⁹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação (1999). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 195.

⁹⁰⁸ Por todos, STRICKLER, Yves. Le juge des référés, juge du provisoire. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2010, p. 262.

⁹⁰⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 173.

coincidir e sobrepor-se, mas que isso não precisa necessariamente ocorrer⁹¹⁰. Lá, a parte que requer a tutela jurisdicional pode simplesmente dispensar a estabilidade da coisa julgada, satisfazendo-se apenas com uma ordem judicial imediatamente eficaz.

No Brasil, o legislador de 2015 lamentavelmente não previu a possibilidade de estabilização da tutela da evidência⁹¹¹, pois o art. 304 do Código de Processo Civil limitou tal fenômeno à tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, ou seja, nos casos de urgência e pedido antecedente⁹¹².

O que se verifica nessa omissão legislativa⁹¹³ não é, verdadeiramente, um silêncio eloquente e sim uma mera decorrência prática. Explicando melhor: a ausência de previsão legal não advém de uma impossibilidade técnica de estabilização da tutela da evidência, mas de uma questão meramente procedimental. Com efeito, como todo o procedimento tendente à estabilização parte do pressuposto de uma medida antecipatória requerida em caráter antecedente ou em outro juízo, ele não se aplica à tutela da evidência. E isso porque esta é, nos termos do art. 311 do Código de Processo Civil, requerida no próprio juízo competente para conhecer do pedido principal e juntamente com ele, nunca de forma anterior.

Reconhece-se, assim, que a tutela da evidência no sistema atual não tem caráter autônomo e não pode sofrer os efeitos da estabilização⁹¹⁴. Há, contudo, respeitáveis

⁹¹⁰ TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisorii senza accertamento*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 229.

⁹¹¹ Heitor Sica esclarece que da literalidade do dispositivo se extrai que a estabilização não se aplicaria à tutela provisória da evidência. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada 'estabilização da tutela antecipada'*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Processo em jornadas/coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 419.

⁹¹² A propósito da exclusão das medidas incidentais e da tutela da evidência do fenômeno da estabilização, vide TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo civil brasileiro*. In: *Revista de Processo*, vol. 209, Jul/2012, p. 13-34.

⁹¹³ Na verdade, não houve consenso durante o processo legislativo do Código de 2015 a respeito da possibilidade de estabilização da tutela concedida de forma incidental. Daí porque só há essa previsão para a tutela de urgência, concedida em caráter antecedente.

⁹¹⁴ MITIDIERO, Daniel. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.); DIDIER JR, Fredie (coord.); TALAMINI, Eduardo (coord.); DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 2 ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 832. No mesmo sentido, ou seja, reconhecendo a impossibilidade da estabilização, mas criticando essa opção legislativa, vide Aluisio Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva: "Seu cabimento está previsto no art. 311 do novo Código de Processo Civil, sem a previsão expressa de sua estabilização, embora não se encontrem razões lógicas para a sua exclusão, considerando a natureza antecipatória". (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973*. *Revista de Processo*, vol. 257, Jul/2016, p. 153-178).

entendimentos diversos, tanto no que diz respeito à possibilidade do caráter antecedente⁹¹⁵, quanto da estabilização⁹¹⁶. De qualquer forma, a linha adotada por esse trabalho reconhece a impossibilidade da estabilização de acordo com a previsão legal atual⁹¹⁷. Mas isso não significa que, de *lege ferenda*, não seja possível criar essa forma de estabilidade, mediante a autorização para que a parte renuncie à continuidade do processo e à consequente formação de coisa julgada material. A alteração teria que ocorrer na própria lei, uma vez que a regra geral consiste na prolação de decisão voltada à formação de coisa julgada. O fenômeno da estabilização das decisões provisórias constitui, portanto, uma exceção à regra geral⁹¹⁸. Wambier e Talamini sustentam ainda ser possível, sem mudança legislativa, a celebração de negócio processual que preveja a estabilização da tutela da evidência⁹¹⁹. A questão dos limites dos negócios processuais ainda é bastante polêmica na doutrina nacional e não é objeto do presente trabalho. Mas vale destacar que tal raciocínio implicaria admitir a possibilidade das próprias partes abrirem mão da formação da coisa julgada, mesmo sem previsão legal específica. Não é essa a opção doutrinária aqui adotada, em que pese o respeito pela posição mencionada.

De qualquer forma, a lei pode permitir que as partes dispensem a cognição exauriente,

⁹¹⁵ Daniel Amorim Neves entende ser possível ao intérprete propugnar pela aplicação por analogia do procedimento previsto para o pedido antecedente de tutela antecipada. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 219).

⁹¹⁶ “Também não há porque negar a viabilidade de a tutela da evidência ser requerida *antecedentemente*, 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, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. vol. I: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 721). No mesmo sentido é o Enunciado nº 16 da Carta de Tiradentes: É cabível tutela da evidência antecedente nas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 311 e no parágrafo único, inciso II, do art. 9º do Novo CPC, aplicando-se quanto ao procedimento, o disposto no art. 303 do Novo CPC, no que for compatível”.

⁹¹⁷ Esse é também o entendimento de Gajardoni, Dellore, Roque e Oliveira Jr: “Não é possível, por outro lado, fazer uma interpretação útil das regras sobre estabilização de tutela antecipada para abarcar a tutela de evidência. Além da clareza da opção legislativa pela negativa, não se pode, à míngua de previsão legal específica, prejudicar a parte que não recorreu da decisão que concedeu a tutela de evidência”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral. São Paulo: Forense, 2015, p. 928).

⁹¹⁸ Nesse sentido, Roberta Tiscini esclarece: “In altre parole, ed in estrema sintesi: data l’idoneità di questo o quel provvedimento a decidere su diritti sostanziali, l’accertamento (la stabilità del giudicato) è effetto che consegue *naturaliter* alla funzione giurisdizionale decisoria. Per escluderlo, è necessario che l’ordinamento appronti un diverso modello di tutela (una diversa azione), nella quale l’accertamento non è più *conditio sine qua non* della decisione su diritti: una previsione di legge, cioè, che non lo escluda del tutto, ma solo lo renda facoltativo”. (TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisori senza accertamento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 230).

⁹¹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória), v. 2, 16. ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 898.

optando por um juízo meramente provisório. Justamente por isso, o art. 669-octies do Código de Processo Civil italiano e o art. 488 do Código de Processo Civil francês afastam o efeito da coisa julgada. Nesse caso, a atuação estatal também será reduzida, com um menor custo em termos de tempo e de recursos humanos e materiais. A propósito, Antonio do Passo Cabral lembra da existência de vários procedimentos de cognição limitada ou sumária, além de prognósticos de que isso possa aumentar ao longo do tempo⁹²⁰. Destaque-se a posição externada por Andrea Proto Pisani, ao afirmar que o processo baseado em cognição plena deixou de ser considerado a via necessária para tutela de qualquer direito⁹²¹. Vale ainda lembrar que a coisa julgada, *em certos limites, é uma questão de política legislativa*⁹²² e que nem sempre decorre da plena e exauriente discussão do direito.

O que não se pode admitir, contudo, é a equiparação das estabilidades obtidas pelas decisões proferidas em cognição sumária e em cognição exauriente. Nesse sentido, Daniel Mitidiero, com toda razão, critica a ideia de equivalência entre essas duas formas de estabilidades⁹²³.

Do ponto de vista técnico, não há distinção relevante entre a urgência e a evidência para o efeito da estabilização. Ao contrário, há um nível crescente de convencimento judicial de uma para a outra. Se a tutela urgente (baseada muito mais no *periculum in mora* do que na probabilidade) pode se estabilizar, porque isso não poderia ocorrer em relação à tutela da evidência, a qual normalmente tem um grau mais acentuado de convencimento judicial? Vale aqui lembrar a advertência de Eduardo José da Fonseca Costa, no sentido de que havendo um *periculum in mora* exacerbado, o nível de probabilidade exigida pelo magistrado para a concessão da tutela provisória tende a ser menor⁹²⁴. E a recíproca é verdadeira. Com efeito,

⁹²⁰ CABRAL, Antônio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. (2013). 2.ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 469.

⁹²¹ Vale citar o texto no original: “Il ricorso al processo a cognizione piena cessa però di essere (come però nella relatà mai è stato) la via necessaria da percorrere per la tutela di qualsiasi diritto. E per tale motivo può non a torto, a mio avviso, parlarsi di una tendenza verso la residualità del processo a cognizione piena”. (PROTO PISANI, Andrea. Verso la residualità del processo a cognizione piena? Revista de Processo, São Paulo, v. 131, jan/2006, p. 08 e 09).

⁹²² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. (2017) 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 245.

⁹²³ Vale transcrever: “O que é de duvidosa legitimidade constitucional é equiparar os efeitos do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada”. (MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória (2013). 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 147 e 148).

⁹²⁴ Diz ele: “Na ‘teoria’, *fumus boni juris* e *periculum in mora* são pressupostos autônomos entre si: a tutela de urgência *deverá* ser concedida se ambos estiverem presentes; dando-se a falta dos dois, ou mesmo de um, a tutela *deverá* ser indeferida. No entanto, na ‘prática’, as coisas não são bem assim. O *fumus* e o *periculum in mora* relacionam-se de maneira menos mecânica e simplista: pode ser que a presença ‘minguada’ de um

basta pensar em um exemplo prático. A liminar que autoriza a realização de uma cirurgia de emergência (que fora inicialmente recusada pelo plano de saúde) normalmente se baseia em um forte risco de perecimento do direito e, ao mesmo tempo, em uma frágil comprovação do *fumus boni juris*, decorrente, por vezes, da mera juntada da documentação demonstrando a adesão ao plano. Se tal tutela antecipada pode se estabilizar, por que não poderia aquela baseada em evidência, onde a probabilidade do direito é muito maior?

Nesse sentido, correto o entendimento de ser irrelevante para a estabilização o fato de a tutela antecipada estar fundamentada na urgência ou na evidência. Ambas, em tese, poderiam ser estabilizadas, desde que houvesse tal previsão legislativa⁹²⁵. Concorde-se com o raciocínio de que o traço comum nas antecipatórias é a sumariedade da cognição e, se tais tutelas podem ser informadas pela urgência ou evidência, é indiferente que a técnica da estabilização fique restrita a um ou outro fundamento⁹²⁶.

Por fim, importante referir que o fenômeno da estabilização e a consequente inversão do contencioso para a eventual ação subsequente não possuem o condão de alterar o ônus da prova. Ou seja, este continuará sendo do autor inicial, ainda que posteriormente (na ação para deconstituir a estabilização) ele esteja atuando na posição processual de réu.

Na França, onde convivem os procedimentos de *référé* e a jurisdição *du fond*, entende-se que, para a ação principal, a competência deve permanecer no foro do domicílio do réu originário. De igual forma, o ônus da prova deve continuar a cargo do autor da primeira demanda, agora tornado réu⁹²⁷. Trata-se, acima de tudo, de uma questão de coerência. A mera inversão do contencioso não deve alterar as regras processuais atinentes às partes e suas reais posições processuais.

7.7 TUTELA DA EVIDÊNCIA NA SENTENÇA

pressuposto seja ‘compensada’ pela presença ‘exagerada’ do outro e que, por esse motivo, a liminar seja concedida. Isso não significa, contudo, que os juízes incorrem em um uso normativo *contra legem*. Quando muito pode-se dizer que a prática judicial encerra um uso *praeter legem*. Na verdade, trata-se apenas do direito processual vigente, tal como aplicado pela jurisprudência”. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. O ‘direito vivo’ das liminares. São Paulo: Saraiva, 2011, P. 24).

⁹²⁵ No sistema francês, por exemplo, não há nenhuma dificuldade. O *référé-provision*, que é baseado na evidência, possui autonomia e se estabiliza.

⁹²⁶ CASTRO, Daniel Penteado de. Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil, Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 272.

⁹²⁷ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 671.

A tutela da evidência consiste em uma técnica cujo objetivo é antecipar a tutela final, permitindo que a satisfação dos direitos evidentes ocorra logo no início ou no curso do procedimento. Essa é a lógica que lhe dá fundamento: antecipar a satisfação do provável direito antes do desfecho da causa, ou seja, antes do momento da prolação da sentença.

Ocorre, contudo, que no sistema brasileiro atual a apelação tem efeito suspensivo. Isso faz com que o direito já reconhecido por sentença judicial, proferida com cognição exauriente, demore muito tempo para ser satisfeito. A mera possibilidade de recurso contra tal decisão já é suficiente para sustar-lhe os efeitos. Observe-se que embora a lei estabeleça que a apelação tem efeito suspensivo (CPC, art. 1.012), em verdade, antes mesmo do recurso, a eficácia da sentença já fica obstada diante da mera possibilidade de sua interposição.

Isso gera a grave incoerência de as medidas provisórias (proferidas com base em cognição sumária) terem eficácia imediata, enquanto que as sentenças (fundadas em cognição exauriente) não podem produzir efeitos desde logo.

Diante dessa verdadeira falha do sistema⁹²⁸, a técnica da tutela da evidência oferece uma outra forma de contribuição para a efetividade e celeridade. É possível que, no momento da prolação da sentença, o juiz analise o pedido de tutela da evidência, deferindo-o em um capítulo em separado. Assim, a parte da sentença referente à concessão da tutela provisória começará a produzir efeitos imediatamente, logo após a publicação do ato. É o que prevê o art. 1012, § 1º, V do Código de Processo Civil. O remanescente, ou seja, o julgamento do mérito propriamente dito, ficará suspenso, em virtude da possibilidade de interposição do recurso de apelação.

A tutela da evidência também poderá ser concedida na fase recursal, por decisão do próprio relator.

Lembre-se que essa eficácia imediata, diante da concessão da tutela provisória, poderá ser objeto de suspensão pelo relator do recurso, nos termos do § 4º do mesmo art. 1012 do Código. Para tanto o recorrente deverá demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou ainda a existência de risco cumulada com a relevância da fundamentação.

Essa outra forma de contribuição da tutela da evidência é considerada como de grande utilidade⁹²⁹, justamente porque o sistema lamentavelmente não prevê a eficácia imediata das

⁹²⁸ Marinoni, Arenhart e Mitidiero defendem a possibilidade da concessão da tutela da evidência na sentença justamente em virtude desse *grave defeito* da legislação, ou seja, a inexistência de eficácia imediata da sentença. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 208).

⁹²⁹ Nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno afirma: “a tutela da evidência será utilíssima para ‘tirar’ o efeito

decisões de primeiro grau. Diz-se, nesse sentido, que se trata de uma *nova e importante técnica de subtração do efeito suspensivo da apelação*⁹³⁰. Com efeito, a concessão da tutela de evidência na própria sentença é algo que deve ser estimulado a fim de assegurar maior efetividade e celeridade.

Mas, como exposto ao longo do trabalho, essa técnica de antecipação não pode se limitar a esse momento final. Ao contrário, seu principal objetivo é distribuir o ônus do tempo do processo ao longo de todo o procedimento e não apenas por ocasião da sentença. Limitar a aplicação da tutela da evidência a esse momento seria desconsiderar seus reais objetivos, quais sejam: assegurar condutas processuais mais adequadas, estimular os acordos e propiciar a satisfação imediata do direito da parte que já se desincumbiu de seu ônus probatório.

suspensivo da apelação (BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado (2015). 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 334).

⁹³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie, Curso de direito processual: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, 11ª ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 639.

8 MODELO BRASILEIRO NOVO: APLICAÇÃO GENÉRICA DA TUTELA DA EVIDÊNCIA DIANTE DA PROVA DO DIREITO E DA DEFESA FRÁGIL – O *DEVER DE ANTECIPAR A TEMPO*

A tutela da evidência, pensada a partir da ótica dos direitos fundamentais, deve ser aplicada de forma ampla e genérica. Isso significa que sempre que restarem comprovados os fatos alegados pelo autor e, ao mesmo tempo, for apresentada uma defesa frágil pelo réu e houver necessidade de continuidade da instrução, a tutela deverá ser antecipada. Os princípios da isonomia, duração razoável do processo, efetividade e eficiência orientam uma leitura do art. 311 do Código que contemple hipóteses não taxativas de antecipação. Por sua vez, os conceitos jurídicos indeterminados constantes nos incisos I (abuso do direito de defesa ou propósito protelatório) e IV (inexistência de prova capaz de gerar dúvida razoável) permitem uma abertura das situações ali descritas.

Mas, além dos direitos fundamentais acima mencionados e da constante busca por um devido processo que seja célere e efetivo, há ainda outra forte razão para a autorização genérica de antecipação. Ela reside precisamente na percepção de que, após estar evidenciado o direito do autor e caracterizada a fragilidade da defesa do réu, são raras as decisões de improcedência do pedido. Consequentemente, é muito melhor antecipar a tutela do direito do autor do que fazê-lo aguardar até o final do procedimento, com base em uma possível, mas absolutamente improvável, vitória do réu. Assim, a lógica que deve ser imposta ao processo civil é aquela que privilegia *o que normalmente acontece (id quod plerumque accidit)* e não a de tudo o que pode acontecer⁹³¹.

Ao examinar a possibilidade de execução provisória na Itália, Chiovenda justificava a inversão entre cognição e execução baseando-se no argumento da raridade de reforma das decisões pela Corte de Cassação. Assim, entendia que, em algumas situações, previamente previstas pelo legislador, seria possível antecipar a realização do direito com base justamente na baixa incidência de reforma das decisões judiciais. Permitia-se, então, que o autor pudesse se beneficiar do *que geralmente acontece*, não tendo que aguardar até o final, apenas em virtude de tudo aquilo que *poderia acontecer*⁹³².

⁹³¹ Tal lógica foi explicada por Chiovenda a fim de justificar na Itália a execução provisória das sentenças. Admitia ele que a condenação, ainda que não fosse definitiva (pois sujeita à cassação), adquirisse força executiva em virtude de uma opção do legislador, baseando-se na autoridade do juízo de apelação e na raridade de reforma de suas sentenças. (CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile (1935), vol. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 215).

⁹³² “Ma chi intende il processo come un organismo di attuazione *del diritto oggettivo* e l’azione come un diritto

Não há como negar que, no Brasil, a tutela da evidência foi significativamente ampliada pelo legislador de 2015. Antes limitada aos casos de abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu, ela agora tem um âmbito de aplicação muito maior. Para além das hipóteses de atitude abusiva, a antecipação também está autorizada sempre que houver prova suficiente e fragilidade na contestação.

O que se pretende demonstrar é que, nessas circunstâncias e pelas mesmas razões que autorizam a execução provisória, há um dever de antecipação da tutela a tempo, isto é, um dever de satisfação do provável direito do autor, no tempo adequado. Tal expressão *a tempo* foi escolhida de forma proposital. Ela significa algo que ocorre no momento próprio, em boa hora, oportunamente. Em outras palavras, a antecipação da tutela nesse momento adequado é uma imposição do próprio sistema, em virtude dos direitos fundamentais. Essa é precisamente a situação quando se encontram, lado a lado, a probabilidade do direito e a fragilidade de defesa. Surge naturalmente, nessas circunstâncias, uma pressão do próprio sistema para a antecipação da tutela. E tal antecipação deve ocorrer *a tempo*, isto é, nesse exato momento, por ser ele o tempo adequado. Ainda que seja possível a concessão da tutela da evidência por ocasião da sentença (como abordado em tópico específico), o momento oportuno para essa técnica de antecipação ocorre, normalmente, muito antes disso.

Trata-se de uma preocupação em assegurar a proteção imediata do credor e, dessa forma, moralizar as relações jurídicas, frustrando as pretensões daqueles que, apesar da evidência de suas obrigações, tentam retardar a satisfação do direito. Essa moralização das relações jurídicas é destacada por Jacques Normand, o qual cita a repugnância que se deve ter em relação à parte que se vale da demora natural do procedimento e ainda tenta retardar a derrota que sabe ser inevitável⁹³³. De igual forma, Cécile Chainais identifica nesse objetivo uma verdadeira mutação funcional da tutela provisória. Ela agora está a serviço da moralização das relações jurídicas entre credor e devedor⁹³⁴.

autonomo, comprende più facilmente che il processo, nell'interesse generale, si comporti talvolta secondo ciò che *generalmente accade* anzichè secondo quello che efetivamente *può accadere* nel caso concreto. È lo Stato che, in considerazione dell'autorità del giudice d'appello e della rarità (in via relativa, cioè di percentuale) delle riforme della sua sentenza, si determina a porre le mani sui beni del convenuto condannato in appello, sebbene no si sappia se sia veramente debitore, e ciò perchè *normalmente*, il convenuto condannato in appello é veramente debitore, ed è utile, nell'interesse generale del commercio giuridico, considerarlo *sempre* come tale. Ma questo è um diritto dello Stato (come, in altro campo, è un diritto dello Stato la detenzione preventiva dell'imputato): a questo diritto dello Stato corrisponde nel privato una mera azione". (CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile (1935), vol. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 215).

⁹³³ NORMAND, Jacques. Sources, organisation judiciaire et juridiction, compétence, action. In: Revue Trimestrielle de Droit Civil, n° 1, janvier-mars 1985, 84 année, Paris: Dalloz, p. 210.

⁹³⁴ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien.

A moralização tem sua razão de ser. Nesse exato momento, deixa de ser adequada a imposição do ônus da espera. A tutela da evidência, em todos esses casos, ou seja, genericamente, constitui uma exigência dos próprios direitos fundamentais e da lógica daquilo que *normalmente acontece*.

A prestação jurisdicional, sob essa nova ótica, não deve levar em consideração a mera conjectura de todas as situações futuras possíveis, deve estar fundada na probabilidade preponderante e na fragilidade da defesa.

8.1 TIPICIDADE, NÃO TAXATIVIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

A aplicação genérica da tutela da evidência, sem as amarras das previsões de situações de direito material, pressupõe uma análise das razões que levam à tipicidade, assim como dos motivos que autorizam sua dispensa. Justamente por isso, no presente trabalho, a não taxatividade da tutela da evidência é considerada a partir da essência desse instituto processual, de sua origem, da influência de outros sistemas processuais e dos direitos fundamentais.

A não taxatividade das hipóteses legais da tutela da evidência não significa desrespeito à segurança jurídica, nem tampouco desconsideração à legalidade. Muito pelo contrário. Conforme se expõe a seguir, a aplicação genérica da tutela da evidência, sempre que houver prova suficiente do direito do autor, fragilidade da defesa do réu e necessidade de continuidade da instrução, pressupõe o respeito à isonomia, ao contraditório, à eficiência, à efetividade e à garantia da duração razoável do processo. Ela decorre do fato da antecipação estar baseada, nesse caso, em razões processuais e não em situações específicas (típicas) do direito material.

Além disso, existe a previsão de tutela da evidência fora das hipóteses do art. 311 do Código de Processo Civil. É o que ocorre nas liminares possessórias, (CPC, art. 562), nos embargos de terceiros (CPC, art. 678), na locação (Lei nº 8.245/91, art. 59, § 1º e art. 68, II) e na antecipação de uso e fruição de bem na partilha (CPC, art. 647, § único), dentre outras. Nessas situações, a razão para a tutela da evidência vincula-se às peculiaridades da situação de direito material.

Esse simples fato já demonstra que o rol do art. 311 é meramente exemplificativo. E isso, por si só, não gera qualquer insegurança jurídica.

Importante, aqui, destacar que a segurança jurídica é um valor extremamente caro a todo e qualquer Estado de Direito. Não há exagero em dizer que ele consiste em um pressuposto

da existência deste. Humberto Ávila entende haver um verdadeiro pleonasma na expressão *segurança jurídica*, na medida que a função precípua do direito é garantir segurança⁹³⁵.

A segurança jurídica pressupõe, normalmente, uma ideia de limitação na previsão legislativa. A adoção de técnicas processuais *típicas* traduz, nesse sentido, a preocupação com a garantia da liberdade do indivíduo frente ao poder do Estado. Herança do ideário da Revolução Francesa, essa maneira de conceber o processo civil tende ao engessamento das formas de execução ou de tutela sumária àquelas hipóteses expressamente previstas (típicas). A segurança, sob esse aspecto, refere-se ao estabelecimento das *regras do jogo*⁹³⁶, isto é, as condições pelas quais se pode contar com determinada conduta de outrem ou esperar um certo uso do poder coercitivo do Estado⁹³⁷.

Mas há um grande equívoco na ideia de que a segurança é obtida mediante o uso de regras casuísticas. Tal concepção adota um pressuposto inatingível na aplicação do direito: a univocidade e a capacidade de conhecimento prévio e completo da norma. Aplica-se aqui o alerta de que a dificuldade em lidar com o sentido das normas está na *indeterminação inerente à linguagem natural*⁹³⁸. Isso significa que nem mesmo a clareza, que constitui um dos pressupostos da segurança jurídica, garante univocidade⁹³⁹. Com efeito, há na interpretação dos textos normativos vários sentidos possíveis, inclusive naqueles aparentemente claros. O sentido, portanto, não reside univocamente no texto. Ele não existe *a priori*, ao contrário, será fornecido pelo intérprete⁹⁴⁰. Neil Maccormick afirma existir uma justificável presunção a favor da aplicação das leis baseada em seu sentido mais óbvio. Contudo, se existem outros sentidos possíveis, essa presunção pode vir a ser afastada por argumentos decorrentes das consequências

⁹³⁵ Para ele, a segurança jurídica é um valor constitutivo do direito, diante das exigências de certeza, eficácia e afastamento da arbitrariedade em todo e qualquer sistema jurídico. Afirma então que a expressão revela um pleonasma, eis que o direito, em sua essência, garante a segurança. (ÁVILA, Humberto, Teoria da segurança jurídica, 2011, 4ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 145)

⁹³⁶ IRTI, Natalino. L'età della decodificazione, quarta edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 22.

⁹³⁷ Complementa o autor destacando que o estilo dos códigos dos oitocentos era marcado pela necessidade proteção ao indivíduo: “Lo stile dei codici ottocenteschi è dettato da questo bisogno di protezione esterna e di garanzia della preveggenza individuale”. (IRTI, Natalino. L'età della decodificazione, quarta edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 23 e 24).

⁹³⁸ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Positivismos jurídico lógico-inclusivo, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 101.

⁹³⁹ A propósito, Humberto Ávila destaca que justamente por isso a clareza não pode ser confundida com a univocidade. (ÁVILA, Humberto, Teoria da segurança jurídica, 2011, 4ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 340).

⁹⁴⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Verdade e significado. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ano I, número 5, Editora Magister, mar/abr. 2005, p. 84.

ou dos próprios princípios⁹⁴¹.

Riccardo Guastini aponta a distinção entre texto e norma. O primeiro constitui o objeto da interpretação⁹⁴². A segunda, o seu resultado. Entre eles, ou seja, entre o texto da lei e o seu significado não há uma correspondência biunívoca. Portanto, não se pode dizer que a cada enunciado corresponda uma única norma, assim como é equivocado imaginar que cada norma se refira a apenas um enunciado.

Na verdade, a segurança jurídica (em termos de cognoscibilidade e calculabilidade) não reside exclusivamente no texto normativo, mas decorre também da maneira como ele é aplicado⁹⁴³. Quanto maior o caráter dialógico da interpretação judicial, maior será sua aceitação, justamente por superar o velho modelo de um resultado cognitivo preexistente na norma⁹⁴⁴.

Muito melhor, portanto, é a concepção de que, em termos de finalidade, a segurança jurídica não reside na total e antecedente determinação de incidência do texto legal, mas sim em parâmetros adequados e controláveis de interpretação, no processo de reconstrução do conteúdo normativo pelo intérprete. A segurança jurídica, em sua concepção estática⁹⁴⁵, depende muito mais de cognoscibilidade do que de determinação (ou tipicidade cerrada). Essa última traz ínsita a ideia equivocada de que o direito preexiste às decisões judiciais, admitindo uma capacidade total de conhecimento prévio do conteúdo normativo. Por sua vez, a cognoscibilidade reconhece a equivocidade dos textos e, nessa medida, exige a controlada reconstrução do conteúdo da norma no momento de sua aplicação. Ou seja, a segurança jurídica

⁹⁴¹ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*, Oxford: Clarendon University Press, (1978), 2003, p. 213.

⁹⁴² “La disposizione è dunque l’oggetto dell’interpretazione, la *norma* è il suo risultato. Orbene, tra la disposizione e la norma – tra l’enunciato ed il significato – è necessario distinguere poiché tra le due cose non si dà corrispondenza biunívoca. È falso, cioè, che ad ogni disposizione corrisponda una, ed una sola norma; come è falso che ad una norma corrisponda una, ed una sola, disposizione”. (GUASTINI, Riccardo. *Filosofia del diritto positivo*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 24).

⁹⁴³ ÁVILA, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, 2011, 4ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 620 e 621.

⁹⁴⁴ “Bisogna infatti liberarsi, nel segno di un costruttivo senso della storia, del falso mito che la decisione basata sulla razionalità sussuntiva abbia maggiori certezze di quella radicata nella ragionevolezza, ossia nella conformità a valori condivisi, quasi che sai più facile trovare consenso nella astratta (e mai unívoca) freddezza delle parole, che non nella realtà dei fatti. È stato giustamente osservato che, quanto più l’interpretazione giudiziale assume un carattere dialógico, tanto più essa appare credibile, vincendo il vecchio modello secondo il quale viene concepita come cognitiva di un risultato preexistente e quindi necessariamente priva di qualsiasi portata deliberativa”. (LIPARI, Nicolò. *Il diritto civile dalle fonti ai principi*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LXXII, n. 1, Milano: Giuffrè, Marzo 2018, p. 33 e 34).

⁹⁴⁵ A perspectiva estática e atemporal difere-se da perspectiva dinâmica e intertemporal. A primeira se refere ao conhecimento do direito em um determinado momento histórico, ao passo que a segunda implica nas ideias de mudança e confiança ao longo do tempo. (ÁVILA, Humberto, *Teoria da segurança jurídica*, 2011, 4ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 140 e 142).

atingirá sua finalidade quando os jurisdicionados puderem conhecer os vários sentidos de um mesmo texto normativo, a partir dos *núcleos de significação* que são *reconstruídos* em processos argumentativos controláveis⁹⁴⁶. Segurança jurídica, nessa concepção, diz respeito à *controlabilidade semântico-argumentativa*.

A respeito das regras casuísticas, Judith Martins-Costa destaca a existência de um grau maior de detalhamento ou exatidão, havendo uma *prevalência do elemento descritivo e ocorrendo, por isso, uma tipificação de condutas no próprio texto legal*. Embora elas não dispensem a interpretação (algo natural à linguagem), verifica-se uma espécie de *prefiguração do comportamento marcante a ser levado em conta*, diante da opção pela descrição da factualidade⁹⁴⁷. Por outro lado, nos chamados *enunciados elásticos (vagos, abertos, porosos, dúcteis ou cláusulas gerais em sentido amplo)* são empregados termos *cuja tessitura é semanticamente aberta, muitas vezes dotados de cunho valorativo (bons costumes; boa-fé; justa causa; diligência habitual, etc.)*⁹⁴⁸.

A propósito, destaca Barbosa Moreira que *nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica*⁹⁴⁹. As cláusulas gerais constituem, portanto, *uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado*⁹⁵⁰. Como esclarece Fredie Didier Junior, elas exigem *concretização* em vez de *subsunção*⁹⁵¹. Com efeito, a técnica das cláusulas gerais, segundo Marinoni, *funda-se na premissa de que a lei pode ser apenas elemento que colabora para a construção judicial do direito*⁹⁵². E isso é extremamente positivo em um sistema que pretenda assegurar uma adaptação da tutela jurisdicional às necessidades do caso concreto. Não é à toa que se concebem as

⁹⁴⁶ ÁVILA, Humberto, Teoria da segurança jurídica, 2011, 4ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 141 e 345.

⁹⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação (1999). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 144.

⁹⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação (1999). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 145.

⁹⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: segunda série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 64.

⁹⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. In: Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 8, n. 12, jan/dez.2010, p. 119.

⁹⁵¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. In: Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 8, n. 12, jan/dez.2010, p. 120.

⁹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. (2010) 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 117.

cláusulas gerais como formas de se atribuir mobilidade ao sistema⁹⁵³.

Nesse sentido, o processo de descodificação civil (ao contrário do que ocorre na área penal), traz a vantagem da previsão de normas com suporte fático aberto. Isso atende o interesse do ordenamento jurídico por permitir uma maior efetividade na tutela dos direitos fundamentais⁹⁵⁴, sem afastar a segurança jurídica almejada pelo sistema.

Na verdade, a segurança jurídica pode existir em ambas as formas de regramento (casuísmo e cláusulas gerais). Ela decorre muito mais do controle e da estabilidade na interpretação do que da forma descritiva das regras.

A certeza a respeito do que estabelece o direito é fundamental para que as pessoas, de modo geral, possam escolher suas condutas, práticas e ações. Há aqui uma ligação entre essa exigência e os princípios da liberdade, igualdade e dignidade⁹⁵⁵. Especialmente em relação a esse último mostra-se de suma importância o conhecimento do direito. Nesse aspecto, Riccardo Guastini afirma que a dignidade inclui ao menos a capacidade de planificar o próprio futuro, razão pela qual a certeza do direito exerce um papel funcional em relação à autonomia individual⁹⁵⁶.

A propósito dos meios executivos, por exemplo, o Código Buzaid caracterizava-se pela adoção da tipicidade, o que demonstrava a ideia de proteção do cidadão contra as ingerências do Estado. Somente mediante expressa autorização legal poderia o indivíduo sofrer as consequências do poder de *imperium*, limitando-se ainda este à esfera patrimonial. Era uma reprodução do que o Código italiano de 1865 já pregava. Aliás, Natalino Irti destaca que o sistema italiano, naquela época, era o *mondo della sicurezza*, ou seja, o mundo dos códigos, os quais expressavam os valores do liberalismo dos oitocentos em uma sequência ordenada de artigos⁹⁵⁷.

Considerando-se que a tutela sumária implica atividades de cognição e de execução

⁹⁵³ É o que esclarece Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “A cláusula geral, portanto, exige do juiz uma atuação especial, e através dela é que se atribui uma mobilidade ao sistema, mobilidade que será externa, na medida em que se utiliza de conceitos além do sistema, e interna, quando desloca regramentos criados especificamente para um caso e os traslada para outras situações”. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 18, 2000, p. 226).

⁹⁵⁴ ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 382 e 383.

⁹⁵⁵ GUASTINI, Ricardo. Ignorantia juris, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giugno, 2017, Milano: Giuffrè Editore, p. 401.

⁹⁵⁶ GUASTINI, Ricardo. Ignorantia juris, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giugno, 2017, Milano: Giuffrè Editore, p. 401.

⁹⁵⁷ IRTI, Natalino. L'età della decodificazione, quarta edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 23.

em um mesmo provimento, verifica-se que a preocupação quanto à tipicidade dos meios executivos constitui o outro lado dessa mesma realidade. Formas típicas de tutela executiva alinham-se à previsão específica e igualmente típica de provimentos antecipatórios. A visão que está por trás de ambos os fenômenos, portanto, é a mesma: a preocupação com uma limitação ao poder estatal.

Atualmente, contudo, se compreende que a segurança jurídica reside muito mais na controlabilidade da interpretação e da aplicação dos textos normativos do que nas amarras de uma tipicidade estrita. Esta não dá poder suficiente ao magistrado, não permite que ele trate os casos iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Admitir a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, de modo a abranger uma aplicação justa e ampla da norma, parece ser muito mais relevante do que imaginar (equivocadamente) que o casuísmo rígido não apresenta riscos. Afinal, toda a aplicação do direito pelo magistrado estará sujeita ao controle pela fundamentação.

8.2 A LIÇÃO DE CHIOVENDA: O JUIZ DEVE DECIDIR COM BASE NO QUE NORMALMENTE ACONTECE (*ID QUOD PLERUMQUE ACCIDIT*)

Considerando-se que um modelo que adote conceitos jurídicos indeterminados não gera insegurança jurídica, resta indagar se há razões, além daquelas relativas aos direitos fundamentais, para autorizar a aplicação ampla e genérica da tutela da evidência.

A doutrina italiana, no período do início do século XX, mostrava-se profundamente ligada ao princípio da *nulla executio sine titulo*, o que levava à concepção de que a execução deveria suceder a definitividade da cognição. Esse era o arranjo normal, ou em outras palavras, a ordem desejada em relação aos provimentos judiciais.

Partindo dessa premissa, Giuseppe Chiovenda considerava anormal a figura da sentença que, apesar de não ser definitiva, adquiria força executiva⁹⁵⁸. Ele se referia à executoriedade *ope legis* da decisão após o julgamento em segundo grau. Essa possibilidade de cumprimento antes do trânsito em julgado era, portanto, algo excepcional no sistema. Como

⁹⁵⁸ “Sebbene tuttavia questa sia una figura anormale, perchè ci presenta un’azione esecutiva non coincidente affatto colla certezza giuridica, la cognizione del giudice non dà luogo qui a speciali osservazioni, perchè la separazione tra esecutività e definitività avviene, non in virtù d’uno speciale provvedimento del giudice, ma per virtù della legge, la quale volendo, nell’interesse generale del credito, facilitare a chi si vanta creditore la via dell’esecuzione forzata, trova sufficiente il riconoscimento del diritto avvenuto da parte del giudice d’appello, per aprire senz’altro la via all’esecuzione”. (CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile (1935), vol. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 214).

destacava o mestre italiano, tal separação entre certeza jurídica e executividade se limitava a essas hipóteses, expressamente previstas pela lei. Elas tinham o intuito de abrir antecipadamente a via da execução forçada e, com isso, dar proteção ao direito de crédito. No mesmo sentido, Enrico Tullio Liebman referia-se à *conexão sucessiva* existente entre cognição e execução⁹⁵⁹.

Além disso, a execução antecipada se mostrava possível em outras situações. Eram elas: a) a execução provisória da sentença condenatória, antes mesmo do julgamento da apelação; b) a condenação com reserva, favorecendo o crédito demonstrado por prova escrita e relegando o exame das exceções para uma segunda fase processual; e c) a ação monitória, permitindo a ordem de pagamento antes mesmo da citação do devedor e do exercício do contraditório⁹⁶⁰.

Entendendo que o objetivo dessas técnicas, baseadas em cognição não definitiva, era antecipar o momento da execução, Chiovenda lhes deu o nome de *declarações com prevalente força executiva*⁹⁶¹. E, inobstante tenha recebido críticas, uma vez que o termo *declaração* pressupõe a certeza jurídica, respondeu que ele era utilizado em seu significado léxico (sem vinculação à expressão técnico-jurídica). Destacava ainda que até mesmo a certeza pode se apresentar em variados graus⁹⁶².

Mas quer se tratasse de antecipar a execução de sentença antes do trânsito em julgado (mas com cognição exauriente), quer fosse ela admitida nos casos de cognição sumária, o mais importante era o rompimento com a orientação, então predominante, de que a execução só poderia ocorrer após o trânsito em julgado⁹⁶³.

Como já exposto, o sistema italiano admitia exceções a essa regra geral. Para justificá-las, Chiovenda partia da análise do que é mais comum, ou visto por outro lado, da raridade das

⁹⁵⁹ Afirmava ele que a “relação corrente entre os dois processos (cognição e execução) pode designar-se de conexão sucessiva, que se reflete, por exemplo, nos pressupostos processuais da execução.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, (1946), 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1963, p. 38). É o que também observa TARUFFO, Michele, *A justiça civil: da Itália ao Brasil*, dos setecentos a hoje/Michele Taruffo, Daniel Mitidiero. Nota prévia, apresentação, organização e tradução dos originais italianos de Daniel Mitidiero, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 411.

⁹⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile* (1935), vol. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 215 e 216.

⁹⁶¹ No texto original utiliza-se a expressão *accertamenti con prevalente funzione esecutiva*.

⁹⁶² “Si è osservato che il nome non è proprio perchè un accertamento che non produca certezza giuridica non è un accertamento. Questo é esato; ma anche la certezza può presentare dei gradi”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile* (1935), vol. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 216).

⁹⁶³ A generalização da execução provisória das sentenças passou a ser admitida na Itália apenas em 1990, com a edição da Lei nº 353, de 26 de novembro de 1990, a qual alterou a redação do art. 282 para “La sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti”.

situações de reforma da sentença já confirmada em grau de apelação. Vale ressaltar que, para Chiovenda, a jurisdição implicaria a *atuação da vontade da lei* e por essa razão, em regra, não se poderia tutelar o direito com base em um juízo provisório, antes do exaurimento da cognição.

Todavia, em determinadas situações, admitia-se que a condenação, ainda que não fosse definitiva (pois sujeita à cassação), adquirisse força executiva em virtude de uma opção do legislador, baseando-se na autoridade do juízo de apelação e na raridade de reforma de suas sentenças. Esse é o ponto da doutrina Chiovendiana que merece destaque: a rara ocorrência de reforma poderia autorizar desde logo a execução. Tal raridade justificava uma autorização do legislador para a execução antes do final do processo.

Admitia-se, então, que o processo pudesse se comportar conforme *o que geralmente acontece*, mais do que conforme o que efetivamente *pode acontecer*⁹⁶⁴. A lógica era claríssima: se grande parte das decisões proferidas pela Corte são mantidas, por que não permitir que tais (prováveis) direitos fossem desde logo realizados? Essa foi a opção feita pelo legislador: valorizar a decisão proferida no julgamento da apelação, concedendo-lhe imediatamente o efeito executivo.

Ainda que Chiovenda tenha tido como foco o interesse geral, partindo então da premissa de que a execução antecipada constituiria um direito do Estado, decorrente de razões estatais quanto ao favorecimento do comércio pelos direitos de crédito (e não do equilíbrio ou equidade entre as partes litigantes)⁹⁶⁵ é de grande importância sua percepção de que o sistema judiciário deveria servir *àquilo que normalmente acontece*. E mesmo diante das ressalvas quanto à “atuação da lei”, o certo é que a experiência da vida, baseada na normalidade das coisas, autorizava uma aceleração da execução.

⁹⁶⁴ “Ma chi intende il processo come un organismo di attuazione *del diritto oggettivo* e l’azione come un diritto autonomo, comprende più facilmente che il processo, nell’interesse generale, si comporti talvolta secondo ciò che *generalmente accade* anzichè secondo quello che efetivamente *può accadere* nel caso concreto. È lo Stato che, in considerazione dell’autorità del giudice d’appello e della rarità (in via relativa, cioè di percentuale) delle riforme della sua sentenza, si determina a porre le mani sui beni del convenuto condannato in appello, sebbene no si sappia se sia veramente debitore, e ciò perchè *normalmente*, il convenuto condannato in appello é veramente debitore, ed è utile, nell’interesse generale del commercio giuridico, considerarlo *sempre* come tale. Ma questo è um diritto dello Stato (come, in altro campo, è un diritto dello Stato la detenzione preventiva dell’imputato): a questo diritto dello Stato corrisponde nel privato una mera azione”. (CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile (1935), vol. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 215).

⁹⁶⁵ A concepção do processo como “coisa das partes”, presente no Código italiano de 1865 por força da influência francesa e especialmente do Código de Napoleão, vigorou na Itália até o início do século XX quando surge a concepção publicista do processo. A partir de então, passou-se a valorizar o poder do juiz e o interesse público na administração da Justiça. Segundo Michele Taruffo, essa nova fase, voltada para o publicismo, tem forte ligação com o ensaio de Chiovenda sobre a ação, em 1903. (TARUFFO, Michele, A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje/Michele Taruffo, Daniel Mitidiero. Nota prévia, apresentação, organização e tradução dos originais italianos de Daniel Mitidiero, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 221).

Essa lição é valiosa. O Poder Judiciário, também em virtude do princípio da eficiência, pode e deve agir com base *no que normalmente acontece*. Esse é, aliás, o teor do art. 375 do Código de Processo Civil⁹⁶⁶.

Por outro lado, admitir todas as hipóteses do que *pode vir a acontecer* para impedir a execução imediata é algo que não corresponde nem à lógica, nem ao bom senso. A tutela da evidência, sob essa ótica, permite uma melhor distribuição do tempo no processo, valendo-se da lição Chiovendiana das coisas que *normalmente acontecem*.

Observe-se que a análise é feita a partir da possibilidade de execução provisória de uma sentença confirmada em grau de apelação e, portanto, antes do trânsito em julgado. Todavia, a ponderação do autor parte da premissa de que embora não se trate de cognição sumária, ainda pende a interposição e o julgamento de recursos.

A relevância desse raciocínio reside justamente na consideração de que a possibilidade de imediata satisfação dos direitos deve se basear *no que normalmente acontece*, e não mais em tudo aquilo que *pode acontecer* até a confirmação definitiva e com trânsito em julgado. Isso é importante não apenas para o sistema, ou para o direito objetivo e o poder Estatal a que se referia Chiovenda, mas principalmente para a eficiência e para a preservação da isonomia e da paridade entre os litigantes. É, acima de tudo, uma questão racional, de efetividade do processo e de obtenção dos melhores resultados com um menor dispêndio de tempo e recursos (eficiência).

Nessa forma de pensar há, sem dúvida alguma, um juízo de probabilidade ou verossimilhança a autorizar a realização antecipada do provável direito do autor. A “anormalidade” dessa solução, detectada por Chiovenda, é por ele mesmo justificada com base na *rarietà* (decorrente de percentuais) das decisões reformadoras daquela condenação inicial. Ou seja, a percepção do que é normal autoriza a inversão do tempo da espera.

De forma extremamente semelhante, Alan Uzelac também critica a inexistência de eficácia imediata das sentenças de primeiro grau, baseando-se no pequeno número de decisões reformadas em grau de apelação. Explica que em seu país (Croácia), o percentual de reforma é de apenas 25% e cai ainda para 10% nos casos de jurisprudência pacificada. Daí porque uma distribuição racional do risco faria com que a própria parte perdedora tivesse que suportá-lo⁹⁶⁷.

⁹⁶⁶ Art. 375. O juiz aplicará as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

⁹⁶⁷ Vale aqui transcrever o texto no original: “Admittedly, first instance courts may have erred in their judgements. But even with a relatively high appeal success rate, statistically it is still more likely that the appeal will fail. In Croatia, there are some indications that the average success rate of appeals is about 25 per cent, depending on the type of case. In some types of cases, where jurisprudence has stabilized, the rate

O mesmo entendimento pode e deve ser aplicado à tutela da evidência. Ainda que se esteja a tratar de decisões mais frágeis porque baseadas em cognição sumária, o pressuposto daquela conclusão incide de igual forma. Lá se falava em anormalidade, eis que ainda havia o risco da cassação. Aqui a cognição é incompleta por se basear em mero juízo sumário e, portanto, provisório. Contudo, as razões autorizadas da antecipação da execução são exatamente as mesmas, em ambas as situações: a probabilidade lógica, baseada nas provas já produzidas e naquilo que *normalmente acontece*.

A utilização da ideia daquilo que *normalmente acontece* (*id quod plerumque accidit*) para autorizar a execução não se limita à doutrina de Chiovenda. Andrea Proto Pisani, em texto escrito em 1987, sugere que o legislador estabeleça parâmetros com base na noção do *id quod plerumque accidit*, para os casos em que é difícil a ponderação entre os riscos da concessão ou da não concessão da medida⁹⁶⁸. Segundo ele, para tais hipóteses, o ideal seria determinar abstratamente e em caráter geral qual dos interesses deveria prevalecer, deixando-se para o juiz a análise tão somente do *fumus boni iuris* ou ainda a do *fumus* aliado a um *periculum* tipicamente previsto na lei.

É bem verdade que Proto Pisani refere-se a um juízo prévio, feito pelo próprio legislador, para facilitar a atividade judicial na decisão de conceder ou não a tutela provisória. Em outras palavras, *aquilo que normalmente acontece* já estaria previsto em lei, de forma a autorizar a concessão da medida pelo magistrado. É precisamente o que ocorre quando a evidência é fixada *a priori* (limitares possessórias, de embargos de terceiro, de alienação fiduciária, de despejo, de ações de improbidade), como se expôs em tópico específico. De qualquer forma, o que importa é que, quer se trate de uma análise do legislador ou do magistrado, a experiência humana pode auxiliar na conclusão quanto à probabilidade do direito.

A propósito, Piero Calamandrei afirma que, em certas situações, a verossimilhança

is only about 10 per cent. Therefore, if the risk of enforcing erroneous decisions would be distributed fairly, then it should rather be borne by the losing party at first instance, instead of by the winning party. (UZELAC, Alan. Reforming mediterranean civil procedure: is there a need for shock therapy? In: UZELAC, Alan; VAN RHEE, Cornelis Hendrik. Civil Justice between efficiency and quality: from Ius Commune to the CEPEJ. 1. ed. Cambridge: Intersentia, 2008, p. 90 e 91).

⁹⁶⁸ Vale aqui citar as próprias palavras do autor: “la situazione sarebbe destinata ovviamente a mutare notevolmente e, a mio avviso in senso positivo, se il legislatore – utilizzando tecniche della specie di quelle indicate *supra*, al paragrafo 3 -, alla presenza di situazioni in cui è particolarmente complessa la valutazione comparativa dei due pericoli di danno contrapposti, intervenisse nel senso di effettuare a livello di valutazione generale ed astratta, sulla base dell’*id quod plerumque accidit*, la valutazione, per determinate categorie di ipotesi, degli interessi in conflitto determinando legislativamente quale sia l’interesse di rango prevalente, e rimettendo al giudice o solo la valutazione del *fumus boni iuris* o la valutazione del *fumus boni iuris* unitamente solo alla individuazione di un *periculum in mora* (dell’attore o se del caso anche del solo convenut) legislativamente tipicizzato”. (PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile, Rivista di Diritto Civile, Padova: Cedam, 1987, p. 133).

pode ser útil para trazer credibilidade à alegação da parte⁹⁶⁹, fazendo com que essa ganhe o valor de um testemunho, de uma prova sobre a verdade.

Vale lembrar a importância das regras de experiência que encerram um caráter de generalidade e abstração, ou seja, de *noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresenta-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro*⁹⁷⁰.

Novamente aqui, portanto, a ideia de se utilizar a noção *daquilo que habitualmente ocorre* a fim de fazer prevalecer, antecipadamente, o direito de uma ou da outra parte na demanda. Nesse sentido, Daisson Flach afirma que a função pragmática do juiz exige um juízo de valor que dê preferência à alegação verossímil, em detrimento daquela inverossímil⁹⁷¹.

A lógica que deve prevalecer no exame da concessão da tutela provisória é aquela inerente à probabilidade e no *que normalmente acontece* (baseada nas provas já produzidas e na própria experiência do magistrado). Caso não esteja ele plenamente convencido a respeito da probabilidade, o seu raciocínio não deve ser o de negar a antecipação, mas sim o de considerar a noção do *id quod plerumque accidit* para formar sua convicção. O que se propõe, portanto, é que o raciocínio para a convicção judicial para tutela da evidência seja baseado *naquilo que normalmente acontece* e não em tudo o que *pode acontecer*.

Em outras palavras, a noção quanto *àquilo que normalmente acontece* deve afastar o raciocínio ultrapassado que leva o magistrado a, tendo algum nível de incerteza, deixar de conceder a medida. O que se vê, lamentavelmente, é um grande número de decisões indeferindo a tutela da evidência apenas porque a versão do réu – embora pouco crível – *pode* vir a prevalecer ao final. De fato, a alegação infundada do réu *pode* vir a ser demonstrada como verdadeira. Nada é impossível. Mas isso não é normalmente o que acontece. Há um universo de situações que *podem* acontecer. Mas há também a experiência humana e o raciocínio de que, provavelmente, não será assim. Por que então a demora pelo processo deve ser sempre

⁹⁶⁹ “Si può dire che, quando c’è la verosimiglianza, può accadere che la parte che afferma fatti a sè favorevoli sia creduta sulla parola: vi è perfino qualche caso in cui è la stessa legge che, in via eccezionale, consente al giudice di dare alla affermazione di parte, purché verosimile, lo stesso valore di una prova definitiva di verità”. (CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile, *in Rivista di Diritto Processuale*, Volume X, Parte I, Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Anno 1955, p. 188).

⁹⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: segunda série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 62.

⁹⁷¹ FLACH, Daisson. A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

suportada pelo autor?

Se o raciocínio for sempre o de considerar *tudo o que pode vir a acontecer* (ao invés *daquilo que normalmente acontece*), a tutela da evidência será muito pouco aplicada. E isso é contraproducente para o sistema e para as partes. É ruim em termos de eficiência processual.

Veja-se que situação completamente diversa ocorre na tutela de urgência, em que existe um *periculum in mora* compelindo o magistrado a tomar uma decisão. Nela, o Poder Judiciário deve agir imediatamente. O risco precisa ser assumido, sob pena de perecimento do direito.

Na tutela da evidência, ao contrário, a inexistência do *periculum in mora* faz com que a maioria dos magistrados se sinta paralisada pelo mero receio *do que pode vir a acontecer*.

O medo, o receio, a cautela e a precaução atuam assim como graus distintos de uma paralisia judicial. Pensando em *tudo o que pode vir a acontecer*, normalmente o magistrado opta por nada fazer. Entretanto, esquece-se que o indeferimento da tutela da evidência também gera prejuízo. O tempo da espera, para aquele que já demonstrou o fato constitutivo de seu direito, prejudica seus interesses e gera descrédito no Poder Judiciário. Essa inércia que contamina o dia a dia forense é uma das causas da insatisfação dos jurisdicionados. Não agir torna-se uma atitude mais fácil, embora extremamente prejudicial em termos de tempo e eficiência.

Observe-se que grande parte das decisões de tutela da evidência só ocorrem no momento da sentença. Isso é lamentável pois não é apenas esse o objetivo da tutela da evidência. Não visa ela somente afastar o efeito suspensivo da apelação, ainda que isso também possa se mostrar de grande utilidade prática. O que verdadeiramente se pretende é a distribuição ou inversão do ônus do tempo no processo, fazendo com que o direito altamente provável possa ser realizado desde logo. Tal aferição, obviamente, se faz com base na probabilidade (art. 300) e também nas máximas de experiência do magistrado. Por que não? Evidentemente a experiência da vida pode auxiliar na construção de uma probabilidade lógica e autorizar a concessão da medida.

8.3 UMA OUTRA EXIGÊNCIA DE CELERIDADE: O *DEVER DE ANTECIPAR A TEMPO*

A lição de Chiovenda, quanto à antecipação dos efeitos da decisão judicial baseada no que *normalmente acontece*, pode ser uma das justificativas para a aplicação da tutela da evidência no Brasil e em outros países.

Note-se que o *référé-provision* no sistema francês baseia-se justamente na fragilidade

da defesa do réu, ou seja, na baixa probabilidade de que sua posição prevaleça. Quando o legislador do Código de Processo Civil francês se refere às situações em que a *obrigação não for seriamente contestável*⁹⁷², quer obviamente mencionar os casos da improvável vitória do réu na demanda. Daí porque autoriza, desde logo, a satisfação do direito do autor.

O que tem sido característico de reformas mais recentes na Europa é a utilização de técnicas processuais (como forma de diminuição do tempo de espera, fazendo com que a tutela provisória seja assumidamente dissociada do periculum in mora, *funcionando como espécie de resposta judicial imediata em casos de “direito certo”*⁹⁷³. Nesse contexto, a cultura dos *référés* visa a construção de um sistema diverso e alternativo à jurisdição ordinária e à cognição exauriente, permitindo a rápida obtenção de resultados judiciais⁹⁷⁴.

A possibilidade de satisfação imediata do direito evidente foi defendida há bastante tempo no Brasil por Ovídio Baptista da Silva⁹⁷⁵. O jurista gaúcho lembrava muito bem que a jurisdição fora concebida para que o juiz se convencesse da existência do direito. Logo, se isso ocorresse ao primeiro exame da lide, estaria ele autorizado a satisfazer esse direito extreme de dúvidas, na linha do que preconizava o próprio direito francês (*contestação não séria*). Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni, desde os anos 90, também defendia a antecipação dos direitos evidentes, reconhecendo que se tratava de uma *necessidade cada vez mais premente*⁹⁷⁶.

A seriedade da contestação, no sistema francês, depende de uma valoração realizada pelo juiz, diante do caso concreto. Como explica Yves Strickler, não é porque o réu contestou o pedido que a obrigação, apenas por isso, transformar-se-á em seriamente contestável⁹⁷⁷. A defesa apresentada deve ter seu conteúdo analisado pelo magistrado. E isso não pode ser feito aprioristicamente, pois tal noção leva a uma casuística na qual não é fácil sistematizar

⁹⁷² Art. 809. Segunda parte. “Dans les cas où l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ou ordonner l’exécution de l’obligation même s’il s’agit d’une obligation de faire”.

⁹⁷³ ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 365.

⁹⁷⁴ TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 260.

⁹⁷⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de processo civil (1987), volume III, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 114.

⁹⁷⁶ “Se o processo deve continuar, não obstante a evidência de um direito, a falta de disposição de tutela antecipatória, evitando a postergação da satisfação deste direito, estaria em desacordo com a necessidade, cada vez mais premente, de tempestividade da tutela jurisdicional”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 104).

⁹⁷⁷ STRICKLER, Yves. Procédure Civile, 8. édition, Bruxelles: Bruylant, 2018, p. 288.

soluções⁹⁷⁸.

Trata-se de uma flexibilidade quanto ao suporte da tutela provisória, baseada no conceito jurídico indeterminado de *obrigação não seriamente contestável*. Analisando tanto a argumentação do autor quanto a do réu, o magistrado verifica quem provavelmente terá suas razões reconhecidas ao final. Nessa análise, caso fique claro que é o autor quem tem a maior probabilidade de vitória, autoriza-se que ele possa fruir desse (suposto) direito desde logo.

De qualquer forma, há um controle pelo tribunal a respeito da caracterização do requisito de ausência de contestação séria⁹⁷⁹. Ou seja, os limites do poder do juiz de *référé* são avaliados em segundo grau, mediante a análise da existência ou não da condição legal para sua atuação. Destaque-se haver uma imprecisão no conceito de *contestação séria* mas isso, ao invés lamentado, é festejado. Lá se entende que tal flexibilidade propicia a vantagem de deixar ao magistrado uma *satisfatória margem de manobra*⁹⁸⁰.

O mais relevante é que essa probabilidade do direito do autor, aliada à fragilidade de defesa do réu, gera no sistema francês uma exigência de celeridade que não está vinculada ao risco. Nesse sentido, Yves Strickler afirma haver uma *urgence qui va en quelque sorte de soi*⁹⁸¹, isto é, uma *urgência que aparece naturalmente, decorrente dela mesma*. Ou seja, não há a necessidade de existir o risco de perecimento do direito material para que ocorra a antecipação da tutela. A situação processual, por si mesma, exige celeridade. Como diz Strickler, a mera existência de um direito incontestável gera uma urgência que lhe é inerente.

A celeridade constitui assim uma característica essencial do *référé*. Nesse aspecto, Soraya Amrani-Mekki reconhece que todos os *référés* especiais, inclusive aqueles não são motivados pela urgência, sempre refletem uma exigência de celeridade⁹⁸². Vale lembrar que o sistema francês, assim como o brasileiro, não prevê a execução imediata da sentença. Essa é,

⁹⁷⁸ “On ne peut donc estimer a priori q’une contestation est sérieuse ou ne l’est pas. (...) “Force est d’admettre qu’en matière de référé, l’analyse de la notion de contestation sérieuse débouche sur ‘une casuistique dont il n’est pas aisé de systématiser les solutions.’ (STRICKLER, Yves. Le juge des référés, juge du provisoire. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2010, p. 59).

⁹⁷⁹ STRICKLER, Yves. Le juge des référés, juge du provisoire. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2010, p. 65.

⁹⁸⁰ STRICKLER, Yves. Le juge des référés, juge du provisoire. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2010, p. 59.

⁹⁸¹ “En présence d’un droit certain, le juge peut ainsi estimer que l’urgence va en quelque sorte de soi. L’urgence est inhérente au respect d’un droit incontestable”. (STRICKLER, Yves. “Le référé-différend”, in *Revue de recherches juridiques – Droit prospectif*, 2004-3, Puam, Mars 2015, p. 1277-1315).

⁹⁸² “Les référés spéciaux, qui deviennent de plus en plus importants quoique non motivés par l’urgence, reflètent toujours l’exigence de célérité. Celle-ci ne se réduit pas, en effet, à l’urgence, mais résulte de la prise en compte d’une rapidité nécessaire par de considérations multiples et diverses”. (AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*. Paris: Dalloz, 2002, p. 463).

certamente, uma das razões do enorme sucesso do *référé*⁹⁸³.

Com efeito, a duração demasiada do processo é fonte de injustiça e descrédito. Tais efeitos nefastos são sentidos não apenas pela parte (que, apesar de ter razão, é obrigada a esperar um longo período de tempo) mas também pela coletividade. Fala-se, assim, em efeitos sociais da demora. Estes consistem, por exemplo, na atitude reprovável, mas que lamentavelmente vê consequências positivas no descumprimento da lei. Com muito bem destacado, *as pessoas se vêem desestimuladas a cumprir a lei, quando sabem que outras a descumprem reiteradamente e obtêm manifestas e indevidas vantagens, das mais diversas naturezas*⁹⁸⁴.

Essa exigência de celeridade, completamente dissociada do *periculum in mora*, é o que, neste trabalho, se denomina de *dever de antecipar a tempo*. O uso dessa expressão *a tempo* evita uma confusão indesejada com a noção clássica de urgência (*periculum in mora*) e, de igual forma, mostra que a antecipação da tutela deve ocorrer desde logo, ou seja, no tempo adequado, no tempo propício. *A tempo* significa justamente algo que ocorre no momento oportuno, ou seja, no momento próprio.

Afinal, como não ver o dever de satisfação do direito do autor quando, após a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito, surge uma defesa absolutamente frágil e inconsistente? A aplicação da tutela da evidência se justifica (e até mesmo se torna desejada) em virtude desse *dever de antecipar a tempo*. Qualquer atuação jurisdicional que se pretenda célere, efetiva e eficiente autoriza (e impõe), nessa hipótese, a antecipação da tutela.

Nos casos de inconsistência da defesa do réu (e probabilidade do direito do autor), o julgamento de improcedência do pedido é extremamente raro. Isso porque se os argumentos do réu são frágeis, a tendência é realmente o pronunciamento de um julgamento final favorável ao requerente. Tal tendência, ou melhor, tal juízo de probabilidade justifica e autoriza a concessão da tutela da evidência de forma ampla e genérica, inclusive no Brasil.

A raridade da ocorrência de equívoco ou de reforma da decisão, como sustentava Chiovenda⁹⁸⁵, deve ser um elemento a mais a autorizar a concessão da tutela da evidência.

⁹⁸³ BONATO, Giovanni. I *référés* nell'ordinamento francese. In: CARRATA, Antonio (a cura di). La tutela sommaria in Europa. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 37.

⁹⁸⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 171.

⁹⁸⁵ “Ma chi intende il processo come un organismo di attuazione *del diritto oggettivo* e l'azione come un diritto autonomo, comprende più facilmente che il processo, nell'interesse generale, si comporti talvolta secondo ciò che *generalmente accade* anziché secondo quello che effettivamente *può accadere* nel caso concreto. È lo Stato che, in considerazione dell'autorità del giudice d'appello e della rarità (in via relativa, cioè di percentuale) delle riforme della sua sentenza, si determina a porre le mani sui beni del convenuto condannato in appello, sebbene no si sappia se sia veramente debitore, e ciò perchè *normalmente*, il convenuto condannato in appello é veramente debitore, ed è utile, nell'interesse generale del commercio giuridico,

Aquilo que normalmente acontece agrega-se à produção das provas para auxiliar a formar (ou melhor, a fortalecer) o juízo de probabilidade. Como se sabe, a inconsistência de defesa do réu normalmente leva à procedência final do pedido do autor. Daí a razão pela qual as hipóteses descritas no art. 311 do Código de Processo Civil, e todas as outras que abrangem a evidência do direito, autorizam desde logo a sua satisfação antecipada.

É o *dever de antecipar a tempo* que surge de forma clara, em decorrência da aplicação da racionalidade e da busca de eficiência processual.

8.4 A NATUREZA DO ROL DO ART. 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: NÃO TAXATIVIDADE E O *DEVER DE ANTECIPAR A TEMPO*, ISTO É, NO TEMPO ADEQUADO

Muito se tem questionado a respeito da natureza do rol do artigo 311 do Código de Processo Civil brasileiro, o qual disciplina a tutela da evidência. Não se pode, contudo, admitir a taxatividade para essa técnica de antecipação de direitos. Essa é a posição que prevalece na doutrina⁹⁸⁶. O entendimento se justifica e possui raízes históricas.

A tutela da evidência, na doutrina francesa, se relaciona atualmente a um poder antecipatório geral, atribuído aos magistrados, para assegurar que as partes não sofram prejuízos pelo decurso do tempo processual. Observe-se que, inicialmente, o art. 6º do Decreto Real de 22 de janeiro de 1685 previa hipóteses taxativas para o *référé*⁹⁸⁷. Somente naquelas situações específicas de urgência, ali descritas⁹⁸⁸, o juiz poderia determinar um provimento provisório

considerarlo *sempre* come tale. Ma questo è un diritto dello Stato (come, in altro campo, è un diritto dello Stato la detenzione preventiva dell'imputato): a questo diritto dello Stato corrisponde nel privato una mera azione". (CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile (1935), vol. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 215).

⁹⁸⁶ Dentre outros, vale citar MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 270; MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória (2013). 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 79; LAMY, Eduardo. Tutela provisória. São Paulo: Atlas, 2018, p. 15 e 16. No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil, volume único, 9ª ed, Salvador: Editora Jus Podivm, 2017, p. 558; ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. Tutela Provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela da evidência; tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 169.

⁹⁸⁷ BONATO, Giovanni. I *référés* nell'ordinamento francese. In: CARRATA, Antonio (a cura di). La tutela sommaria in Europa. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 38.

⁹⁸⁸ Art. 6. "Quand il s'agira de la liberté de personnes qualifiées ou constituées en charge, de celle des marchands et négociants emprisonnés à la veille de plusieurs fêtes consécutives ou des jours auxquelles on n'entre pas au Châtelet; lorsqu'on demandera la mainlevée de marchandises prêtes à être envoyées et dont les voituriers seront chargés ou qui peuvent dépérir; du payement que des hôteliers ou des ouvriers demandent à des étrangers pour des nourritures et fournitures d'habits, ou autres choses nécessaires;

para afastar o *periculum in mora*.

Em 1806, com a previsão do instituto de *référé* no Código de Processo Civil francês, a aplicação dessa forma de tutela sumária se tornou ampla e geral. O legislador abandonou a técnica da tipificação para prever um provimento provisório mediante uma cláusula geral de urgência⁹⁸⁹. O juiz do *référé* passou a ter um poder atípico e geral.

Essa generalização não se deu por acaso. Na própria Exposição de Motivos do Código francês foram descritas as razões pelas quais se pretendia afastar a tipificação sem gerar com isso qualquer imprecisão ou incerteza. Dentre elas estava justamente a atribuição de mais poder aos magistrados, os quais teriam o discernimento e a probidade para bem aplicar o instituto⁹⁹⁰. Tanto é assim que literalmente se afirmava existir uma confiança muito forte nos magistrados, os quais seriam encarregados de aplicar a regra. O que se verificou, portanto, foi uma escolha consciente na ampliação dos poderes judiciais.

Saliente-se que, naquele momento, a tutela provisória ainda estava restrita aos casos de urgência. Mas já se adotava uma noção vaga e atípica para a urgência. Esta não dependia de circunstâncias específicas, previamente determinadas pelo legislador. A urgência na França, a partir de 1806, passou a ser aferível pelo próprio juiz de *référé*, à luz do caso concreto. Adotou-se uma urgência flexível, uma *notion floue*⁹⁹¹, a qual pode estar sujeita a definições diversas⁹⁹². Depois disso, a França nunca mais retornou ao modelo de tutela provisória típica.

Se as situações de urgência ganharam atipicidade, com maior razão essa aplicação genérica deve prevalecer nos casos de evidência. Aqui há um motivo ainda mais claro para a predominância desse entendimento. A lógica que fundamenta a tutela da evidência se mostra incompatível com a tipificação restrita e limitada a determinadas hipóteses legais (ainda que

lorsqu'on réclamera des dépôts, gages, papiers ou autres effets divertis: si le lieutenant civil le juge ainsi à propos pour le bien de la justice, il pourra ordonner que les parties comparaitront le jour même dans son hotel pour y être entendues et être par lui ordonné par provision ce qu'il estimera juste, sans aucunes vacations ni frais à son égard". (ISBACHIAN, G. Le référé, un enjeu pour Demain? Thèse pour l'obtention du grade de Docteur de L'Université de Nice-Sophia Antipolis, 2005, p. XVII).

⁹⁸⁹ BONATO, Giovanni. I *référés* nell'ordinamento francese. In: CARRATA, Antonio (a cura di). La tutela sommaria in Europa. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 39.

⁹⁹⁰ Vale reproduzir o texto da Exposição de Motivos por sua importância histórica: "Nous croyons que cette inquiétude n'est pas fondée et que sans rappeler la longue nomenclature des cas prévus par l'Édit de 1685, la Loi s'explique assez clairement en n'attribuant à l'audience des référés que les cas d'urgence. Le discernement et la probité du juge feront le reste." (CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 39).

⁹⁹¹ Essa expressão é utilizada na França para demonstrar a imprecisão do conceito de urgência. Ele é tão vago como uma imagem borrada, de contornos indefinidos.

⁹⁹² CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz, 2007, p. 464.

isso também ocorra para determinadas situações de direito material). A ideia da distribuição ou inversão do tempo para a prova exige uma abordagem genérica e ampla. Não se pode imaginar que a regra se aplique apenas em determinadas situações específicas, deixando de fora todas as outras não previstas pelo legislador. Isso porque se a distribuição do tempo para a prova, ou a inversão desse tempo (no caso da defesa direta e inconsistente), têm como substrato a técnica de antecipação nos casos de evidência, não há porque limitar a aplicação do instituto a apenas algumas situações expressamente previstas. Trata-se assim de uma norma geral que explicita a razão de incidência da tutela da evidência, atendendo a exigência de tratamento paritário e isonômico.

Ao tratar das tutelas jurisdicionais diferenciadas, Eduardo Talamini destaca que toda vez que um instrumento processual tiver abrangência genérica, não sendo modelado exclusivamente para específicas situações materiais, não se estará diante de um tratamento diferenciado. Dando como exemplo a urgência, afirma que ela não é exclusividade de determinada categoria de situações substanciais, podendo surgir em qualquer delas. Daí a existência de remédios genéricos como o poder geral de cautela e a técnica genérica que vigorava no art. 273 do CPC/1973⁹⁹³.

Isso justifica porque o intuito deve ser o da concessão da tutela provisória a partir do momento em que o direito se mostrar evidente, independentemente da preocupação com um casuismo (situações específicas de direito material ou taxatividade do rol do art. 311 do Código). Na linha do que aqui se sustenta, o ideal é que isso ocorra após a manifestação do réu, ocasião em que o magistrado terá condições de comparar a força das alegações de cada uma das partes. A tutela da evidência, concedida de forma ampla e isonômica, pressupõe, normalmente, o respeito ao contraditório prévio. Assim poderão ser bem consideradas as posições jurídicas de ambos os lados. Mas o sistema também admite a evidência fixada *a priori*, pelo legislador.

A tutela de evidência merece, portanto, aplicação ampla, para muito além de qualquer rol taxativo de situações. O ideal seria a previsão de uma única regra (aberta), como ocorre na França com o instituto do *référé-provision*. Lá, permite-se a concessão da tutela provisória destituída da urgência sempre que a obrigação não for *seriamente contestável*⁹⁹⁴.

⁹⁹³ TALAMINI, Eduardo. Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95, (1997), 2.ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 122.

⁹⁹⁴ É o que se expõe no tópico referente ao *référé-provision*. O principal dispositivo legal é o art. 809 do Code de Procédure Civile da França: Dans tous les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

Mas, de qualquer forma, o art. 311 do Código de Processo Civil não se refere a uma enumeração taxativa de situações da vida concreta, apenas apresenta uma lista exemplificativa de algumas situações em que se verifica uma defesa frágil, infundada, *inconsistente*⁹⁹⁵. A lógica que está na base desse entendimento é a de que o tempo necessário para a produção da prova deve ser suportado por aquela parte que dela necessita, sob pena de se ferir o próprio princípio da isonomia e do tratamento paritário. Reconhece-se, nesse aspecto, haver a possibilidade de situação potencialmente não isonômica na distribuição dos ônus que o tempo acarreta para autor e réu no processo⁹⁹⁶. Daí a importância do legislador de 2015 ter, por outro lado, ampliado significativamente as hipóteses de tutela da evidência previstas no sistema anterior.

O mais relevante é que partindo da premissa de que os direitos evidentes merecem tratamento diferenciado, não se pode chegar à conclusão de que o rol do art. 311 do Código de Processo Civil é taxativo. Haveria em tal forma de pensar uma grave incoerência. Ora, se todo direito cuja existência se mostra altamente provável merece ser satisfeito desde logo, não há como se admitir que o legislador poderia escolher aleatoriamente apenas algumas situações específicas. Logo, a enumeração no referido dispositivo apenas serve para exemplificar hipóteses. Tanto é assim que existe tutela da evidência fora do rol do art. 311 do Código⁹⁹⁷. A propósito, Carlos Augusto de Assis e João Batista Lopes sustentam que as situações de evidência são numerosas, razão pela qual seria impossível prevê-las em *numerus clausus*⁹⁹⁸.

Sobre o risco de que os tribunais venham a interpretar o art. 311 como um rol taxativo, Eduardo da Fonseca Costa afirma que, *caso isso aconteça, terá o legislador contribuído para a frustração da magnânima ideia que o inspirou*⁹⁹⁹. Isso porque a tutela da evidência vem sendo aplicada no dia a dia forense, em várias situações para além das hipóteses do referido

⁹⁹⁵ Daniel Mitidiero apresenta a noção de *defesa inconsistente* como um *denominador comum* capaz de *amalgamar* todas as quatro situações arroladas pelo legislador no art. 311. (MITIDIERO, Daniel, Antecipação da tutela. 3ª ed, rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 159 e 160)

⁹⁹⁶ A respeito da igualdade em relação às posições processuais e a possibilidade da utilização da tutela antecipatória para se garantir um tratamento isonômico, vide ABREU, Rafael Sirangelo de. Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 205.

⁹⁹⁷ É o que ocorre nas liminares possessórias, (CPC, art. 562), nos embargos de terceiros (CPC, art. 678), na locação (Lei nº 8.245/91, art. 59, § 1º e art. 68, II) e na antecipação de uso e fruição de bem na partilha (CPC, art. 647, § único), dentre outras.

⁹⁹⁸ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. Tutela provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 169.

⁹⁹⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Tutela de evidência no projeto do novo CPC – uma análise dos seus pressupostos. In: ROSSI, Fernando [et al] (Coord.) O Futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 180.

dispositivo. As liminares possessórias e em ações de despejo, dentro outras, são exemplos disso. Daí porque se deve entender o art. 311 como um rol meramente exemplificativo.

Tal entendimento, contudo, não é pacífico. Há quem entenda que o rol é taxativo. Segundo Humberto Theodoro Júnior, o legislador de 2015 teria feito uma opção ao enumerar as hipóteses legais da tutela da evidência, ao invés de conceituá-la genericamente. Por isso, segundo o autor, o rol seria taxativo e tampouco permitiria ampliação mediante interpretação extensiva¹⁰⁰⁰. Da mesma forma pensa Daniel Pentead de Castro, para quem as hipóteses da tutela da evidência devem ser necessariamente taxativas¹⁰⁰¹. Leonardo Greco também afirma a taxatividade das hipóteses do art. 311 do Código de Processo Civil¹⁰⁰².

Não parece ser essa a concepção mais adequada da tutela da evidência. Como afirma Juarez Freitas, o sentido da norma somente é obtido plenamente mediante a análise da totalidade das normas, dos valores e dos princípios¹⁰⁰³. Assim, o texto do art. 311 (além de não trazer qualquer palavra tendente à taxatividade) também não pode ser interpretada isoladamente, sem se considerar o princípio da isonomia (art. 5º, caput e inciso I da Constituição Federal) e o disposto no art. 7º das normas fundamentais do Código de Processo Civil, o qual assegura tratamento paritário para o exercício dos direitos. De igual forma, não se pode desconsiderar o princípio da eficiência (CPC, art. 8º) e a garantia da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII e CPC, art. 4º).

Ao permitir a aplicação genérica da distribuição equânime do tempo no processo, a tutela da evidência democratiza e torna mais justa a relação processual. Ela evita que a antecipação da execução *privilege apenas determinada posição social em detrimento de outra*¹⁰⁰⁴.

Para assegurar essa característica isonômica, de modo a abranger todas as situações

¹⁰⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, vol. I, 57ª ed, rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 693.

¹⁰⁰¹ Vale transcrever: “O dano marginal *stricto sensu* dispensa a comprovação de dano ou da iminência de sua consumação e decorre da inevitável demora do processo, isto é, o tempo consumido do jurisdicionado para gozar do bem da vida pretendido, à espera do exaurimento de todo o *iter* procedimental. Esse estado de latência ampara a antecipação da tutela sem o requisito da urgência a fim de relativizar sua demonstração, porquanto as circunstâncias que revestem a concessão da antecipação sem urgência, em hipóteses que devem ser necessariamente taxativas, conferem alta probabilidade ao direito do requerente da medida”. (CASTRO, Daniel Pentead de. Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil, Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 281).

¹⁰⁰² GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. II, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 370.

¹⁰⁰³ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73.

¹⁰⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333*/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 260.

de defesa inconsistente, basta interpretar o referido dispositivo legal (art. 311 do Código de Processo Civil) valendo-se dos conceitos jurídicos indeterminados ali constantes. Isto é, fazendo o enquadramento legal sempre que se verificarem no caso concreto as situações expostas de forma propositadamente vaga e indeterminada no enunciado normativo.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sustentam que o inciso I do art. 311, ao fazer menção ao *abuso do direito de defesa* ou ao *manifesto propósito protelatório da parte*, traz uma *regra geral de democratização do processo*¹⁰⁰⁵. Segundo eles, caso não existisse o inciso I, não se poderia oportunizar a tutela da evidência a todos os casos de inconsistência da defesa e, com isso, violar-se-ia a isonomia. Tal raciocínio se mostra plenamente adequado a um processo civil constitucional, voltado à preservação da igualdade e da paridade das partes.

Em outros termos, a regra geral, de conteúdo aberto, deve ser preenchida pelo operador do direito no momento da aplicação da norma. E sem distinções odiosas por parte de um legislador que não consegue prever todas as situações da vida dos jurisdicionados.

Sem dúvida, o legislador quis utilizar conceitos jurídicos indeterminados. E isso gera uma abertura para a utilização da tutela da evidência. Mas, parece que além do inciso I, isso também pode ser percebido no inciso IV do art. 311. Ambos possibilitam uma maior amplitude na aplicação do dispositivo. Com efeito, tanto o inciso I como o inciso IV trazem expressões vagas, de preenchimento semântico a partir da aferição no caso concreto. Veja-se assim a noção de abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte. São expressões propositadamente dotadas de vagueza semântica, dando margem a uma complementação de sentido pelo aplicador do direito. Afinal, o que constitui abuso do direito de defesa? E o propósito protelatório da parte? Tais conceitos são tratados neste trabalho em tópico específico, mas interessa aqui perceber a generalidade proposital das expressões utilizadas pela lei.

Segundo o inciso IV do art. 311 do Código de Processo Civil, a tutela da evidência deverá ser concedida quando a petição for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor e desde que o réu a ela não oponha qualquer outra prova capaz de gerar *dúvida razoável*. Ora, o que é esta prova capaz de gerar dúvida razoável? Ou melhor, é possível, de antemão e abstratamente, especificar quando a prova cria uma dúvida razoável? A resposta é claramente negativa. Isso significa que apenas à luz da situação concreta será possível ao juiz verificar se existe ou não uma dúvida que tenha o condão de impedir a

¹⁰⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 270.

concessão da tutela da evidência.

Desse modo, tanto no inciso I como no inciso IV estão presentes conceitos jurídicos indeterminados capazes de garantir uma aplicação isonômica da tutela da evidência, sempre baseada na ideia da construção da norma a partir do caso concreto.

Saliente-se que não se está diante de cláusulas gerais¹⁰⁰⁶, uma vez que o efeito legal está previamente descrito no *caput*. A propósito da distinção entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, Judith Martins-Costa esclarece que neste último, *o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (semanticamente vago) indicado na fattispecie (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa*¹⁰⁰⁷. O que se quer dizer é que na cláusula geral a análise e aferição do magistrado abrangem tanto o preenchimento do conteúdo do pressuposto legal, quanto a atribuição do efeito dele decorrente. Nela, conseqüentemente, há uma dupla indeterminação, ao passo que no conceito indeterminado essa vagueza se mostra apenas em relação ao pressuposto fático de aplicação da regra.

Conforme estabelece o inciso IV do art. 311 do Código de Processo Civil, caso se verifique a ocorrência de prova que não suscite *dúvida razoável*, e estando configurada, portanto, a probabilidade do direito, haverá o efeito legal da concessão da tutela da evidência. Nessas hipóteses, a consequência vem antecipadamente prevista no texto legal, não cabendo aqui nenhuma operação de escolha por parte do aplicador da norma.

A grande vantagem em enxergar no dispositivo uma regra geral, aplicável a todos os casos de abuso de defesa (art. 311, I) ou de inexistência de dúvida razoável (art. 311, IV), consiste não apenas na ampliação da incidência dessa técnica antecipatória, mas principalmente na garantia de um tratamento isonômico e não discriminatório.

Por outro lado, caso se entendesse que o rol do art. 311 se referia apenas a situações tipificadas e já previamente desenhadas pelo legislador, haveria um tratamento privilegiado a alguns, em detrimento de inúmeras outras situações que ficariam ao desamparo da norma¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁶ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart assim também reconhecem: “Trata-se de conceito jurídico indeterminado. Bem por isso, *cabete tutela da evidência quando, em qualquer caso, o juiz puder declarar, diante da evidência do direito e da inconsistência da defesa, que o seu exercício, ao exigir instrução dilatória, constitui um abuso*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 270).

¹⁰⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação, (1999), 2ª ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 159.

¹⁰⁰⁸ Nesse sentido, mostra-se novamente pertinente a colocação de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Na verdade, caso o art. 311 fosse um mero amontoado de exemplos, haveria uma simples

Embora não se trate de técnica antecipatória baseada na urgência (e sim na evidência), a lógica que se pretende aplicar a esses dois incisos é semelhante àquela utilizada para descrever a urgência no sistema francês. Lá, prevalece a generalidade e atipicidade da noção de urgência, a qual somente é aferível no caso concreto. Em relação a isso, Yves Strickler destaca que se o legislador não enumerou os casos de urgência, isto se deve ao fato de não ser possível uma previsão de todas essas situações pela lei, devendo se deixar tal aferição à apreciação do magistrado¹⁰⁰⁹. De igual forma, Jaques Vuitton e Xavier Vuitton dizem que a urgência é factual, ou seja, depende de uma apreciação concreta na situação à qual deva intervir¹⁰¹⁰. Tal concepção traz, obviamente, uma flexibilidade e uma amplitude bem maiores na aplicação da regra.

De fato, o sistema francês não adota uma noção de urgência como um requisito predeterminado e vinculante¹⁰¹¹. Ao contrário, percebe-se um conceito construído de forma genérica. A urgência constitui então uma questão de fato, deixada à apreciação soberana dos magistrados. A mesma flexibilidade não existe na Itália, que opera com a noção tipificada do prejuízo iminente e irreparável.

Ao buscar as características dessa urgência flexível, a Corte de Cassação da Bélgica¹⁰¹²(que também utiliza o *référé*) formulou um excelente conceito. Ela consistiria no receio *de um prejuízo de certa gravidade, ou seja, que gere sérios inconvenientes, tornando assim a decisão imediatamente desejável*¹⁰¹³. Ou seja, dever-se-ia recorrer ao *référé* sempre que o procedimento ordinário não pudesse oferecer uma decisão no *tempo desejado*¹⁰¹⁴. Observe-se aqui a flexibilidade e vagueza do conceito.

descrição de hipóteses traçadas em privilégio de determinados titulares de documentos ou contratos”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 270).

¹⁰⁰⁹ “Car si le législateur n’a pas énuméré les cas d’urgence, c’est parce qu’ils ne peuvent pas ‘être prévus tous par la loi (et) sont laissés à l’appréciation du magistrat’. (STRICKLER, Yves. Le référé-différend, *in* Revue de recherches juridiques – Droit prospectif, 2004-3, Puam, Mars 2015, p. 1277-1315).

¹⁰¹⁰ “On devine cependant para là-même que l’urgence est, par nature, extrêmement factuelle, puisqu’elle suppose une appréciation concrète de l’environnement dans lequel la mesure à prendre doit intervenir”. (VUITTON, Xavier; VUITTON, Jacques. Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale. 3 édition, Paris: Lexis Nexis, 2012, p. 15).

¹⁰¹¹ TISCINI, Roberta. I provvedimenti decisorii senza accertamento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 257.

¹⁰¹² País que também utiliza o *référé*.

¹⁰¹³ “Mais c’est sans doute à la Cour de cassation belge que l’on doit la meilleure formulation du *periculum in mora* comme condition du référé: ‘Il y a urgence [...] dès que la crainte d’un préjudice d’une certaine gravité, voire d’inconvénients sérieux, rend une décision immédiatement souhaitable; on peut dès lors recourir au *référé* lorsque la procédure ordinaire serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu’ (Cass. 21 mai 1987, Pas., 1987, I, 1160” (CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 71).

¹⁰¹⁴ A expressão em francês é: en temps voulu.

O mesmo se pode dizer da aferição da evidência, mediante os conceitos indeterminados do abuso da defesa ou da prova incapaz de gerar dúvida razoável. Tais expressões vagas constituem a abertura da regra para uma aplicação ampla e isonômica da técnica antecipatória.

Em suma, se a urgência é flexível e, portanto, aferível no caso concreto, porque também não o seria a evidência do direito?

Com efeito, as alegações apresentadas pelas partes e as provas já produzidas geram uma evidência que deve ser identificada pelo magistrado a partir do caso concreto.

Destaque-se que tal atuação judicial terá fundamento legal. O art. 311 do Código de Processo Civil, interpretado sob a ótica dos direitos fundamentais, e auxiliado pelos conceitos indeterminados ali empregados (incisos I e IV), permite uma aplicação ampla e genérica da tutela da evidência, sem uma taxatividade limitada a determinadas situações de direito material.

Logo, a proposta que se apresenta neste trabalho consiste na adoção de uma noção vaga de evidência, aferível à luz das situações postas no processo e com base na probabilidade verificada após o contraditório, ou fixada *a priori* pelo legislador. Tal evidência autoriza a antecipação da tutela em virtude de uma forma diferenciada de exigência de celeridade (o *dever de antecipar a tempo*). Não se trata aqui da urgência consistente no *periculum in mora*, ou seja, um dos requisitos para a tutela provisória de urgência. Trata-se da imposição de celeridade, dissociada do perigo na demora, caracterizada pela exigência da pronta satisfação da pretensão mais provável. Ela consiste no dever da imediata satisfação da pretensão da parte que provavelmente tem razão. Em outras palavras, a evidência exige uma rápida atuação jurisdicional, fazendo surgir o dever de antecipar no momento adequado.

A tutela da evidência, aplicada assim, de forma ampla e genérica, em todas as situações em que as alegações do autor forem mais prováveis que as do réu e sempre que houver defesa inconsistente, assegura um tratamento paritário e uma distribuição mais justa do ônus do tempo no processo. O que se verifica nesses casos é uma outra exigência de celeridade, não caracterizada pelo *periculum in mora*, mas pelo dever de antecipar a tempo, isto é, no momento adequado.

Tal dever de antecipação decorre da evidência do direito, a ser aferida pelo magistrado à luz do caso concreto, a partir da análise das alegações de ambas as partes e mediante um juízo de probabilidade.

Nesse sentido, a tutela da evidência consiste na aplicação da técnica antecipatória dissociada do *periculum in mora*, baseada em um juízo de probabilidade associado à fragilidade de defesa. Nessa situação surge o dever de *antecipar a tempo* a pretensão do autor. Seu

pressuposto não é a urgência típica dos provimentos provisórios, mas sim uma exigência de celeridade, decorrente do interesse em satisfazer imediatamente quem provavelmente tem razão.

8.5 A TENDÊNCIA DE MENOSPREZO AO PROVISÓRIO NÃO URGENTE

A existência de um sistema paralelo para a tutela provisória facilita a sua aplicação prática. É o que se vê, por exemplo, na França.

No sistema judicial francês o procedimento de *référé* é previsto de forma paralela à chamada jurisdição *au fond*, isto é, ao juízo de mérito. Assim, podem ser instalados, ao mesmo tempo, um procedimento com relação à ação principal e um de *référé* sobre a mesma causa, sem que se caracterize litispendência ou conexão¹⁰¹⁵. A razão é que os objetivos são diversos e convivem naturalmente. O juiz de *référé* pode inclusive ser provocado durante o procedimento da demanda principal, atuando mediante o *référé en cours d'instance*. Trata-se da possibilidade da concessão de uma medida provisória autônoma, não obstante a pendência do juízo de mérito, salvo se houver a atuação do juiz de *la mise en état* (juiz instrutor) que poderá conceder provimentos provisórios incidentais (art. 771 do Code de Procédure Civile). O único limite, portanto, é a atuação do próprio juiz da ação principal, hipótese na qual cessam os poderes do juiz de *référé*. A competência daquele exclui a competência deste¹⁰¹⁶.

Há, portanto, na França, uma estrutura própria de varas e juízes para a análise e concessão dos pedidos de *référé*. Trata-se de uma jurisdição voltada exclusivamente para a tutela provisória e que é dotada de um poder que lhe é próprio¹⁰¹⁷. Verifica-se, dessa forma, uma completa divisão entre a jurisdição do processo principal (*au fond*) e a jurisdição que trata dos procedimentos de *référé*. Daí porque se diz que existe um verdadeiro *parallelismo* entre as duas formas de prestação jurisdicional¹⁰¹⁸, pois a decisão do juiz de *référé* não interfere, nem

¹⁰¹⁵ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. Os référés no ordenamento francês. In: Revista de Processo, vol. 255, Maio/2016, p. 527-566.

¹⁰¹⁶ CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1306.

¹⁰¹⁷ CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien, Paris: Dalloz, 2007, p. 224.

¹⁰¹⁸ “Il carattere più propriamente tipico di questo procedimento è dato dal suo parallelismo rispetto al procedimento principale, non essendo previste interrelazioni o interscambi fra i due percorsi processuali. E’ tuttavia anche chiara la ragione della diffusione del référé nella giustizia civile francese”. (DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. Processi civile in evoluzione – una prospettiva comparata. Milano: Giuffrè Editore, 2015, p. 349).

prejudica, a decisão que poderá vir a ser proferida na ação principal. O juiz do *référé* decide apenas e tão somente o pedido sumário, não havendo o prosseguimento do processo para a cognição exauriente.

Existe, inclusive, a possibilidade de convivência entre as ordens de *référé* e a arbitragem. Isso permite a atuação do juiz de *référé* para a concessão de medidas conservatórias, mesmo depois de instalado o tribunal arbitral¹⁰¹⁹.

Saliente-se que esse paralelismo não existe no sistema brasileiro, nem tampouco no sistema italiano de tutela sumária¹⁰²⁰. Nestes, a competência para a concessão de medidas provisórias durante o trâmite do processo principal será do juiz a quem cabe julgar o mérito. Daí porque se diz que a solução francesa é oposta à italiana, a qual atribui ao juiz de mérito a função de analisar as medidas provisórias¹⁰²¹.

Essa independência e autonomia do *référé* constituem a razão de ser de seu sucesso e ampla aplicação. Isso porque, enquanto *juge de référé*, o magistrado atua voltado exclusivamente para a análise das medidas provisórias, não tendo outra preocupação senão atuar provisoriamente em relação àquele pedido específico. Isso faz com que ele não deixe para depois a providência que pode ser determinada naquele instante. Observe-se que isso é fundamental em relação ao *référé-provision*, caracterizado justamente pela inexistência de urgência.

Se assim não fosse, na maior parte dos casos, a decisão provisória seria fulminada, sob o argumento de ser mais prudente aguardar o julgamento final. Ora, em um sistema judicial em que o magistrado tem, em um mesmo procedimento, os poderes de concessão de juízo provisório e de juízo de mérito, sempre que não houver urgência, sua tendência será postergar a decisão para o juízo final. Isso, apesar de lamentável, é de uma clareza absoluta.

Por outro lado, se sua função se limitar, naquele momento e naquele procedimento ao pedido provisório, ele naturalmente terá que analisar e decidir se concede, desde logo, o provimento requerido.

Não há dúvida, portanto, que as medidas provisórias têm um melhor campo de atuação

¹⁰¹⁹ CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016, p. 1307.

¹⁰²⁰ Nesse sentido Frederico Gomes destaca a divergência entre o sistema francês e os sistemas italiano e brasileiro, nos quais o próprio juiz competente para a análise de mérito é que analisa a tutela provisória. (GOMES, Frederico Augusto. A estabilização da tutela antecipada, São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018, p. 40).

¹⁰²¹ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. Os *référés* no ordenamento francês. In: Revista de Processo, vol. 255, Maio/2016, p. 527-566.

quando existe um juízo específico para sua concessão. Tal argumento torna-se ainda mais relevante em se tratando de medidas não urgentes, cujo decurso do tempo, apesar de constituir fator de desequilíbrio e injustiça, não causa risco de perecimento do direito. Em outras palavras, no Brasil, quando não há *periculum in mora*, o juiz lamentavelmente não se sente obrigado a decidir em caráter provisório. Lembre-se ainda que, se ele tiver outros afazeres no mesmo órgão jurisdicional, tal como realizar audiências, deliberar pedidos urgentes e proferir sentenças, obviamente as pretensões provisórias de evidência serão relevadas para um segundo plano. Ou até mesmo menosprezadas.

A concepção que parece dominar o sistema brasileiro é a de que o julgamento deva sempre se basear em certeza jurídica, sendo assim completamente indiferente ao tempo gasto para a satisfação das pretensões. O que está oculta nessa mentalidade é a rejeição da outorga de poderes ao Judiciário e a recusa em se admitir decisões baseadas em probabilidade ou evidência.

Essa racionalidade parece tão arraigada na aplicação do direito processual civil que os operadores nem mesmo se dão conta da possibilidade de mudança. Afinal, *em toda obra legislativa está implícita uma visão de mundo, uma escala de valores*¹⁰²². Nesse sentido, pode-se constatar um *habitus*¹⁰²³ relativo ao que é justo e adequado na forma da prestação jurisdicional. Há uma tendência em só se decidir após a cognição exauriente, mantendo assim a tradição de apenas outorgar o bem da vida ao final de um longo e custoso processo judicial.

Desconsidera-se que o tempo do processo causa inevitavelmente um prejuízo para o requerente que tem razão.

A ideia equivocada e que aparece subjacente a essa constatação é a de que a manutenção do *status quo* não causaria prejuízo. Na verdade, o dano processual decorrente da espera injustificada é algo bastante comum, que pode e deve ser evitado. Como já exposto, a tutela da evidência, que existia sob a égide do Código de Processo Civil de 1973¹⁰²⁴, sempre foi

¹⁰²² BARBOSA MOREIRA, BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: segunda série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 29.

¹⁰²³ A noção de *habitus*, desenvolvida por Pierre Bourdieu, contribuiu enormemente para a compreensão dessa influência forte do que está invisível, oculto. Segundo ele, o *habitus* consiste em um sistema de disposições adquiridas pelo aprendizado implícito ou explícito e que funciona como esquemas generalizados, gerando estratégias de acordo com os interesses objetivos dos atores do campo, sem estar expressamente concebido para este fim. Pode-se dizer que o *habitus* é a forma como a coletividade se insere nas pessoas, com seus valores, gostos e tendências. Ele é formado pelas disposições duráveis e pelas capacidades de pensar e agir de modo pré-determinado, sem uma completa consciência a esse respeito. (BOURDIEU, Pierre. *Questions de sociologie*, Paris: Les Éditions de Minuit, 2002, p. 86).

¹⁰²⁴ O art. 273 do Código de 1973, com as alterações das Leis n.ºs 8.952/94 e 10.444/2002, passou a autorizar a antecipação da tutela quando ficasse caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito

muito pouco aplicada. Essa constatação leva a uma outra percepção: a de que a ideia de julgamento ou decisão judicial está profundamente ligada à busca de certeza jurídica. Julgar com base em probabilidade é algo excepcional, desvalorizado e fortemente combatido dentro do sistema. Tanto é assim que no procedimento ordinário clássico (com origem no direito liberal), o único julgamento que poderia afirmar as palavras da lei seria aquele posterior à verificação da existência do direito¹⁰²⁵.

Não há como negar, portanto, a grande dificuldade em se alterar o *modus operandi* da prestação jurisdicional. Tal dificuldade persiste, mesmo quando se compreende que o tempo gasto no curso da demanda causa prejuízo. Permanece a ideia de que ao juiz não é dado decidir antes de alcançar a certeza a respeito da existência do alegado direito. Ignora-se, neste aspecto, que julgar com base em cognição sumária pode ser tão importante quanto prolatar uma sentença de mérito ao final do processo. Basta lembrar das situações urgentes e dos direitos que já se mostram evidentes. Esquece-se também que a própria *certeza* é algo absolutamente relativo e, de certa forma, inatingível.

A concepção de que decisões provisórias não são julgamentos¹⁰²⁶, ou ainda, que julgar verdadeiramente pressupõe certeza jurídica, está profundamente infiltrada no sistema processual brasileiro. Ovídio Baptista da Silva chegou inclusive a denunciar uma espécie de *bloqueio mental, culturalmente construído pela doutrina*¹⁰²⁷ e que se propaga pelas lições acadêmicas.

É bem verdade, por outro lado, que as decisões baseadas em cognição exauriente possuem enorme importância não apenas para as partes, como também para o próprio Estado e sistema judicial. Isso porque elas impedem a relitigância e servem para pautar as condutas

protelatório do réu (inciso II) e ainda quando quando um dos pedidos cumulados ou parcela deles se mostrasse incontroverso (§ 6º). Contudo, o Código de 2015 ampliou as hipóteses legais autorizadoras dessa forma de tutela.

¹⁰²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. (2004). 5ª ed, rev. ampl. e atual. de acordo com o CPC/2015, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 41.

¹⁰²⁶ “Para o sistema, não pode haver sequer “julgamento provisório”. Julgar provisoriamente é não julgar. Para o sistema, não há decisão *provisória* sobre a lide. Na verdade, decidir provisoriamente é nada decidir”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “Racionalismo e tutela preventiva em processo civil”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 91, v. 801, p. 40, julho de 2002).

¹⁰²⁷ “O que ocorre é mais um bloqueio mental, culturalmente construído através de uma doutrina que, formando-nos a partir dos bancos acadêmicos, obriga-nos a eliminar de nosso horizonte conceitual todas as formas de tutela processuais que, burlando o juízo de certeza que se exige dos magistrados, lhes pudesse prover de poderes para tutelar alguma situação hipotética, posto que futura, ainda que verossímil. Como se sabe, a tutela preventiva sustenta-se, em maior ou menor grau, num juízo de *probabilidade*. Tutela-se o que “provavelmente” possa ocorrer. E isso corresponderia a conceder ao juiz poderes que o sistema não está disposto a transferir-lhe”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 217).

futuras dos jurisdicionados. Como já mencionado, o objetivo do processo civil não é apenas a solução dos conflitos de interesses entre as partes. Seu objetivo de orientar o comportamento das partes e interpretar o direito é fundamental. Mas, mesmo assim, não há como desconsiderar que os juízos provisórios são relevantes.

Salienta-se, de igual forma, o risco de injustiça gerado pela demora na busca dessa certeza absoluta, em prejuízo daquele que já conseguiu comprovar a grande probabilidade da existência de seu direito. Destaca-se que *as preocupações com a certeza e o ideal puro de alcançar a verdade absoluta, quando excessivas, são fontes de muita injustiça, que o bom processo deve evitar*¹⁰²⁸.

Por tudo isso, é preciso rever a questão cultural que domina a aplicação das regras processuais no Brasil, a fim de se garantir uma maior eficiência do sistema. Mais do que isso: é necessário compreender o que se esconde por trás da ideia de que a satisfação dos direitos só pode ocorrer mediante a obtenção da certeza jurídica.

8.6 A temporalidade do processo e a necessária mudança cultural

O processo, enquanto fenômeno cultural, sofre evidentemente os efeitos dos costumes, dos valores sociais e das decisões políticas. Essa é a razão pela qual a sua própria *função pode variar de acordo com a época e a mentalidade reinante*¹⁰²⁹. Com efeito, não há como ignorar que as *manifestações políticas se projetam no tecido processual*¹⁰³⁰.

O direito processual não é exclusivamente técnico, mas reflete uma escolha de natureza política, ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial¹⁰³¹.

Essa é uma realidade facilmente perceptível. Prova disso é que o ordenamento jurídico *se deixa modelar pela vontade dos detentores do poder e pelos interesses que ela visa a resguardar*¹⁰³². Ou seja, a letra da lei só terá aplicação prática se assim o quiserem os operadores do direito e a comunidade à qual ela se destina.

¹⁰²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2.000, p. 312.

¹⁰²⁹ LACERDA, Galeno. Processo e cultura. In: *Revista de Direito Processual Civil*, Ano II, vol. 3, São Paulo: Saraiva S.A., Jan/Jun. 1961, p. 75.

¹⁰³⁰ MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo no direito processual civil. In: *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, v. 33, Curitiba, julho/set 2004, p. 486.

¹⁰³¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo, 4 ed, rev. atual. e aumentada, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94.

¹⁰³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. In: *Revista de Processo*, v. 77, Jan-Mar 1995, p. 168 e 169.

Uma sociedade que se preocupe, em demasia, com o exaurimento de provas e com a segurança jurídica nos processos individuais, tende a estimular um processo judicial mais lento, conservador e menos eficaz. Por outro lado, o foco em uma justiça civil ágil e de resultados concretos propicia um menor formalismo e uma aplicação mais criativa e dinâmica dos institutos processuais.

Esse antagonismo entre a exigência social na rápida eliminação do conflito e o ideal de perfeição da decisão judicial é bem identificado por Galeno Lacerda. Segundo ele, os exageros em uma ou outra postura são sempre condenáveis. Isso porque a hipertrofia da função individual do processo gera uma tendência ao desprezo do tempo de duração do litígio, na ânsia de se realizar justiça plena e de conceder todas as oportunidades para que a parte insatisfeita obtenha o reexame da questão¹⁰³³. Tal mentalidade pode levar à duração exagerada das demandas. Em outras palavras, uma cultura demasiadamente individualista prejudica a celeridade e efetividade do processo. Como bem destacado, a *própria conformação das características do povo influencia na construção dos institutos jurídico-processuais*¹⁰³⁴.

Ao abordar o acesso à justiça, Kazuo Watanabe destacou, há mais de trinta anos, que o *acesso à ordem jurídica justa* pressupõe, antes de mais nada, uma nova *postura mental*, a qual pensasse o sistema jurídico e as respectivas instituições pela *perspectiva do consumidor*. A ética que deveria prevalecer seria a da equidade e do bem-estar da coletividade e não a preocupação com a realização de metas e projetos econômicos do Estado¹⁰³⁵.

Passados todos esses anos e, apesar do advento de um novo Código de Processo Civil, o apelo permanece atual. Ainda se faz necessária uma nova mentalidade, voltada para o jurisdicionado. Não se pode ignorar que a prestação judicial é um serviço público que deve estar voltado à eficiência e ao oferecimento de uma solução adequada para o conflito entre as partes. Isso pressupõe, naturalmente, um processo civil de resultados, com uma nova concepção do ônus do tempo no processo.

Nesse sentido, deve ser afastada *a visão teológica do julgamento qual ato divino*¹⁰³⁶, a fim de que os magistrados se aproximem dos cidadãos e de suas necessidades, justamente

¹⁰³³ LACERDA, Galeno. Processo e cultura. In: Revista de Direito Processual Civil, Ano II, vol. 3, São Paulo: Saraiva S.A., Jan/Jun. 1961, p. 80.

¹⁰³⁴ MITIDIERO, Daniel. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 15.

¹⁰³⁵ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). Participação e processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

¹⁰³⁶ ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 111.

porque o serviço jurisdicional é remunerado pela coletividade e, portanto, deve ser prestado de forma eficiente.

Ao analisar vários sistemas europeus, Alan Uzelac constata que apesar da existência de muitas reformas processuais, o ambiente geral de ineficiência permanece o mesmo: *plus ça change, plus c'est la même chose*¹⁰³⁷. Isso decorre do fato de que uma mudança de paradigma só terá sucesso se adotar medidas radicais, na denominada *shock therapy*. Ainda que o objetivo não seja chocar, mas curar, é importante perceber que uma cura real só pode ser alcançada com medidas fortes¹⁰³⁸. Uma medida forte é justamente o abandono da ideia de que julgar com base em cognição sumária não é julgar.

Com tal consciência e valendo-se das ideias de Pierre Bourdieu, é possível traçar um paralelo entre essa mentalidade que, lamentavelmente, privilegia a cognição exauriente e a resistência à alteração na temporalidade no processo. Deve-se analisar se é possível ou não superar a concepção de que o julgamento só pode ocorrer ao final do procedimento e com base na certeza jurídica. Para tanto, é fundamental pensar nas noções de *habitus* e invisibilidade, procurando relacioná-las com um dos principais problemas do direito processual civil: o equilíbrio entre celeridade e certeza. Procura-se então mostrar aquilo que permanece oculto na dinâmica entre o poder estatal e a satisfação das pretensões dos jurisdicionados: a busca exagerada da certeza jurídica. Com efeito, não há como negar uma grande dificuldade em se alterar o *modus operandi* da prestação jurisdicional, ainda que se compreenda que o tempo gasto no curso da demanda causa prejuízo.

Assim, além do visível, isto é, daquilo que é absolutamente claro em um sistema de poder, há também forças complexas e invisíveis que acabam por determinar todo o funcionamento da estrutura política. Importante perceber que aquilo que não se vê tem, normalmente, uma participação muito mais significativa e determinante do que o que é aparente ou revelado. Daí porque o invisível é mais importante que o visível. Ele tem, conseqüentemente, uma repercussão direta no desejo, na valorização e na intenção dos agentes. O *habitus* constitui o que se aprende naturalmente dentro das forças de poder do campo, sem que se perceba ou se estabeleça uma relação de consciência ou crítica.

Não há, portanto, como negar a invisibilidade inerente ao poder estatal e à sua

¹⁰³⁷ UZELAC, Alan. Reforming mediterranean civil procedure: is there a need for shock therapy? In: RHEE, C.H. van; UZELAC, Alan. Civil Justice between efficiency and quality: from ius commune to the Cepej. Cambridge: Intersentia, 2008, p. 75.

¹⁰³⁸ UZELAC, Alan. Reforming mediterranean civil procedure: is there a need for shock therapy? In: RHEE, C.H. van; UZELAC, Alan. Civil Justice between efficiency and quality: from ius commune to the Cepej. Cambridge: Intersentia, 2008, p. 76.

capacidade de influenciar o modo de pensar das pessoas e o próprio fenômeno jurídico. Essa constatação parece ser uma das mais relevantes contribuições de Pierre Bourdieu ao estudo do Direito e das instâncias de poder¹⁰³⁹. Isto porque, aquilo que se entende por ambiente social é a própria história que se inscreve nas instituições, nas teorias científicas e, inclusive, no Direito. Todo o esforço científico consiste em descobrir a história lá, onde ela se encontra melhor escondida, ou seja, na mentalidade e no inconsciente¹⁰⁴⁰.

A ideia da dominação do campo jurídico por concepções inconscientes e pré-estabelecidas pelo Estado mostra-se fundamental para uma análise crítica das dificuldades vivenciadas na aplicação de novos institutos processuais.

Com efeito, embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha procurado estabelecer uma relação diferenciada entre jurisdição e ônus do tempo no processo¹⁰⁴¹, o que se percebe nos primeiros anos de sua vigência é uma resistência muito grande a essas mudanças.

Em uma visão pessimista, os agentes não têm opção senão deixar agir o *habitus* para obedecer à necessidade imanente do campo e, dessa forma, satisfazer as exigências que ali estão contidas¹⁰⁴². O mais relevante é a percepção de que sequer existe a consciência do sacrifício de um dever, nem tampouco da busca de um benefício.

Não há como deixar de constatar, nesse sentido, uma espécie de censura velada que controla o que deve e o que não deve ocorrer dentro do campo jurídico. Aliás, uma das formas de controle de discursos nos grupos ocorre mediante a colocação de agentes em certas posições estratégicas, justamente para que estes digam apenas aquilo que é autorizado e desejado pelo

¹⁰³⁹ A propósito, Bourdieu relaciona a própria teoria do conhecimento com a teoria política, demonstrando a forte ligação existente entre elas. “L’idée centrale que je voudrais avancer aujourd’hui, c’est que la théorie de la connaissance et la théorie politique sont inséparables: toute théorie politique enferme, à l’état implicite au moins, une théorie de la perception du monde social et les théories de la perception du monde social s’organisent selon des oppositions très analogues à celles que l’on retrouve dans la théorie de la perception du monde naturel”. (BOURDIEU, Pierre. *Questions de sociologie*, Op. cit., p. 86).

¹⁰⁴⁰ “En fait, je m’efforce de montrer que ce que l’on appelle le social est de part en part histoire. L’histoire est inscrite dans les choses, c’est-à-dire dans les institutions (les machines, les instruments, le droit, les théories scientifiques, etc), et aussi dans les corps. Tout mon effort tend à découvrir l’histoire là où elle se cache le mieux, dans les cerveaux et dans les plis du corps. L’inconscient est histoire. Il en est ainsi par exemple des catégories de pensée et de perception que nous appliquons spontanément au monde social”. (BOURDIEU, Pierre. *Questions de sociologie*. Op. cit., p. 74).

¹⁰⁴¹ Criando, por exemplo, a possibilidade do julgamento parcial do mérito (CPC, art. 356) e ampliando significativamente a tutela da evidência (CPC, art. 311).

¹⁰⁴² “Lorsque des gens n’ont qu’à laisser faire leur habitus pour obéir à la nécessité immanente du champ et satisfaire aux exigences qui s’y trouvent inscrites (ce qui constitue en tout champ la définition même de l’excellence), ils n’ont pas du tout conscience de sacrifier à un devoir et moins encore de rechercher la maximisation du profit (spécifique). Ils ont donc le profit supplémentaire de se voir et d’être vus comme parfaitement désintéressés”. (BOURDIEU, Pierre. *Questions de sociologie*. Op. cit., p. 120).

sistema¹⁰⁴³. Daí porque a propagação dessa *cultura* também se faz mediante teorias científicas e atuação acadêmica.

A análise do sistema processual civil, a partir dessa visão crítica, torna possível perceber que há uma mentalidade conduzindo e determinando a atuação dos agentes. O invisível, aqui, é justamente a resistência à mudança e a intenção de não se alterar a forma de julgamento, baseada estritamente na certeza jurídica.

Como já exposto, a cultura que domina a aplicação das regras processuais no Brasil conduz à rejeição das decisões sumárias, baseadas na mera probabilidade do direito. Isso porque, lamentavelmente, há a equivocada noção de que o dever de julgar somente surge ao final do procedimento, após toda a instrução probatória. O decurso do tempo e os direitos evidentes são tratados, assim, com absoluta indiferença. São igualmente ignorados os prejuízos gerados àqueles que já se desincumbiram de seu ônus probatório, mas que ainda têm de aguardar por uma prestação jurisdicional demasiadamente longa e ineficiente.

A partir dessas noções de inconsciente e estruturas mentais, é possível traçar um paralelo entre essa realidade brasileira, avessa à cognição sumária, e a resistência de uma sociedade às ideias que procuram revolucionar a estrutura já estabelecida¹⁰⁴⁴. A história de uma disciplina, assim com a história do Estado, leva à exploração do inconsciente de cada um de seus membros. Este, por acordo com os inconscientes dos demais, adquire uma realidade tão objetiva como a do chefe do Estado. Surge então uma *orquestração desses inconscientes*, ou seja, das *estruturas mentais*, que é extremamente difícil de ser alterada¹⁰⁴⁵.

No que tange a tutela sumária, o que se vê no Direito francês é justamente o inverso do que ocorre no Brasil. Lá existe uma jurisdição específica (e, portanto, uma estrutura pré-concebida) para essas decisões sumárias, baseadas em mera probabilidade. E isso se aplica tanto para as matérias de urgência, como de simples evidência. O juízo do *référé* é distinto, portanto, do juízo que aprecia a questão de mérito ou o *droit de fundo*¹⁰⁴⁶ como dizem os franceses. Logo, por se tratar de uma forma de jurisdição específica, não há essa resistência às decisões de tutela provisória.

Em nosso sistema, que não contempla varas específicas para a tutela provisória, as

¹⁰⁴³ BOURDIEU, Pierre. *Questions de sociologie*. Op. cit., p. 140.

¹⁰⁴⁴ A palavra *campo* tem aqui a conotação dada por Pierre Bourdieu, ou seja, o espaço do fenômeno estatal onde se desenvolve o Direito, o meio jurídico.

¹⁰⁴⁵ O autor diz textualmente: “Ora, não há nada mais difícil de revolucionar do que as estruturas mentais”. (BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado: Cursos no Collège de France*. Tradução Rosa Freire d’Aguiar, 1ª ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 133).

¹⁰⁴⁶ A expressão utilizada pelos franceses é *droit sur le fond*.

novas regras processuais só serão efetivamente aplicadas caso haja uma nova mentalidade. Vale lembrar que *uma instituição só funciona quando há correspondência entre estruturas objetivas e estruturas subjetivas*¹⁰⁴⁷. Em outras palavras, se persistir a mentalidade de que o juiz só deve decidir ao final do procedimento (com base em certeza jurídica), de nada terá valido todo esse esforço legislativo.

Dito isso, fica claro que as noções de Pierre Bourdieu sobre *campo*, *habitus*, *regras implícitas* e *invisibilidade* permitem compreender melhor a resistência que se verifica no Brasil em relação aos juízos sumários, baseados na mera probabilidade dos direitos. É possível perceber uma preferência coletiva para as decisões judiciais com base em cognição exauriente, ainda que isso implique em ineficiência do sistema e gere prejuízo aos titulares de direitos evidentes.

Pode-se ver nesse fenômeno uma *regra implícita*, imanente ao *campo* jurídico e que é aplicada sem que os operadores dela se deem conta. Isto porque, *num campo, as regras são regularidades implícitas, e só uma pequeníssima parte das regularidades é levada ao estado explícito (...) Em outras palavras, as regras são regularidades implícitas, ignoradas quase o tempo todo pelos jogadores, dominadas no estado prático sem que os jogadores sejam capazes de leva-las à explicitação*¹⁰⁴⁸.

A consciência quanto a essas *regras implícitas* e à invisibilidade no sistema jurídico permite uma evolução para a aceitação de inovações legislativas e alterações na própria forma da prestação jurisdicional. Nesse sentido, a partir de uma visão crítica sobre o sistema atual, será possível obter decisões judiciais mais céleres e efetivas, divorciadas da antiga mentalidade de que decidir com base em cognição sumária não é *judgar*¹⁰⁴⁹.

É chegado, portanto, o momento de considerar a relevância do tempo dentro do processo, não apenas para as situações urgentes, mas igualmente para os direitos evidentes. Como muito bem destaca Luiz Guilherme Marinoni, *quando o tempo é visto de modo neutro e indiferente em relação ao resultado concreto do processo, o réu não só recebe sinal positivo para protelá-lo como é isento de qualquer responsabilidade pela sua conduta*¹⁰⁵⁰. Daí porque se acredita que a percepção dessa mentalidade invisível e que se mostra avessa às decisões

¹⁰⁴⁷ BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado: Cursos no Collège de France*. Tradução Rosa Freire d'Aguiar, 1ª ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 228.

¹⁰⁴⁸ BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado: Cursos no Collège de France*. Op. cit., p. 140 e 141.

¹⁰⁴⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 152.

¹⁰⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333*/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 269.

sumárias constitui um importante passo para sua superação.

Afinal, não basta garantir a entrega da prestação jurisdicional. É imperativo que isso ocorra dentro de um tempo adequado e, em muitos casos, independentemente do exaurimento da prova. Se ao longo do procedimento já se atingiu uma probabilidade preponderante, porque fazer o autor aguardar até o desfecho final e em um sistema que ainda prevê o efeito suspensivo da apelação?

Permitir a antecipação de direitos evidentes, após o devido contraditório e o alcance de uma probabilidade preponderante, é a mudança cultural que se busca alcançar.

Ainda no sistema do Código de 1973, Guilherme Rizzo Amaral denunciou o chamado traço cultural que impedia as antecipações baseadas em probabilidade¹⁰⁵¹, demonstrando que se ignorava a previsão legal do art. 273, II da lei processual. A tutela antecipada, na grande maioria dos casos, limitava-se aos casos de urgência (*periculum in mora*). Ou seja, a alteração dos *status quo* só era autorizada, via de regra, após o *esgotamento da atividade instrutória* e depois do longo percurso de todas as instâncias ordinárias. A previsão da antecipação com base no abuso do direito de defesa (art. 273, II) ou na incontrovérsia (art. 273, § 6º) constituía, praticamente, letra morta. Daí porque propunha Rizzo Amaral que se introduzisse na legislação processual a possibilidade de antecipação da tutela, independentemente de *periculum in mora*, nos casos em que, após a defesa do réu, o direito do autor mostrasse maior grau de probabilidade¹⁰⁵².

Tal mudança legislativa veio com a ampliação da tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. Com efeito, os vários incisos do art. 311 daquele diploma autorizam justamente a antecipação da tutela diante de uma probabilidade preponderante do direito do autor. Assim, por exemplo, nos casos em que o autor faça a prova do fato constitutivo de seu direito e o réu não consiga contrapor prova suficiente (art. 311, IV), mas requeira a continuidade

¹⁰⁵¹ A verdade da constatação e a clareza do raciocínio justificam a transcrição: “Embora muito se tenha feito em matéria de aprimoramento legislativo em busca de maior efetividade do processo (lei da ação civil pública, código de defesa do consumidor, antecipação da tutela e, mais recentemente, a nova sistemática de cumprimento das sentenças), remanesce ainda hoje um traço cultural muito forte em nosso processo civil, qual seja o de exigir, salvo em situações de urgência (real ou ficta), o esgotamento da atividade instrutória antes de se promover qualquer alteração no *status* das partes litigantes e, em alguns casos, o esgotamento de todas as instâncias ordinárias para que tal modificação venha a ocorrer”. (AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (coord). Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 130).

¹⁰⁵² AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (coord). Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 149.

da instrução, caberá a aplicação da tutela antecipada.

Mas, para que a alteração da lei surta os efeitos desejados, mostra-se fundamental a já referida mudança cultural. Se a mentalidade continuar a ser aquela de que a alteração do *status quo* só pode se dar após o exaurimento da prova, realmente continuaremos na mesma situação de desequilíbrio do ônus do tempo. Como já destacado, a estrutura inerente ao processo depende dos valores adotados, razão pela qual não se trata de *simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial*¹⁰⁵³. Essa escolha política influencia, obviamente, a aplicação dos institutos processuais.

Como bem lembrado, uma vez superado aquele estágio anterior de exacerbação técnica, surge a consciência de que o processo serve para a concretização de valores¹⁰⁵⁴. Logo, as novas regras atinentes à tutela da evidência só surtirão verdadeiro efeito prático caso haja uma nova mentalidade em relação à tutela provisória. Nesse sentido, *não bastam alterações legislativas se o aplicador das regras processuais mantiver-se apegado ao formalismo estéril*¹⁰⁵⁵. Faz-se imperativo, portanto, uma mudança cultural. Afinal, toda e qualquer alteração legislativa só surtirá resultados se encontrar repercussão na mentalidade dos operadores do direito e, em especial, dos juízes que a aplicam. Nesse sentido, *é inegável que o processo não pode estar infenso aos fenômenos culturais da sociedade*¹⁰⁵⁶.

Vale lembrar a lição, sempre atual, de Egas Moniz de Aragão: *O juiz merece receber do Estado o máximo de amparo e proteção, que lhe possibilite bem exercer sua judicatura. Do contrário nenhuma lei ou princípio algum de doutrina irá beneficiar, efetivamente, à coletividade em cujo proveito estudam os doutores e para cuja tranquilidade os legisladores votam normas e códigos.*¹⁰⁵⁷

Isso significa que a lei, por si só, não basta. É preciso que, além dela, exista a vontade dos homens que se dispõem a aplicá-la. É necessário que estes olhem o novo sistema processual

¹⁰⁵³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo (1997), 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94.

¹⁰⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo no direito processual civil. In: Genesis Revista de Direito Processual Civil, v. 33, Curitiba, julho/set 2004, p. 497.

¹⁰⁵⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual (2006). 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 53.

¹⁰⁵⁶ JOBIM, Marco Félix. Cultura, escolas e fases metodológicas do processo, 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 87.

¹⁰⁵⁷ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Estudo sobre os embargos de nulidade e infringentes do julgado previstos no Código de Processo Civil, tese de concurso à cátedra de Direito Judiciário civil na Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba: Editora Litero-Técnica, 1959, p. 202.

com os olhos de agora, abandonando a visão do passado.

Um adequado gerenciamento dos processos e a determinação em antecipar direitos evidentes, por exemplo, depende da atuação forte e determinada de cada juiz. O que se propõe, portanto, é uma alteração de atitude, afastando-se a concepção de um magistrado passivo e que se preocupa apenas em seguir o rito processual. Tem grande importância, nesse aspecto, a sugestão de um juiz *solucionador de problemas* ao invés de um mero *solucionador de processos*¹⁰⁵⁸. E, nesse aspecto, a tutela da evidência pode contribuir enormemente para uma solução mais ágil e eficiente do conflito.

Como já exposto, o direito à prestação jurisdicional adequada e efetiva exige uma mudança de atitude em relação ao tempo processual e à suficiência da prova para a alteração do *status quo*. É claro que a segurança jurídica pressupõe a busca de certeza nas decisões judiciais. Mas não é só dela que depende o devido processo legal. Este também exige celeridade e efetividade. Para tanto, é preciso abrir mão de parâmetros extremamente exagerados em termos de prova para a concessão de tutela. Caso contrário, a chamada “busca de certeza” continuará a ser o pretexto ideal para a postergação da satisfação dos direitos evidentes.

O direito processual civil tem, como um de seus objetivos, a satisfação do direito material. Deve, conseqüentemente, se valer tanto da segurança, como da celeridade, assumindo certo nível de risco. Um antigo ditado popular afirma que, embora os barcos estejam mais seguros no cais do porto, eles não foram construídos para isso. O mesmo vale para as decisões judiciais, nos casos em que o magistrado se depara com a evidência do direito. Ainda que as decisões sejam mais seguras quando baseadas em cognição exauriente, seu objetivo principal é a tutela do direito, da forma mais célere possível.

Uma outra forma de conceber a antecipação da tutela, completamente dissociada do *periculum in mora*, constitui um dos pressupostos para a adequada prestação jurisdicional. Essa é a noção basilar do presente trabalho: a possibilidade de uma ampla aplicação da técnica antecipatória, fundada tão somente na evidência do direito debatido em juízo.

Não há como negar que, nas situações de probabilidade do direito autor e fragilidade da defesa do réu, o decurso do tempo causa desequilíbrio nas posições processuais das partes. Aquela que não tem razão, mas consegue manter o *status quo* até o final da demanda, usufrui de uma vantagem indevida. Não se pode ver tratamento paritário se a conduta do réu ou a ineficiência do sistema conduzem ao sacrifício da satisfação tempestiva do provável direito do

¹⁰⁵⁸ ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. Gerenciamento do processo e acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, P. 171.

autor. O que se constata, nesses casos, é o surgimento de uma outra exigência de celeridade. Não aquela urgência que caracteriza o perigo da demora, mas uma exigência de satisfação imediata do direito que se mostra evidenciado nos autos.

Com efeito, não se pode aceitar que um direito evidente tenha sua satisfação protelada ao longo do tempo em virtude de condutas maliciosas, da cultura de exaurimento da instrução e da própria falta de estrutura do Poder Judiciário. Vale lembrar que *processo é meio. Portanto, o rito não pode erigir-se em fim*¹⁰⁵⁹. Em tais situações, ainda que inexistente o risco do *periculum in mora*, verifica-se um dever que igualmente justifica e autoriza a técnica da tutela antecipada.

Mas, para tanto, não basta a previsão legislativa do art. 311 do Código de Processo Civil. É preciso também uma nova forma de pensar e conceber a tutela jurisdicional dos direitos. O Poder Judiciário, nesse aspecto, precisa assumir verdadeiramente a função de prestar uma tutela jurisdicional célere e efetiva. Merece reflexão a clássica e tão repetida lição de Carnelutti, no sentido de que o tempo é um inimigo contra o qual o juiz deve lutar sem trégua¹⁰⁶⁰. A crítica que merece ser feita refere-se ao que de fato vem ocorrendo nos processos judiciais no Brasil. Será que essa luta tem, realmente, ocorrido? Ou será que, na grande maioria dos casos, o tempo é um fator alheio às preocupações dos magistrados? Essa segunda situação parece ser, infelizmente, mais comum.

O protagonismo judicial pode resgatar então aquele antigo ideal de efetividade. Isso porque se as partes são senhores de seus direitos, e ainda assim até certo ponto, naquilo que não se refira às questões de ordem pública, elas não são ou não deveriam ser senhores do Direito¹⁰⁶¹.

Há nesse aspecto um verdadeiro dever: o magistrado deve optar pelo *caminho que ofereça a mais ampla, adequada, efetiva e tempestiva proteção aos valores constitucionais fundamentais*¹⁰⁶². A atuação judicial, nesse aspecto, é tão ou mais importante que a própria lei: *entre uma boa legislação e um bom juiz, é melhor optar pelo segundo*¹⁰⁶³.

¹⁰⁵⁹ LACERDA, Galeno. Processo e cultura. In: Revista de Direito Processual Civil, Ano II, vol. 3, São Paulo: Saraiva S.A, Jan/Jun. 1961, p. 86.

¹⁰⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 354.

¹⁰⁶¹ Essa é uma importante lição de Jacques Normand, ao tratar das relações entre o juiz e o litígio: Si les parties demeurent maîtresses de leurs droits, sous réserve encore, et jusqu'à un certain point, qu'ils ne soient pas d'ordre public, elles ne sont pas ou ne devraient pas l'être du Droit. (NORMAND, Jacques. Le juge et le litige, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, p. 480).

¹⁰⁶² ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil coletivo/Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 41.

¹⁰⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. (1991) 2. ed, rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 05.

Observe-se que atualmente inexistente uma preocupação relevante em relação à dinâmica do tempo ao longo do procedimento. Como bem destaca Alan Uzelac, toda a discussão sobre atraso processual está focada, exclusivamente, nas questões institucionais de congestionamento e excesso de trabalho e não em uma deficiência na proteção jurídica das partes¹⁰⁶⁴. A crítica é totalmente pertinente. Não é apenas o volume de demandas que atrasa a satisfação dos direitos evidentes, mas a concepção ultrapassada de só se antecipar o que for urgente, independentemente do que vier a ser constatado ao longo do processo. Isso precisa mudar.

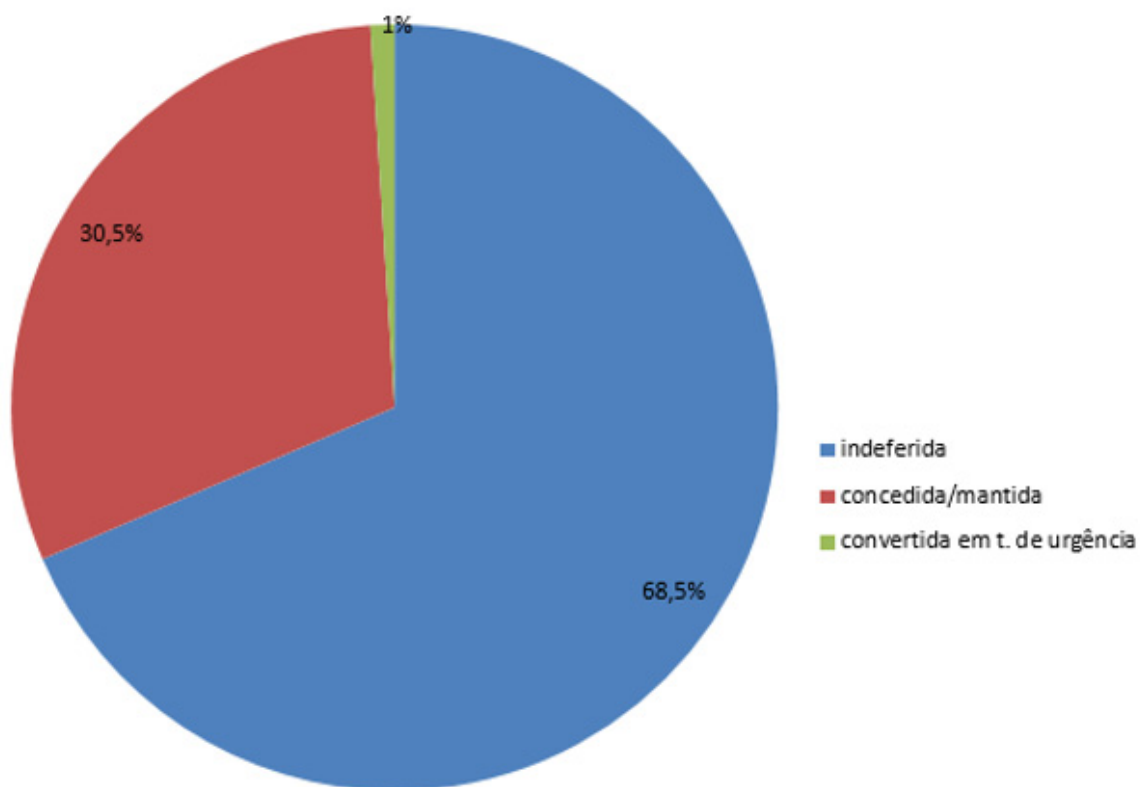
Lamentavelmente, percebe-se, no Brasil, uma tendência em só antecipar o que é urgente. Apenas para dar um exemplo, em pesquisa realizada perante o Tribunal de Justiça do Paraná, considerando o período desde o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015 até o mês de junho de 2019, percebeu-se um número muito maior de decisões indeferindo ou cassando a tutela da evidência do que concedendo-a ou mantendo-a. Em um total de 197 acórdãos examinados¹⁰⁶⁵, a concessão e a manutenção da antecipação somaram 60 decisões, ao passo que o indeferimento ou a reforma alcançaram o total de 135, havendo ainda 02 decisões de conversão do pedido de tutela da evidência em tutela de urgência. Ou seja, em 68,5% dos casos aqui pesquisados houve o indeferimento ou a reforma da decisão que concedera a tutela da evidência. As figuras abaixo bem apontam essa tendência.

¹⁰⁶⁴ UZELAC, Alan. Reforming mediterranean civil procedure: is there a need for shock therapy? In: UZELAC, Alan; VAN RHEE, Cornelis Hendrik. *Civil Justice between efficiency and quality: from Ius Commune to the CEPEJ*. 1. Cambridge: Intersentia, 2008, p. 71-99. Versão em português publicada na Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1. Janeiro a Abril/2017, trad. Pedro Gomes de Queiroz, p. 08.

¹⁰⁶⁵ Os dados desse levantamento estão sendo inseridos em anexo, com a indicação dos números dos processos consultados, dos órgãos julgadores e das datas de publicação das referidas decisões.

GRÁFICO 1 – TUTELA DA EVIDÊNCIA - TJPR

indeferida	135
concedida	29
mantida	31
convertida em t. de urgência	2
TOTAL	197



FONTE: O autor (2019).

NOTA: Descrição do gráfico - APÊNDICE A.
Descrição dos dados da tabela - APÊNDICE B.
Tabela p.- 324

Importante que se esclareça que esses dados são apresentados a título meramente exemplificativo, não se pretendendo a realização de uma pesquisa estatística. Para isso seria necessário o exame das razões expostas em cada uma das decisões, além de uma preocupação maior com os filtros de pesquisa. Isso fugiria, naturalmente, dos limites e escopo do presente estudo. O que se pretende demonstrar é tão somente que a partir de elementos de informação disponíveis quanto ao resultado final (concessão ou não concessão da tutela da evidência) os números apontam para uma quantia muito grande de decisões rejeitando a antecipação.

A tutela da evidência, nesse aspecto, tende a ser relevada a um segundo plano. Isso se deve, em parte, à ausência de varas especializadas, com atuação específica e voltadas para a tutela provisória.

Mas decorre, também, de uma cultura que preza, acima de tudo, a decisão judicial baseada em cognição exauriente. Essa é extremamente valorizada, ao passo que as decisões sumárias são temidas e desestimuladas. Aplica-se, nesse cenário, o alerta feito por Pierre Bourdieu em relação ao *habitus*, ou seja, às ideias geradas pelo aprendizado implícito ou explícito e que funciona como esquemas generalizados, gerando estratégias de acordo com os interesses objetivos dos atores do campo, sem estar expressamente concebido para este fim. Pode-se dizer que o *habitus* é a forma como a coletividade se insere nas pessoas, com seus valores, gostos e tendências. Ele é formado pelas disposições duráveis e pelas capacidades de pensar e agir de modo pré-determinado, sem uma completa consciência a esse respeito¹⁰⁶⁶. Nesse sentido, nada seria mais difícil de alterar do que as estruturas mentais¹⁰⁶⁷.

O que se precisa, portanto, é *a humildade e a disponibilidade espiritual para reavaliar atitudes de um longo e arraigado hábito*¹⁰⁶⁸.

Para a mudança do sistema processual, não basta a edição de leis novas. É preciso uma vontade real em aplicá-las. Um ordenamento jurídico, contendo regras bem conhecidas *pode ser tão somente letra morta, a que todos desobedecem e solenemente ignoram nas mais mezinhas relações cíveis e comerciais*¹⁰⁶⁹. Afinal, cabe indagar: *a força de uma regra está*

¹⁰⁶⁶ BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*, Paris: Les Éditions de Minuit, 2002, p. 86.

¹⁰⁶⁷ BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado: Cursos no Collège de France*. Tradução Rosa Freire d'Aguiar, 1ª ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 133.

¹⁰⁶⁸ Ao se referir às regras de experiência, Barbosa Moreira afirmou: “O tópico aflorado é daqueles que exigem do jurista a humildade e a disponibilidade espiritual necessárias para reavaliar atitudes que um longo e arraigado hábito dá a impressão de não comportarem alternativa”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: segunda série*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 72).

¹⁰⁶⁹ ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*, Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 105.

*em seu significado, em suas sanções ou na atitude de seus destinatários?*¹⁰⁷⁰ Como bem pondera Frederick Schauer, as regras são fenômenos de comportamento¹⁰⁷¹.

É imperativo, portanto, libertar-se da antiga ideia de que a antecipação pressupõe necessariamente a urgência. A propósito, ao elencar os três principais obstáculos ao pleno acesso à justiça, Kazuo Watanabe refere, além dos relativos à organização do Poder Judiciário e às questões de natureza econômica ou cultural, aqueles ligados à própria mentalidade dos profissionais do direito. Estes últimos são representados pelo *imobilismo e pelo reacionarismo ou repulsa a toda solução inovadora*¹⁰⁷². O combate a essa verdadeira inércia intelectual é fundamental para o novo sistema. Só assim será possível assegurar o acesso à prestação jurisdicional adequada (CF, art. 5º, XXXV).

¹⁰⁷⁰ SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, p. 66.

¹⁰⁷¹ SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, p. 66.

¹⁰⁷² WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 27 e 28 (Artigo originalmente publicado no *Jornal Folha de São Paulo* em 20 de outubro de 1985, 1º Caderno, Política, p. 06).

9 CONCLUSÕES

O presente trabalho procurou analisar a relevância do tempo na prestação jurisdicional, examinando alguns exemplos da França e da Itália quanto à antecipação da tutela dissociada do *periculum in mora*. Verificou então a ocorrência de uma verdadeira mutação funcional da tutela provisória, a qual deixa de servir apenas à urgência, passando a abranger também uma outra exigência de celeridade, a qual surge em todos os casos de evidência dos direitos.

Tal exigência de celeridade é imposta pelo próprio sistema em virtude dos direitos fundamentais e da antiga lição de Chiovenda (voltada originariamente à execução provisória das sentenças) no sentido de que o Poder Judiciário deve considerar *aquilo que normalmente acontece* ao invés de *tudo o que poder vir a acontecer*.

A essa nova exigência de celeridade atribuiu-se a denominação de *dever de antecipar a tempo*, a fim de expressar sua força imperativa e diferenciá-lo da urgência referente ao *periculum in mora*.

Considerando que a antecipação da tutela sem urgência decorre normalmente de razões de caráter processual, concluiu-se que sua incidência não pode estar limitada a algumas situações específicas de direito material. Além disso, como é notório, a tutela da evidência não se restringe às hipóteses do art. 311 do Código de Processo Civil, estando prevista também em outros dispositivos da lei processual e da legislação extravagante. Adota-se nesse trabalho a concepção de que o rol não é taxativo, mas meramente exemplificativo. Tal entendimento não afasta a possibilidade de situações específicas, quando a evidência é fixada *a priori* pelo legislador, em virtude de peculiaridades do próprio direito material.

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo art. 311, incisos I e IV do Código de Processo Civil permite uma abertura do sistema para uma melhor aferição da evidência no caso concreto.

O trabalho apresenta também os benefícios que podem ser gerados com essa aplicação ampla e genérica da tutela da evidência, especialmente o estímulo às soluções consensuais e a obtenção de condutas processuais mais adequadas.

Para uma melhor compreensão do raciocínio desenvolvido, além de outras conclusões expostas ao longo do texto, são destacadas as seguintes:

1. Em todo sistema de poder existem forças complexas e invisíveis que acabam por determinar o funcionamento da estrutura política. Embora o Código de Processo Civil de 2015

tenha procurado estabelecer uma relação diferenciada entre jurisdição e ônus do tempo no processo (criando a possibilidade de julgamento parcial do mérito e ampliando a tutela da evidência), o que se percebe é uma resistência muito grande a essas mudanças. Não há como negar uma influência invisível, mas extremamente presente, de desprezo às decisões provisórias. Essa percepção de concepções inconscientes e pré-estabelecidas mostra-se fundamental para uma análise crítica das dificuldades vivenciadas na aplicação dos institutos processuais.

2. A decisão com base em probabilidade é tão importante quanto julgar com base em certeza. O sistema processual deve prezar, de igual forma, os valores da celeridade e da certeza. A tutela dos direitos deve considerar, portanto, ambos os valores.

3. A técnica da tutela da evidência permite a satisfação antecipada dos direitos que se mostrem prováveis diante das provas já produzidas e da fragilidade de defesa do réu. Sua aplicação, mediante o respeito ao contraditório prévio, deve ser estimulada, pois assegura o tão desejado equilíbrio entre celeridade e certeza. Ela gera uma distribuição mais adequada do tempo necessário para a produção da prova. Uma vez comprovado o fato constitutivo do direito do autor, aliado à fragilidade da defesa do réu e à necessidade de continuidade da instrução, deve ocorrer a antecipação da tutela, independentemente da ocorrência de *periculum in mora*.

4. No que diz respeito ao prévio exaurimento de provas para autorizar a satisfação dos direitos, um processo será efetivo sempre que conseguir evitar tanto o *excesso do muito pouco*, quanto o *excesso do muito cheio*.

5. A justificativa de Giuseppe Chiovenda, para admitir a execução provisória de decisões antes do trânsito em julgado, baseando-se na autoridade do juízo e na raridade de reformas, pode ser aplicada à tutela da evidência. Admite-se, nessas hipóteses, que o processo se comporte conforme *o que geralmente acontece (id quod plerumque accidit)*, mais do que conforme o que efetivamente *pode acontecer*. Esse mesmo raciocínio está na base da noção de *contestação não séria* do *référé-provision* no sistema francês, pois a fragilidade da defesa do réu demonstra a baixa probabilidade de que sua posição prevaleça. A experiência da vida, baseada na normalidade das coisas, é um elemento a mais para autorizar a antecipação da satisfação do direito que se mostra evidente.

6. A técnica da tutela da evidência deve ser aplicada de forma ampla e genérica, com base nos direitos fundamentais e *naquilo que normalmente acontece*. Ela está prevista em vários dispositivos do Código de Processo Civil e na legislação extravagante. O rol do art. 311 do Código não é taxativo, mas meramente exemplificativo. Os conceitos jurídicos indeterminados previstos nos incisos I e IV do mencionado dispositivo permitem ainda uma abertura do sistema para a aferição da evidência no caso concreto. Nesse sentido, seria possível inclusive falar em um *poder geral de antecipação da evidência*, sempre que estiverem presentes a probabilidade do direito e a fragilidade da defesa.

7. Quando a técnica da tutela da evidência decorrer de razões processuais, deve-se permitir o prévio contraditório ou então a possibilidade de suspensão da eficácia, tal como ocorre na técnica monitoria.

8. Não se afasta, contudo, a possibilidade de situações específicas, decorrentes das peculiaridades do direito material, quando existe uma evidência fixada *a priori* pelo próprio legislador. Nessas circunstâncias, a concessão liminar da tutela da evidência encontra justificativa nas especificidades dos valores protegidos pelo sistema.

9. A concessão da tutela da evidência produz os benefícios do estímulo às soluções consensuais e à obtenção de condutas processuais mais adequadas e colaborativas. Isso gera efetividade do ponto de vista individual e eficiência em relação ao volume geral de demandas.

10. Sempre que houver a probabilidade do direito associada à fragilidade da defesa e à necessidade de continuidade da instrução, surge uma outra exigência de celeridade na antecipação, completamente distinta do *periculum in mora*. A ela se atribui a denominação de *dever de antecipar a tempo*. O uso dessa expressão possui a vantagem de evitar uma confusão indesejada com a noção clássica de urgência (*periculum in mora*) e, ao mesmo tempo, mostrar a força de algo que deve ocorrer desde logo, imediatamente. *A tempo* é aquilo que se faz no momento oportuno, adequado. Assim como dever ocorrer com a antecipação da tutela dos direitos evidentes.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A tutela da evidência em caso de abuso do processo: reflexões sobre a aplicação do art. 311, inciso I, do Código de Processo Civil. In: BRAGA, Carlos David Albuquerque; ABDO, Helena Najjar; FELITTE, Beatriz Valente (Organizadores). **Contencioso empresarial na vigência do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter institucional e estratégico do fenômeno processual. Tese para a obtenção do título de doutor em direito, UFRGS, Porto Alegre, 2018.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013); LACERDA, Galeno (1922-2012). **Comentários ao Código de Processo Civil: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, vol. VIII, tomo II, arts. 813 a 889, (1988), 2.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo** (1997), 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). (Org). **Processo e Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013) MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (coord). Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. Cumprimento e Execução da Sentença sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. **Comentários às alterações do novo CPC (2015)**, 2.ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

AMRANI-MEKKI, Soraya. **Le temps et le procès civil** (2000). Paris: Dalloz, 2002.

ANDOLINA, Italo (1933-2017). Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè Editore, 1983

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 18, p. 221–228, 2000

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito: instrumentos de brevidade da prestação jurisdicional (2007). Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de processo civil (2016)**. Tomo III: procedimentos especiais: atualizado com as Leis 13.256/2016 e 13.532/2017. São Paulo: Malheiros, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. (2013). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de processo civil coletivo**/Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. A antecipação de tutela e as alterações da Lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ARIETA, Giovanni. **I Provvedimenti d’Urgenza ex art. 700 C.P.C (1982)**. Seconda edizione. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985.

ARMELIN, Donaldo (1933-2018). Tutela jurisdicional diferenciada. In: **Revista de Processo**, vol. 65, p. 45-55 Jan-Mar/1992.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**, Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela provisória (2016)**, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença (1987)**. 5. ed., rev. ampl. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença (1987)**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

_____. **Embargos de Declaração (2005)**. 3 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro/Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Precedentes. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords). **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ASSIS, Carlos Augusto de. Reflexões sobre os novos rumos da tutela de urgência e da evidência no Brasil a partir da Lei 13.105/2015. In: DIDIER JR (1974), Fredie (Coord.) **Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório** (2015), vol. 4, 2. ed., Salvador: Editora Jus Podivum, 2016.

ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. Tutela Provisória: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela da evidência; tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

ÁVILA, Humberto, **Teoria da segurança jurídica** (2011), 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos (2003). 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio (1929-2009). **Curso de Processo Civil** (1987). v. II, 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **Curso de processo civil** (1987). v. III, 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica** (1996). 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. O processo civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Verdade e significado. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Editora Magister, mar/abr. 2005. v. 1, n. 5, p. 76–97, mar./abr., 2005

BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: Revista de Processo vol. 35, p. 231-238, Jul-Set, 1984

_____. A efetividade do processo de conhecimento. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 126-137, abr./jun., 1994.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 20, n. 77, p. 168-176, jan./mar., 1995.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. In: Revista de Processo, São Paulo, vol. 96, p. 59-69, Out-Dez, 1999.

_____. O futuro da Justiça: alguns mitos. Revista de Processo, São Paulo, v. 99, p. 141-150, Jul – Set, 2000.

_____. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). **Temas de direito processual (1977)**, oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. In: **Temas de direito processual (1977)**. 8. Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). **Temas de direito processual (1977): segunda série**, São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). **Temas de direito processual (1977): oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). (Coord.); RAMOS MÉDEZ, Francisco (Coord.). **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização) -1998. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. (1991) 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual** (2006). 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Tutela provisória. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXXV, n. 126, maio 2015.

_____. **Comentários ao código de processo civil**, v. 1 (arts. 1º a 317). BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017.

BODART, Bruno da Rós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC (2014). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BONATO, Giovanni. *I référés* nell'ordinamento francese. In: CARRATA, Antonio (a cura di). **La tutela sommaria in Europa**. Napoli: Jovene Editore, 2012.

_____. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR, Fredie. (organizadores). **Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil (2011)**, vol. III, Tutela Provisória, 2.ed., 2018.

BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. Os référés no ordenamento francês. In: *Revista de Processo*, vol. 255, p. 527 – 566, Maio/2016.

BOURDIEU (1930-2002), Pierre. **Questions de sociologie**, Paris: Les Éditions de Minuit, 2002.

BROOKS, Richard (1912-1992); SCHWARTZ, Warren. Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminary injunction doctrine. **Stanford Law Review**. (Local de publicação) v. 58, n. 2, nov. 2005.

BRUSCHI, Gilberto. A tutela antecipada e a postura do juiz diante do pedido liminar – a possibilidade de sua concessão antes da citação do réu visando dar maior efetividade ao processo. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Os poderes do juiz**

e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil (2007)**. vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Novo Código de Processo Civil anotado** (2015). 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

BURGELIN, Jean-François (1936-2007); COULON, Jean-Marie (1937-2017); FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le juge des référés au regard des principes procéduraux. In: **Recueil Dalloz Sirey**, n. 10, 1995.

CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo Código de Processo Civil, In: DIDIER JR, Fredie et al (coord.) **Normas Fundamentais**, Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. (2013). 2.ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani, **Théorie générale du procès (2010)**, 2e édition, Paris: Thémis droit, 2013.

CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa – Seis Lições Brasileiras**, tradutores Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité**. Disponível em: www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/37.pdf. Acesso em 30.06.2018.

CALAMANDREI, Piero (1889-1956). **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936.

_____. Il processo come giuoco. In: **Rivista di Diritto Processuale**. v. V, parte I. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, v. 5, n. 1, p. 23–51, 1950.

_____. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. v. X, parte I. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, v. 10, n. 1, p. 164–192, genn./dic., 1955.

_____. *Studi sul processo civile (1930)*. v. sesto. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957.

CALMON DE PASSOS, J.J (1920-2008). **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. X, Tomo I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro (2015)**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário (2009)*. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Duração razoável do processo e tutela antecipada. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) et. al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro (1927-2004); GARTH, Bryant. **Access to Justice: a world survey**. v. I, book I. Milan: Dott A. Giuffrè Editore, 1978.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 397–415, fev., 2011.

_____. “Doing business” come scopo della giustizia civile? In: *Foro italiano*, v. 3, pp.6-11, 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo (1999)*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). **La prova civile (1915)**. Seconda edizione, Roma: Edizioni Dell’Ateneo, 1947.

_____. **Sistema del diritto processuale civile (1936)**. v. III. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939.

_____. Giuoco e processo. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, A. Milani, v. 6, n. 1, p. 101–111, genn/dic., 1951.

_____. **Diritto e processo**. Napoli: Morano Editore, 1958.

CARPI, Federico. **La provvisoria esecutorietà della sentenza**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

CARVALHO, Fabiano. Medidas protetivas de urgência na lei da violência doméstica e familiar contra a mulher. In: ARMELIN, Donaldo (1933-2018). (coord). **Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**, São Paulo: Saraiva, 2010.

CASSAR, Jacques. **Dossier Camille Claudel**, Péronnas: Éditions Klincksieck et Archimbaud, 2011.

CASTRO, Daniel Penteadó de. Responsabilidade pela fruição da tutela provisória. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) et. al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil, Salvador: Jus Podivm, 2017.

CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. Art. 7º. In: **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429 de 02 de junho de 1992 (2010)** / Fernando da Fonseca Gajardoni [et al], 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien. Paris: Dalloz (Coll. nouvelle bibliothèque des thèses), 2007.

CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge. **Procédure Civile: droit interne et européen du procès civil**, 33e édition, Paris: Dalloz, 2016.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processual, giustizia della decisione. In: **Revista de Processo**, vol. 152, p. 87 – 108, Out/2007.

CHIOVENDA (1872-1937), Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**, v. I, Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930.

_____. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile** (1930). v. I, , 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940.

_____. **Principii di diritto processuale civile (1920)**. Le azioni, il processo di cognizione. Napoli: Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1965.

CINTRA, Lia Carolina Batista. Tutela antecipada fundada na evidência no novo Código de Processo Civil. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.); CINTRA, Lia Carolina Batista (Coord.); EID, Elie Pierre (Coord.). **Garantismo Processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

CIPRIANI, Franco (1939-2010). Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, A. Giuffrè, Anno LVI, v. 56, n. 4, p. 1245–1261, Dicembre 2002.

CLOSSET-MARCHAL, Gilberte. L'urgence. In: COMPERNOLLE, Jacques van; TARZIA, Giuseppe (directeurs). **Les mesures provisoires en droit belge, français et italien: étude de droit comparé**, Bruxelles: Bruyant, 1998.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics** (1988). 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.

CORDEIRO, António Menezes. Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo (2006), 3 ed., aumentada e atualizada à luz do Código de Processo Civil de 2013, Coimbra: Almedina, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O 'direito vivo' das liminares**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Tutela de evidência no projeto do novo CPC – uma análise dos seus pressupostos. In: ROSSI, Fernando [et al] (Coord.) **O Futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC (2010)**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 121, p. 275–300, mar., 2005.

COULON, Jean-Marie (1937-2017). Les solutions relatives à l'office du juge. In: Le temps dans la procédure. Paris: Dalloz, 1996.

COUTURE, Eduardo J (1904-1956). **Introdução ao estudo do processo civil** (1949). J. Konfino, Rio de Janeiro: 1951.

_____. Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil, n. 20. In: **Estudios de Derecho Procesal Civil**, v. 1, 2. ed., Buenos Aires: Editora Depalma, 1978.

CUNHA, Alcides Munhoz da (1948-2014). Do processo cautelar, arts. 796 a 812. In: SILVA, Ovídio Baptista da (1929-2009). (Coord.). **Comentários ao código de processo civil (1985)**. v. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações da tutela. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie [et al]. **Normas Fundamentais**, Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DELLORE, Luiz; CARACIOLA, Andrea Boari. Antecipação de tutela *ex officio*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) et. al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DENTI, Vittorio (1919-2001). **La verificazione delle prove documentali**, Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1957.

_____. Riflessioni sulla crisi della giustizia civile. In: Sociologia del diritto Rivista Quadrimestrale, XIII, n. 2-3, p. 59-79, 1986

DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. In: Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 8, n. 12, jan/dez 2010.

_____. **Curso de direito processual civil (2006)**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 18. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

_____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil (2006)**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido. **A reforma do código de processo civil (1995)**, 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. Tutela jurisdicional. In: *Revista de Processo*, v. 21, n. 81, p. 54–81, jan./mar., 1996.

_____. **A instrumentalidade do processo (1987)**, 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. O regime jurídico das medidas urgentes. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 356, ano 97, p. 29–50, julho-agosto de 2001.

_____. **Nova era do processo civil (2003)**, 1. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Instituições de direito processual civil (2001)**: v. I, 8. ed. rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

_____. **Instituições de direito processual civil (2001)**: v. III, 7. ed. rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processi civile in evoluzione – una prospettiva comparata*. Milano: Giuffrè Editore, 2015.

DRAI, Pierre (1926-2013). L'exécution des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal. **Revue internationale de droit comparé**, Paris, v. 38, n. 02, Avril-juin 1986.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org.) **Inovações do Código de Processo Civil**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

FARIAS, Rita Lynce de. A tutela cautelar antecipatória no processo civil português: um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade. In: ARENHART, Sergio Cruz (Coord.); MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogéria (Org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **La logica del diritto**: Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen. Roma: Editori Laterza, 2016.

FIGUEIREDO, Lucia Valle (1935-2009). **Curso de Direito Administrativo** (1994), 4. ed., rev. ampl. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FINZI, Enrico (1884–1973). Distinzione tra pericolo e danno nel ritardo. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. III, parte II, 1926.

FISS, Owen M., Against Settlement, **Yale Faculty Scholarship Series**. Paper 1215, 1984.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FOULON, Marcel; STRICKLER, Yves. **Les référés en la forme**, Paris: Dalloz, 2013.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito (1995)**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FRIEDMAN, David D. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure. **Le temps dans la procédure**. Paris: Dalloz, 1996.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

_____. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Forense, 2015.

_____. Artigo 16. In: **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429 de 02 de junho de 1992 (2010)** / Fernando da Fonseca Gajardoni [et al], 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GODINHO, Robson Renault. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord.) **Comentários ao novo Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOMES, Frederico Augusto. **A estabilização da tutela antecipada**, São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018.

GOULD, John P (1825-1910). The Economics of legal conflicts. **The Journal of Legal Studies**, vol. 2, no. 2, 1973, pp. 279–300. *JSTOR*, JSTOR. Disponível em: www.jstor.org/stable/724054. Acesso em 29.08.2018.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A dedução de pedido ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso como hipótese de litigância de má-fé e a concessão da tutela provisória de evidência. In: **Revista de Processo**, vol. 264, p. 127-154, fev/2017.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil** (2009), vol. II, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.) **Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório** (2015), v. 4, Salvador: Editora Jus Podivum, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini (1933-2017). **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. In: **Revista de Processo**, vol. 121, p. 11-37, março/2015.

GUASTINI, Riccardo. GUASTINI, Riccardo, **La sintassi del diritto** (2011). 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014.

_____. **Filosofia del diritto positivo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

_____. Ignorantia juris. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giugno, 2017.

GUINCHARD, Serge. Les solutions d'organisation procédurale. In: **Le temps dans la procédure**. Paris: Dalloz, 1996.

_____. Une vision renouvelée de leurs relations dans l'émergence d'un droit processuel humaniste. In: AMRANI-MEKKI, Soraya (directeur). Procédure civile et procédure pénale: unité et diversité? Bruxelles: Bruylant, 2014.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

IRTI, Natalino. **L'Età della decodificazione (1979)**. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999.

ISBACHIAN, G. **Le référé, un enjeu pour Demain?** Thèse pour l'obtention du grade de Docteur de L'Université de Nice-Sophia Antipolis, 2005.

JAMES JR (1904-1962); Fleming; HAZARD JR (1929-2018), Geoffrey; LEUBSDORF, John. **Civil Procedure (1993)**, fifth edition, New York: New York Foundation Press, 2001.

JEULAND, Emmanuel. The 'right to proof' and the 'loyalty principle': a french perspective. In: VAN RHEE, Cornelis Hendrik; UZELAC, Alan (Editors). **Evidence in contemporary civil procedure: fundamentals issues in a comparative perspective**, Cambridge: Intersentia Ltd, 2015.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo (2011)**, 3. ed., rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

_____. O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual (2011). 2 ed., rev. e ampl, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 105.

KOEHLER), Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**, (2009), 2ª ed., rev. ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

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

LACERDA, Galeno (1922-2012). Processo e cultura. In: **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo: Saraiva S.A, v. 2, n. 3, p. 74–86, jan./jun., 1961.

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018.

LANDSBURG, Steven E. **The Armchair Economist: economics and everyday life**. New York: The Free Press, 1993.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Comentários acerca da indisponibilidade liminar de bens prevista na Lei 8.429, de 1992. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

LEUBSDORF, John. The standard for preliminary injunctions. **Harvard Law Review**, Boston, v. 91, n. 03, Jan, 1978.

LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. **Processo de Execução**, (1946), 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.

_____. **Manuale di diritto processuale civile – principi** (1955), 8. ed. a cura di Vittorio Colesanti ed Elena Merlin. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

LIPARI, Nicolò. Il diritto civile dalle fonti ai principi. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Anno LXXII, n. 1, Milano: Giuffrè, Marzo 2018.

LOPE, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela antecipada sancionatória**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula (coord). **Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin**, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. **Relação entre demandas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MACCORMICK, Neil (1941-2009). **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon University Press, (1978), 2003.

MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. In: ARRUDA ALVIN, Teresa (Org.); DIDIER JR, Fredie. **Doutrinas Essenciais: Novo Processo Civil (2011)**. v. III, Tutela Provisória. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim (1944-2017). **Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela** (1996), 2ª ed (ano 2000), 8ª tiragem, Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória** (1992). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Antecipação da Tutela** (1995). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. (2004). 5. ed., rev. ampl. e atual. de acordo com o CPC/2015, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. **Antecipação da tutela** (1996), 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Ideias para um renovado direito processual**. In: CARNEIRO, Athos Gusmão (1925-2014); CALMON, Petrônio (organizadores). **Bases científicas para um renovado direito processual** (2009). 2. ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

_____. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. In: **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

_____. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda (2007)**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **A Ética dos Precedentes**, 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Precedentes obrigatórios (2010)** 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Novo Código de Processo Civil comentado (2015)**. / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, 2. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. (2017) 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. (2015). 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil (2015)**, 3. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. (2015). v. I, 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. v. III (2015). 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 294 ao 333. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito** (1941) 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação (1999). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZINI, Paulo Guilherme. **A tutela da evidência e a atuação de ofício do juiz na dimensão do direito fundamental à efetividade**. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). **Direito Jurisprudencial (2012): volume II**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. *Revista de Processo*, v. 41, n. 257, p. 153–178, jul., 2016.

MILLER, Geoffrey P. The Legal-Economic Analysis of Comparative Civil Procedure. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, n. 4, Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context, Autumn, Oxford University Press, 1997, pp. 905-918.

MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 94, n. 842, p. 11–44, dez., 2005

MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo no direito processual civil. In: *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, v. 9, n. 33, p. 484–510, jul./set., 2004.

_____. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 183, p. 165–194, maio, 2010.

_____. Tutela antecipatória e defesa inconsistente. In: ARMELIN, Donaldo (1933-2018). (Coord.). **Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.); DIDIER JR, Fredie (coord.); TALAMINI, Eduardo (coord.); DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**, 2 ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória** (2013). 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **A técnica antecipatória na perspectiva do direito comparado**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25738622_A_TECNICA_ANTECIPATORIA_NA_PERSPECTIVA_DO_DIREITO_COMPARADO.aspx. Acesso em 01.05.2018.

_____. Os precedentes judiciais e o art. 927 do CPC – um rol taxativo? In: **Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito**, São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

_____. Corti supreme, precedenti e giurisprudenza nel nuovo c.p.c brasiliano. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Anno LXXII, n. 3, Milano: Giuffrè, p. 1009-1024, Settembre 2018.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu (1929-2019). Demasiados recursos? In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.); CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro; et al. **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira** (2007). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Medidas cautelares inominadas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**, Rio de Janeiro, Forense, v. 57, p. 33–90, jan./mar., 1988.

_____. Garantias fundamentais da nova Constituição, In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 184, p. 97–105, abr./jun., 1991.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil (1974)**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. II, arts. 154-269, 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil (1995)**, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Princípios do processo na Constituição Federal**, (1992), 12. ed., rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela Antecipada Sancionatória. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 43, p. 17–28, out., 2006.

_____. **Manual de direito processual civil (2009)**, volume único, 9. ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

_____. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NG, Gar Yein, Case management: procedural law v. best practices. In: RHEE, C.H. van; UZELAC, Alan. *Civil Justice between efficiency and quality: from ius commune to the Cepej*. Cambridge: Intersentia, 2008.

NORMAND, Jacques (1848-1931). **Le juge et le litige**, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

_____. Action en justice; juridiction; organisation judiciaire et compétence. In: **Revue trimestrielle de droit civil**, année 1979, Paris: Editions Sirey.

_____. Sources, organisation judiciaire et juridiction, compétence, action. In: **Revue trimestrielle de droit civil**, année 1985, janvier-mars, Paris: Dalloz.

_____. Les fonctions des référés. In: **Les mesures provisoires en droit belge, français et italien**. Bruxelles: Bruylant, 1998.

_____. Le traitement de l'urgence en droit processuel français: exception ou principe?. In: **Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia (1930)**. tomo II, Milão: Milano – Dott.A.Giuffré Editore, 2005.

_____. Préface à la première édition. In: VUITTON, Xavier; VUITTON, Jacques. **Les Référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale** (2003), 3eme édition, Paris: Lexis Nexis S.A, 2012.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização: paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Direito Jurisprudencial**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. **Gerenciamento do processo e acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OST, François. **Le temps du droit**. Paris: Editions Odile Jacob, 1999.

OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales en América Latina. In: BARBOSA MOREIRA (1931-2017), José Carlos (Coord.). **Abuso dos direitos processuais**, Forense: Rio de Janeiro, 2000.

PAIM, Gustavo Bohrer. O référé francês. In: **Revista de Processo**, vol. 203, p. 99 - 118 Jan/2012.

PATTI, Salvatore. **Le prove**. Trattato di Diritto Privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, parte generale. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

PETIT, Bruno. L'évidence. In: **Revue trimestrielle de droit civil**, année 1986, juillet-septembre, n. 3, Paris: Dalloz.

PERROT, Roger (1920-2014). **Institutions judiciaires**. Paris: Montchrestien – Lextenso éditions, 2012.

_____. Référé-provision. Obligation contestable. **Revue Procédures**, nº 05, Mai 2014.

PORTO, José Roberto Sotero de Mello. **Teoria geral dos casos repetitivos**, 1 ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

POSCHER, Ralf. An intentionalist account of vagueness: a legal perspective. In: KEIL, Geert and POSCHER, Ralf. **Vagueness and law: philosophical and legal perspectives**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

POSNER, Richard A. **The decline of Law as an autonomous discipline: 1962-1987**. Boston: Harvard Law Review, 761, 1987.

_____. **Economic analysis of law** (1973). 9. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 4, ottobre-dicembre 1979.

_____. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Vol. 33, A. 1987, 1987, 109-139 p. S 1987.

_____. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 90, p. 22 – 35, Abr - Jun 1998

_____. **Lezioni di diritto processuale civile (1994)**. 6. ed. aggiornata a cura dell'autore e di Remo Caponi. Napoli: Jovene Editore, 2014.

_____. Verso la residualità del processo a cognizione piena?. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 131, p. 239–249, jan., 2006

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência recursal no novo cpc: uma análise econômica. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 199, p. 35–54, jul./set., 2013.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RICCI, Edoardo F (1928-2008). A evolução da tutela urgente na Itália. In: ARMELIN, Donald (1933-2018). *Tutelas de urgência e cautelares: Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*, São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Le dédommagement du préjudice subi par l'exécution de mesures provisoires injuste. In: COMPERNOLLE, Jacques van; TARZIA, Giuseppe. **Les mesures provisoires em droit belge, français et italien: étude de droit comparé**. Bruxelles: Bruylant, 1998.

RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. A tutela da evidência como técnica de atuação judicial. In: ARRUDA ALVIN, Teresa (Org.); DIDIER JR, Fredie (Org.). **Doutrinas Essenciais (2011)**: Novo Processo Civil Vol. III, Tutela Provisória, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. 2ª edição, Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SCARSELLI, Giuliano. **La condanna con riserva**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989.

SCHAUER, Frederick, Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada 'estabilização da tutela antecipada'. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.); APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho (coord.); SILVA, João Paulo Hecker da Silva (coord.); VASCONCELOS, Ronaldo. (coord.); ORTHMANN, André (coord.). **Processo em jornadas**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão da coisa julgada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVESTRI, Elisabetta. ADR Italian Style: panacea or anathema? In: UZELAC, Alan; VAN RHEE, Cornelis Hendrik. **Civil Justice between efficiency and quality: from Ius Commune to the CEPEJ**. 1. ed. Cambridge: Intersentia, 2008.

STRICKLER, Yves. Le constat sur requête avant tout procès. **Revue Droit et procédure, Revue des huissiers de justice**, mars/avril 2006.

_____. **Le juge des référés, juge du provisoire**. Saarbrücken: Éditions universitaires européennes, 2010.

_____. Le référé-différend. **Revue de recherches juridiques – Droit prospectif**, 2004-3, Puam, Mars 2015.

_____. L'évolution contemporaine du référé et des procédures d'injonction. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 261, p. 167–196, nov., 2016.

_____. **Procédure Civile**, 8 (2007). édition, Bruxelles: Bruylant, 2018.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95**, (1997), 2. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Medidas urgentes (“cautelares” e “antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime jurídico único. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 02, maio de 2003.

_____. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84) (2001), 2. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito processual concretizado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro. In: **Revista de Processo**, v. 37, n. 209, p. 13–34, jul., 2012.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici: nozioni generali**. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1992.

_____. Verità e probabilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 154, p. 207–222, dez., 2007

_____. **A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje**. Nota prévia, apresentação, organização e tradução dos originais italianos de: MITTIDIERO, Daniel. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04**. São Paulo: Saraiva, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil (1985)** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, v. I, 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). (Coord.). **Abusos dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TISCINI, Roberta. **I provvedimenti decisorii senza accertamento**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 178, p. 153–179, dez., 2009

TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d’urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria**. Padova: Cedam, 1983.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Ação monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995 (1995)**, 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. As garantias constitucionais do processo civil no aniversário dos 30 anos da Constituição Federal, **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXXVIII, n. 140, nov/2018.

UZELAC, Alan. Reforming mediterranean civil procedure: is there a need for shock therapy? In: UZELAC, Alan; VAN RHEE, Cornelis Hendrik. **Civil Justice between efficiency and quality: from Ius Commune to the CEPEJ**. 1. ed. Cambridge: Intersentia, 2008.

VELLOSO FILHO, Carlos Mário. A indisponibilidade de bens na Lei 8.429, de 1992. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

VETTORI, Giuseppe. L’attuazione del principio di effettività. Chi e come. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Anno LXXII, n. 3, Milano: Giuffrè, Settembre 2018.

VUITTON, Xavier; VUITTON Jacques. **Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale** (2003). 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)** (1998), v. 2, 16. ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: procedimentos especiais e juizados especiais (1998)**, v. 4, 16 ed., reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (1933-2017). DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Da cognição no processo civil**. (1987). 2. ed. Campinas: Bookseller, 2.000.

_____. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**, São Paulo: DPJ Editora, 2005.

_____. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça**, processos coletivos e outros estudos, Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) et. al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Tutela jurisdicional** (1999), 2. ed., São Paulo: DPJ Editora, 2006.

_____. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino (1948-2017). **Antecipação da tutela** (1997), 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

APÊNDICE A - DESCRIÇÃO DO GRÁFICO 1 TUTELA DA EVIDÊNCIA

O GRÁFICO 1 mostra que em um número total de 197 acórdãos examinados de Tutela da Evidência: na cor azul: o indeferimento ou a reforma alcançam o total de 135, isto é 68,5%, na cor vermelha: as concedidas ou mantidas, um total de 60, isto é 30,5%, na cor verde: convertidas em tutela de urgência, um total de 2, isto é 1%. Fonte o autor (2019)

APÊNDICE B - DESCRIÇÃO DOS DADOS DA TABELA 1 TUTELA DA EVIDÊNCIA

A Tabela 1 Pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e mostra na primeira coluna o número do Acórdão; na segunda coluna, o órgão prolator, na terceira coluna a data da publicação do documento e na quarta coluna o provimento.

TABELA 1 – TUTELA DE EVIDÊNCIA TJPR (2016-2019)

Número do Processo	Órgão prolator	Data de publicação	Provimento
0039459-61.2018.8.16.0000	17ª Câmara Cível	26/04/2019	concedida
0047987-4.2018.8.16.0000	14ª Câmara Cível	29/04/2019	indeferida
0001150-34.2019.8.16.0000	18ª Câmara Cível	11/04/2019	concedida
0030993-78.2018.8.16.0000	12ª Câmara Cível	22/04/2019	concedida
0013711-95.2016.8.16.0194	17ª Câmara Cível	05/04/2019	mantida
0053632-90.2018.8.16.0000	14ª Câmara Cível	29/03/2019	mantida
0027778-94.2018.8.16.0000	17ª Câmara Cível	01/04/2019	indeferida
0048179-17.2018.8.16.0000	11ª Câmara Cível	28/03/2019	convertida em t. de urgência
0053858-95.2018.8.16.0000	11ª Câmara Cível	21/03/2019	mantida
0051674-69.2018.8.16.0000	18ª Câmara Cível	13/03/2019	indeferida
0051873-91.2018.8.16.0000	18ª Câmara Cível	13/03/2019	indeferida
0043507-3.2018.8.16.0000	12ª Câmara Cível	06/03/2019	indeferida
0048768-09.2018.8.16.0000	6ª Câmara Cível	28/02/2019	parcialmente concedida
0044044-59.2018.8.16.0000	11ª Câmara Cível	24/02/2019	indeferida
0041221-15.2018.8.16.0000	6ª Câmara Cível	26/02/2019	indeferida
0025046-43.2018.8.16.0000	18ª Câmara Cível	21/02/2019	indeferida
0049407-27.2018.8.16.0000	6ª Câmara Cível	28/02/2019	indeferida
0046243-54.2018.8.16.0000	6ª Câmara Cível	20/02/2019	indeferida
0041579-77.2018.8.16.0000	6ª Câmara Cível	20/02/2019	concedida
0043636-68.2018.8.16.0000	18ª Câmara Cível	14/02/2019	indeferida
0052838-69.2018.8.16.0000	18ª Câmara Cível	14/02/2019	concedida
0039894-35.2018.8.16.0000	7ª Câmara Cível	24/02/2019	concedida
0040289-27.2018.8.16.0000	7ª Câmara Cível	24/02/2019	concedida
0027373-58.2018.8.16.0000	13ª Câmara Cível	15/02/2019	indeferida
0045957-76.2018.8.16.0000	6ª Câmara Cível	07/02/2019	indeferida
0035134-43.2018.8.16.0000	6ª Câmara Cível	06/02/2019	indeferida

TABELA 1 – TUTELA DE EVIDÊNCIA TJPR (2016-2019)

(continua)

Número do Processo	Órgão prolator	Data de publicação	Provimento
0022177-10.2018.8.16.0000	18ª Câmara Cível	09/02/2019	concedida
0012117-75.2018.8.16.0000	18ª Câmara Cível	07/02/2019	indeferida
0031476-11.2018.8.16.0000	6ª Câmara Cível	13/12/2018	concedida
0033260-23.2018.8.16.0000	6ª Câmara Cível	13/12/2018	concedida
0020259-68.2018.8.16.0000	17ª Câmara Cível	13/12/2018	1 indeferida 1 concedida
1684772-4	12ª Câmara Cível	06/12/2018	indeferida
0027737-30.2018.8.16.0000	17ª Câmara Cível	06/12/2018	indeferida
0022830-12.2018.8.16.0000	12ª Câmara Cível	23/11/2018	indeferida
0013656-76.2018.8.16.0000	4ª Câmara Cível	30/11/2018	indeferida
0022478-54.2018.8.16.0000	2ª Câmara Cível	19/11/2018	indeferida
0030044-54.2018.8.16.0000	13ª Câmara Cível	09/11/2018	indeferida
0000712-64.2017.8.16.0004	6ª Câmara Cível	08/11/2018	indeferida
0003686-18.2018.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	10/11/2018	indeferida
0003872-41.2018.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	10/11/2018	indeferida
0010726-43.2016.8.16.0069	7ª Câmara Cível	09/11/2018	indeferida
0025823-28.2018.8.16.0000	17ª Câmara Cível	06/11/2018	indeferida
0014673-50.2018.8.16.0000	2ª Câmara Cível	06/11/2018	indeferida
0028129-67.2018.8.16.0000	18ª Câmara Cível	05/11/2018	indeferida
0029231-7.2018.8.16.0000	18ª Câmara Cível	05/11/2018	mantida
0038264-41.2018.8.16.0000	15ª Câmara Cível	24/10/2018	indeferida
0022706-37.2010.8.16.0088	18ª Câmara Cível	29/10/2018	indeferida
0013209-88.2018.8.16.0000	18ª Câmara Cível	18/10/2018	indeferida
0032928-56.2018.8.16.0000	16ª Câmara Cível	18/10/2018	indeferida
0031053-51.2018.8.16.0000	7ª Câmara Cível	17/10/2018	mantida
0026693-73.2018.8.16.0000	17ª Câmara Cível	23/10/2018	indeferida
0013583-07.2018.8.16.0000	7ª Câmara Cível	05/10/2018	concedida
0012142-88.2018.8.16.0000	7ª Câmara Cível	08/10/2018	indeferida

TABELA 1 – TUTELA DE EVIDÊNCIA TJPR (2016-2019)

(continua)

Número do Processo	Órgão prolator	Data de publicação	Provimento
0015305-76.2018.8.16.0000	1ª Câmara Cível	03/10/2018	indeferida
0027238-46.2018.8.16.0000	8ª Câmara Cível	01/10/2018	indeferida
0025594-68.2018.8.16.0000	15ª Câmara Cível	26/09/2018	concedida
0020233-70.2018.8.16.0000	13ª Câmara Cível	28/09/2018	indeferida
0036332-52.2017.8.16.0000	12ª Câmara Cível	27/09/2018	indeferida
0010671-37.2018.8.16.0000	17ª Câmara Cível	24/09/2018	concedida
0002923-17.2018.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	17/09/2018	indeferida
0010831-62.2018.8.16.0000	17ª Câmara Cível	25/09/2018	concedida
0011190-12.2018.8.16.0000	9ª Câmara Cível	04/09/2018	indeferida
0011270-73.2018.8.16.0000	11ª Câmara Cível	03/09/2018	indeferida
0017545-38.2018.8.16.0000	17ª Câmara Cível	31/08/2018	mantida
0015646-05.2018.8.16.0000	7ª Câmara Cível	03/09/2018	convertida em t. de urgência
0022081-92.2018.8.16.0000	14ª Câmara Cível	24/08/2018	mantida
0012761-18.2018.8.16.0000	14ª Câmara Cível	27/08/2018	concedida
0006665-19.2017.8.16.0130	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	16/08/2018	indeferida
0002673-81.2018.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	21/08/2018	indeferida
0015811-52.2018.8.16.0000	6ª Câmara Cível	17/08/2018	mantida
0015022-53.2018.8.16.0000	10ª Câmara Cível	27/07/2018	indeferida
0016044-49.2018.8.16.0000	15ª Câmara Cível	19/07/2018	indeferida
0042447-89.2017.8.16.0000	6ª Câmara Cível	19/07/2018	indeferida
0008103-74.2016.8.16.0014	13ª Câmara Cível	16/07/2018	indeferida
0044093-37.2017.8.16.0000	14ª Câmara Cível	10/07/2018	indeferida
0001538-34.2018.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	04/07/2018	indeferida
0040858-62.2017.8.16.0000	18ª Câmara Cível	06/07/2018	indeferida
0038576-51.2017.8.16.0000	5ª Câmara Cível	19/07/2018	mantida
0007254-26.2015.8.16.0083	6ª Câmara Cível	29/06/2018	concedida

TABELA 1 – TUTELA DE EVIDÊNCIA TJPR (2016-2019)

(continua)

Número do Processo	Órgão prolator	Data de publicação	Provimento
0022769-62.2010.8.16.0088	17ª Câmara Cível	22/06/2018	indeferida
0007009-65.2018.8.16.0000	3ª Câmara Cível	25/06/2018	indeferida
0007232-18.2018.8.16.0000	3ª Câmara Cível	25/06/2018	indeferida
0000712-08.2018.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	21/06/2018	indeferida
1721613-2	17ª Câmara Cível	13/07/2018	concedida
0010530-18.2018.8.16.0000	7ª Câmara Cível	04/06/2018	concedida
0036754-27.2017.8.16.0000	8ª Câmara Cível	28/05/2018	indeferida
0044360-09.2017.8.16.0000	16ª Câmara Cível	22/05/2018	indeferida
0039579-41.2017.8.16.0000	4ª Câmara Cível	14/05/2018	indeferida
0041826-92.2017.8.16.0000	18ª Câmara Cível	10/05/2018	indeferida
0006040-50.2018.8.16.0000	5ª Câmara Cível	10/05/2018	indeferida
0002036-67.2018.8.16.0000	9ª Câmara Cível	08/05/2018	indeferida
1738402-0	4ª Câmara Cível	04/05/2018	indeferida
0022769-62.2010.8.16.0088	17ª Câmara Cível	02/05/2018	indeferida
1741364-0	11ª Câmara Cível	14/05/2018	indeferida
0004208-79.2018.8.16.0000	7ª Câmara Cível	20/04/2018	mantida
0036423-45.2017.8.16.0000	10ª Câmara Cível	26/04/2018	indeferida
0000279-04.2018.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	19/04/2018	concedida
0041324-56.2017.8.16.0000	9ª Câmara Cível	11/04/2018	indeferida
0000072-39.2018.8.16.0000	18ª Câmara Cível	05/04/2018	mantida
1606375-9	11ª Câmara Cível	18/04/2018	mantida
1691909-2	11ª Câmara Cível	13/04/2018	indeferida
1594849-1	11ª Câmara Cível	13/04/2018	mantida
1661116-8	10ª Câmara Cível	18/04/2018	indeferida
0044604-35.2017.8.16.0000	17ª Câmara Cível	16/04/2018	indeferida
1744370-0	18ª Câmara Cível	07/05/2018	indeferida

TABELA 1 – TUTELA DE EVIDÊNCIA TJPR (2016-2019)

(continua)

Número do Processo	Órgão prolator	Data de publicação	Provimento
0038644-98.2017.8.16.0000	7ª Câmara Cível	23/03/2018	Concedida
0003462-17.2017.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	15/03/2018	indeferida
0003365-17.2017.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	15/03/2018	indeferida
1711809-5	7ª Câmara Cível	12/04/2018	indeferida
1679590-9/01	8ª Câmara Cível	23/03/2018	mantida
0003433-64.2017.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	08/03/2018	indeferida
0003298-52.2017.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	08/03/2018	indeferida
1720274-1	12ª Câmara Cível	05/04/2018	indeferida
1698784-3	3ª Câmara Cível	07/03/2018	mantida
1734657-9	6ª Câmara Cível	01/03/2018	mantida
1734939-6	14ª Câmara Cível	21/02/2018	indeferida
1679706-7	6ª Câmara Cível	20/02/2018	indeferida
1642759-1	10ª Câmara Cível	07/02/2018	indeferida
1711819-1	18ª Câmara Cível	22/01/2018	indeferida
1717864-0	12ª Câmara Cível	24/01/2018	indeferida
1705872-1	17ª Câmara Cível	22/01/2018	indeferida
1697638-2	4ª Câmara Cível	24/01/2018	indeferida
1636845-5	5ª Câmara Cível	19/12/2017	mantida
1622799-9	5ª Câmara Cível	19/12/2017	mantida
1666826-9	5ª Câmara Cível	19/12/2017	mantida
1670289-5	6ª Câmara Cível	22/01/2018	mantida
1561698-3	6ª Câmara Cível	29/11/2017	mantida
0002126-75.2017.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	20/11/2017	indeferida
0002131-97.2017.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	20/11/2017	indeferida

TABELA 1 – TUTELA DE EVIDÊNCIA TJPR (2016-2019)

(continua)

Número do Processo	Órgão prolator	Data de publicação	Provimento
0002128-45.2017.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	20/11/2017	indeferida
1689812-3	2ª Câmara Cível	27/11/2017	indeferida
1697813-5	2ª Câmara Cível	13/12/2017	concedida
1668329-3	2ª Câmara Cível	17/11/2017	indeferida
1715191-4	12ª Câmara Cível	30/10/2017	Indeferida
1701192-2	12ª Câmara Cível	20/11/2017	mantida
1568397-9	18ª Câmara Cível	14/11/2017	indeferida
1705290-9	17ª Câmara Cível	07/11/2017	mantida
1725022-7	14ª Câmara Cível	19/10/2017	indeferida
0002130-15.2017.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	11/10/2017	indeferida
1666184-6	6ª Câmara Cível	25/10/2017	concedida
1681039-2	4ª Câmara Cível	11/10/2017	indeferida
1674181-0	12ª Câmara Cível	05/10/2017	indeferida
1576001-3	9ª Câmara Cível	29/09/2017	indeferida
1657998-1	2ª Câmara Cível	06/10/2017	indeferida
1645545-9	18ª Câmara Cível	15/09/2017	indeferida
1600078-1	14ª Câmara Cível	05/09/2017	indeferida
1672214-6	7ª Câmara Cível	11/09/2017	concedida
1649364-0	4ª Câmara Cível	13/09/2017	indeferida
1658217-5	4ª Câmara Cível	06/09/2017	indeferida
1480450-3	5ª Câmara Cível	31/08/2017	indeferida
0000582-52.2017.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	11/08/2017	indeferida
1678643-1	17ª Câmara Cível	14/08/2017	indeferida
1672592-5	14ª Câmara Cível	08/08/2017	indeferida
1648714-6	5ª Câmara Cível	18/08/2017	indeferida
1666946-6	15ª Câmara Cível	26/07/2017	indeferida

TABELA 1 – TUTELA DE EVIDÊNCIA TJPR (2016-2019)

(continua)

Número do Processo	Órgão prolator	Data de publicação	Provimento
1638495-3	6ª Câmara Cível	31/07/2017	indeferida
0000669-08.2017.8.16.9000	4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais	18/07/2017	indeferida
0003700-64.2012.8.16.0188	12ª Câmara Cível	07/07/2017	indeferida
1692585-6	1ª Câmara Cível	21/07/2017	mantida
1534704-9	18ª Câmara Cível	13/07/2017	concedida
1632486-0	7ª Câmara Cível	03/07/2017	Indeferida
1626369-7	17ª Câmara Cível	20/06/2017	indeferida
1619022-8	6ª Câmara Cível	12/06/2017	indeferida
1561698-3/01	6ª Câmara Cível	30/05/2017	mantida
1588312-2	4ª Câmara Cível	26/05/2017	concedida
1617816-2	5ª Câmara Cível	10/05/2017	indeferida
1593787-2	18ª Câmara Cível	10/05/2017	indeferida
1638478-2	15ª Câmara Cível	26/04/2017	indeferida
1411804-4	4ª Câmara Cível	10/05/2017	mantida
1630495-1	5ª Câmara Cível	20/04/2017	indeferida
1414041-9/04	Órgão Especial	03/05/2017	indeferida
1598326-9	18ª Câmara Cível	31/03/2017	indeferida
1588363-9	18ª Câmara Cível	31/03/2017	indeferida
1597765-2	4ª Câmara Cível	11/04/2017	indeferida
1616340-9	17ª Câmara Cível	09/03/2017	indeferida
1588727-3	17ª Câmara Cível	20/03/2017	concedida
1576028-4	9ª Câmara Cível	22/03/2017	indeferida
1594574-9	18ª Câmara Cível	06/03/2017	indeferida
1574350-3	2ª Câmara Cível	24/02/2017	indeferida
1605484-9	9ª Câmara Cível	20/02/2017	indeferida

TABELA 1 – TUTELA DE EVIDÊNCIA TJPR (2016-2019)

(continua)

Número do Processo	Órgão prolator	Data de publicação	Provimento
1561945-7	17ª Câmara Cível	15/12/2016	mantida
1568910-2	18ª Câmara Cível	14/12/2016	indeferida
1533437-9	7ª Câmara Cível	24/01/2017	indeferida
1545859-6	7ª Câmara Cível	24/01/2017	mantida
1546266-5	7ª Câmara Cível	24/01/2017	indeferida
1526103-7	18ª Câmara Cível	08/12/2016	concedida
1198237-9/05	Órgão Especial	25/11/2016	indeferida
1555151-8	11ª Câmara Cível	07/11/2016	indeferida
1554545-6	9ª Câmara Cível	19/10/2016	indeferida
1556251-7	1ª Câmara Cível	30/09/2016	indeferida
1560498-9	15ª Câmara Cível	22/09/2016	indeferida
1493197-6	5ª Câmara Cível	29/07/2016	mantida
1484768-6	18ª Câmara Cível	04/07/2016	mantida
1464774-8	5ª Câmara Cível	10/06/2016	mantida
1427105-3/01	3ª Câmara Cível	06/05/2016	indeferida
1451947-6	18ª Câmara Cível	02/05/2016	indeferida

FONTE: O autor (2019)

NOTA: Dados coletados 2016-2019