

**A TUTELA DA EVIDÊNCIA NA SENTENÇA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO
311, INCISO IV DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹**

***RELIEF OF EVIDENCE IN COURT DECISION AT 1ST INSTANCE BASED ON
ARTICLE 311, PARAGRAPH IV OF CIVIL PROCEDURE CODE***

William Santos Ferreira

Doutor e Mestre pela PUC-SP. Professor da PUC-SP na Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado. Membro Efetivo do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IDP), Vice-Diretor de Publicações do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), Membro do Conselho do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO) e Sócio Benemérito da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Advogado e Consultor Jurídico. São Paulo/SP. E-mail: wsf@wfjf.com.br

Renato Armoni

Mestrando em direito processual civil na PUC-SP. Especialista em direito empresarial pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Especialista em direito processual civil pela PUC-SP. Advogado. São Paulo/SP. E-mail: renato.armoni@urbanovitalino.com.br

RESUMO: Esse ensaio propõe a utilização da tutela provisória da evidência na sentença com fundamento no artigo 311, inciso IV do Código de Processo Civil, como forma de garantir a efetividade da tutela jurisdicional e mais bem distribuir o ônus do tempo do processo entre as

¹ Artigo recebido em 12/12/2019 e aprovado em 17/08/2020.

partes. Pelo método dedutivo, foram analisados os requisitos para a concessão da tutela provisória nessa hipótese, assim como os efeitos colaterais dela advindos, tal como a mitigação do efeito suspensivo *ope legis* aplicado aos recursos de apelação para se chegar à conclusão de que a tutela provisória da evidência pode ser empregada na sentença.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Processo Civil. Tutela da evidência. Sentença. Dano marginal. Ônus do tempo do processo.

ABSTRACT: This paper proposes the use of relief of evidence in the court decision at 1st instance based on Article 311, item IV of the Code of Civil Procedure, as a way of ensuring the effectiveness of judicial protection and better distributing the burden of time between the parties. By the deductive method, the requirements for granting interim relief in this hypothesis were analyzed, as well as the side effects arising from it, such as the weakening of the automatic suspensive effect applied to appeals to arrive at the conclusion that the relief of evidence can be used at 1st instance Court decisions.

KEY WORDS: Code of Civil Procedure. Relief of evidence. Court decision at 1st instance. Marginal damage. Burden of time between the parties.

1. INTRODUÇÃO

Influenciado pela doutrina de Liebman, por sua vez inspirado na doutrina de Carnelutti, o Código de Processo Civil de 1973 foi dividido em três espécies de processo: conhecimento, execução e cautelar².

A separação entre os tipos de processo era rigorosa, pois havia uma preocupação muito grande em garantir que a tutela jurisdicional executiva fosse prestada somente após obtida a

² “A concepção de identificar as medidas cautelares como uma terceira espécie de processo – ao lado daqueles de conhecimento e execução – foi engendrada por Francesco Carnelutti, sendo essa uma de suas mais incisivas contribuições à linha teórica italiana sobre o tema. Defendida também por Enrico Tulio Liebman, essa diretiva norteou a estruturação do Código de Processo Civil de 1973.” (SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como *tedium genus* no Código de Processo Civil de 2015. **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**, Ed. Livraria do Advogado, 2015, p. 107)

cognição exauriente via processo de conhecimento. Outro indicativo disso é de que na execução de título executivo extrajudicial, os embargos do executado suspendiam os atos executivos *ope legis*. A tutela cautelar, por sua vez, poderia ser concedida incidentalmente desde que para garantir o resultado útil do processo no que era chamado de instrumento do instrumento por Calamandrei³.

Até a reforma de 1994, que inseriu o artigo 273 no CPC/73, não se admitia a tutela antecipada, embora em algumas oportunidades ela vinha “escondida” como tutela cautelar “satisfativa”.

Em 2001 e 2002 vieram aperfeiçoamentos tanto para tutela antecipada, como para tutelas específicas nas obrigações de fazer e não fazer, bem como para entrega de coisa. Sempre marcadas por tutelas provisórias, inclusive no âmbito recursal e na simbiose de técnicas cognitivas, executivas e provisórias não importando a fase ou o “processo” (de conhecimento, execução e cautelar).

No ano de 2005 generalizou-se a adoção do processo sincrético ao romper-se com a proposta original de Liebman de divisões estanques do processo, na medida em que a execução passou a ser processada como uma continuação natural do processo de conhecimento, sem a necessidade de citação da parte sucumbente para cumprir o título executivo judicial, bastando intimar seus advogados para fazê-lo.

O CPC/2015, por sua vez, trouxe ainda mais inovações, tal como a tutela antecipada em caráter antecedente, que poderá se estabilizar e gerar efeitos no mundo empírico mesmo sem a tramitação do processo de conhecimento tradicional culminando com uma sentença de mérito, algo que era impensável há poucos anos.

Ressaltamos também o sistema de precedentes, que, além de ter a pretensão de conferir mais *segurança jurídica* e *previsibilidade* ao jurisdicionado, também tem a função de

³ “Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumentos do instrumento” (CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000. p. 41)

racionalizar o *fator tempo*, encurtando a tramitação de processos cuja solução jurídica já foi definida em jurisprudência com força vinculante.

No mais, o CPC/2015 também positivou e disciplinou a tutela da evidência como uma espécie de tutela provisória com o escopo de garantir a prestação da tutela jurisdicional de modo mais rápido e efetivo quando o direito mostrar-se evidente, vide exposição de motivos⁴ do novo CPC, ou, conforme Eduardo Arruda Alvim⁵, “em razão da injustiça consistente em subordinar aquele que demonstra a evidencia do seu direito, ao decurso do tempo, natural à tramitação do processo”.

Conforme se verifica, portanto, a evolução da legislação processual caminhou no sentido de atender a uma demanda da sociedade, ávida pela efetividade do processo, o que se busca com a observância dos princípios da razoável duração do processo e da cooperação (artigos 4^o e 6^o do CPC).

Nesse contexto, pela via do método dedutivo, o presente trabalho tratará com mais vagar de uma das inovações legislativas mencionadas anteriormente, qual seja, a tutela da evidência, mais especificamente a *tutela da evidência* concedida *na sentença* como forma de garantir a efetividade do processo e melhor distribuir o *onus do tempo* do processo para manter a coerência do sistema e mitigar o chamado *danno marginale*⁸.

⁴ “O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de periculum in mora, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano” (exposição de motivos do novo CPC, p. 32).

⁵ ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela Provisória**, 2ª Edição, Saraiva, 2017, p. 315.

⁶ Art. 4^o As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁷ Art. 6^o Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁸ Sobre o tema, Cassio Scarpinella Bueno comenta a doutrina italiana: “É dizer: a tutela deverá ser antecipada independentemente da existência de uma específica e concreta urgência a ser demonstrada pelo magistrado, sendo suficiente, em seu lugar, a demonstração da ocorrência dos pressupostos do inciso II e do § 6o do art. 273. O dano decorrente do desenvolvimento normal do processo — o “danno marginale” de que fala Enrico Finzi (citado por Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 18, nota 1) —, em tais casos, sensibilizou suficientemente o legislador que, para fins de antecipação da tutela, contentou-se com a constatação, pelo magistrado, de outros pressupostos”. (BUENO, Scarpinella Cassio. **Curso sistematizado de direito**

2. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO TEMPO NO PROCESSO

Desde o direito romano, a aplicação do direito tem seguido o binômio declaração-execução⁹, ou seja, primeiro se declara o direito por meio do processo de conhecimento para depois executá-lo via processo de execução.

Portanto, cabe ao autor romper a inércia da jurisdição em busca da declaração de seu direito, porém, enquanto o direito não for reconhecido, o jurisdicionado permanecerá sofrendo com o ônus do tempo até o deslinde do processo de conhecimento.

Sobre esse tema, em recente artigo William Santos Ferreira e Verônica Holzmeister¹⁰ observam que “o réu está sendo tutelado até o último momento do processo, por meio da manutenção (indevida ou devida) de fruição de uma titulação jurídica”. Na sequência, os autores prosseguem ao instigar os leitores com a seguinte indagação: “ao não tutelar imediatamente o autor, não se está a tutelar imediatamente o réu?”

Parece que a resposta é afirmativa. Sendo assim, se os pedidos do autor forem julgados improcedentes, o binômio declaração-execução terá sido bem aplicado ao caso concreto, pois o tempo de tramitação do processo terá servido para a constatação de que o autor realmente não possuía o direito postulado, contudo, se os pedidos forem julgados procedentes, o autor terá sofrido com o ônus do tempo até que isso finalmente ocorra.

O que se quer dizer com isso é que enquanto não for declarado (ou acertado) o direito, a tendência é a manutenção do *status quo* anterior ao rompimento da jurisdição, o que, muitas

processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos / Cassio Scarpinella Bueno. — 6. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2014, p. 144)

⁹ “Do direito romano o novo sistema encampou a necessidade da declaração do direito, realizada numa sentença, como elemento prévio à atividade executiva, eliminando a possibilidade de execução sem declaração do direito germânico. Todavia, também eliminou a possibilidade de uma interminável discussão que se renovava a cada vez que no direito romano se lançava mão da *actio iudicati*, pois uma vez proferida a sentença não havia mais a necessidade da abertura de um novo contraditório, bastando o prosseguimento do feito com a prática da atividade executiva, como acontecia no sistema germânico” (OLIVEIRA NETO, Olavo de. **O poder geral de coerção**. São Paulo: RT, 2019. p. 51)

¹⁰ **Tempo, ideologia e graus de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade**. (FERREIRA, William Santos e HOLZMEISTER, Verônica Estrella. Revista de Processo | vol. 296/2019 | p. 151 - 180 | Out / 2019)

vezes, é utilizado pelo réu como instrumento de procrastinação da efetividade da tutela jurisdicional em detrimento do autor.

Tal situação é indesejada, pois, pelo princípio da paridade de tratamento previsto no art. 7º¹¹ do CPC, não é correto atribuir apenas ao autor o ônus do tempo do processo, permitindo ao réu que se escore indiscriminadamente nos princípios do contraditório e da ampla defesa para se esquivar de assumir o seu ônus no tempo de tramitação do processo.

No direito português, por exemplo, visando coibir esse tipo de abuso, criou-se a figura da “inversão do contencioso” prevista no art. 369¹² do Código de Processo Civil daquele país, que, de alguma forma, se assemelha a figura da tutela antecipada requerida em caráter antecedente do Código de Processo Civil brasileiro, mas sem a necessidade de demonstração de urgência, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Em Portugal, a “inversão do contencioso” pode ser usada além do espectro da tutela de urgência, e, ao contrário do disposto no nosso Código de Processo Civil, uma vez declarado o direito (ainda que em cognição sumária), caberá ao réu a propositura de ação principal visando desconstituí-lo e não ao autor a propositura de uma nova ação para confirmá-lo. O tema tem

¹¹ “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

¹² “1 - Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ônus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

2 - A dispensa prevista no número anterior pode ser requerida até ao encerramento da audiência final; tratando-se de procedimento sem contraditório prévio, pode o requerido opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada.

3 - Se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão que negue o pedido.”

despertado o interesse da doutrina nacional, da qual destaca-se Eduardo Arruda Alvim¹³ e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro¹⁴.

A solução portuguesa tem contornos interessantes, pois, ao passo que o direito do autor seja considerado provável em processo antecedente, o ônus de desconstituir essa presunção será do réu em processo principal de cognição ampla, ou seja, o ônus do tempo do processo será transferido ao réu de forma a garantir a paridade de tratamento entre as partes, mas sem prejuízo do contraditório e da ampla defesa, que estarão preservados.

No direito brasileiro a excessiva “ordinarização” do processo tem sido alvo de críticas há tempos. No início dos anos 1990, Ovídio A. Baptista da Silva¹⁵ já se insurgia contra isso ao criticar aqueles que pensam que o procedimento ordinário (hoje procedimento comum) tem

¹³ “Para que haja a inversão do contencioso, é preciso que tenha o juiz formado convicção firme acerca dos fatos e fundamentos de que se valeu o requerente, isto é, que o juiz possa ter certeza acerca do direito alegado por aquele que pretende a concessão da tutela cautelar. Além disso, exige o art. 369, n. 1, do CPC português que a providência cautelar concedida seja adequada a compor o litígio definitivamente, isto é, que seus efeitos jurídicos coincidam com os efeitos que decorreriam da decisão de mérito propriamente dita. Estando presentes os dois requisitos, isto é, formando-se a firme convicção do julgador e, além disso, sendo a providência cautelar adequada à solução definitiva do litígio, poderá o autor requerer a inversão do contencioso, impondo ao réu o ônus de propor, em seguida, ação em que pretenda discutir o mérito propriamente dito. Com isso, subtrai-se do requerente da providência cautelar o ônus de propor a ação principal, sob pena de caducidade da cautelar concedida, direcionando-o ao réu. Nesse caso, sendo concedida a medida cautelar, será o réu notificado de que poderá caso queira, promover a ação que tenha por objeto a discussão do direito acautelado no prazo de 30 dias (cf. art. 371), “sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela Provisória**, 2ª Edição, Saraiva, 2017, p. 482)

¹⁴ “(...) com essa nova figura, permite a lei portuguesa, mediante requerimento da parte, transformar um procedimento cautelar – até então caracterizado por um processo urgente destinado a decretar medidas provisórias – numa decisão definitiva sobre a composição do litígio. Este novo regime veio quebrar o princípio segundo o qual os procedimentos cautelares estão sempre dependentes de uma ação principal, relativizando, por assim dizer, sua provisoriedade e, bem assim, a sumariedade da cognição, pois pode gerar um juízo de certeza” (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: Tutela de urgência e tutela da evidência do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: RT, 2015. p. 177)

¹⁵ “Há uma curiosa e mal encoberta ideologia neste enaltecimento das virtudes do procedimento ordinário, que faz com que o poder formal e informal que o canta em prosa e verso, dele não se valha. O procedimento ordinário é bom para a plebe, porque o Estado quando necessita valer-se da tutela jurisdicional, cria para si próprio instrumentos especiais, em geral drástica e severamente sumários. As esferas de poder que gravitam em torno do poder formal, igualmente não se utilizam do procedimento ordinário, a começar pelo comércio e indústria que têm seus títulos de crédito, que têm suas duplicatas, e essa infinidade de títulos especiais de crédito que fazem com que seus titulares transponham o procedimento ordinário, indo diretamente ao processo de execução. O Estado, quando quer desapropriar, cria uma lei absurdamente sumária, onde a defesa é praticamente impossível. O BNH tem (ou tinha) igualmente uma lei, provavelmente inconstitucional, tal a severidade da limitação da defesa. Os Bancos e as instituições financeiras também têm suas leis. E todo mundo continua dizendo que a grande descoberta do século é o procedimento ordinário.” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Teoria da Ação Cautelar**. Revista de Processo | vol. 59/1990 | p. 187 - 200 | Jul - Set / 1990)

como finalidade última a busca da “verdade” (segundo Ovídio, “a busca de verdade é um ideal inatingível mesmo nas denominadas ciências exatas”), bem como que o cumprimento abnegado desse procedimento garantiria a prestação da tutela jurisdicional com mais qualidade e certeza.

A verdade é uma *referência*, estabelecida no próprio CPC/2015, mas não uma finalidade custe o que custar e muito menos é impeditiva do trabalho com a probabilidade e da redistribuição do fator tempo a partir de *marcos cognitivos temporais*.

Nesse mesmo artigo, Ovídio dizia que “quando se diz que o direito está em crise, na verdade o que se quer dizer é que o processo está em crise” e que “não há mais quem possa esperar 10 anos pela solução de um conflito judiciário”.

O processualista finaliza ao observar que os agentes de maior poder na sociedade, quando lhes convém, influenciam a legislação processual para excepcionar do procedimento ordinário (hoje procedimento comum) determinadas situações que lhes interessam, como, por exemplo, o Estado que desapropria o cidadão imediatamente e posteriormente discute o valor de indenização que lhe deve pagar, ou seja, nessa situação, se o binômio declaração-execução fosse observado à risca, o decreto-lei que disciplina as desapropriações por utilidade pública seria considerado inconstitucional.

Em contrapartida, quando não lhe convém, o Estado usa e abusa do procedimento comum ao interpor recursos absolutamente infundados, mesmo quando já há jurisprudência firmada no sistema de precedentes, tudo com o objetivo de postergar pelo maior tempo possível o momento do cumprimento da obrigação, pois é mais vantajoso permanecer com o bem da vida durante a tramitação do processo do que entregá-lo, conforme pertinente crítica de Rodrigo Ramos¹⁶.

Mas não é só. A postura estatal é ainda mais perversa, pois, uma vez esgotada a fase de conhecimento, quando finalmente chega o momento do cumprimento da obrigação, na maioria

¹⁶ “é comum que grandes litigantes, entre eles o Estado, resistam a cumprir os deveres reconhecidos de forma definitiva em sede de precedentes jurisprudenciais, já que se revela financeiramente vantajoso permanecer com o bem da vida (em regra, dinheiro) durante o processo, gozando de sua posse e extraindo dele os frutos, enquanto esperam serem compelidos a efetuar a sua entrega. Com isso, multiplicam-se os processos individuais voltados a reconhecer, caso a caso, o direito de cada um dos titulares desses direitos, trazendo sobrecarga, prejuízo e descrédito ao sistema de justiça civil como um todo” (RAMOS, Rodrigo. **A tutela provisória de evidência no Novo Código de Processo Civil**. Dissertação de Mestrado em Direito Processual Civil. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 113).

das vezes o credor é submetido ao nefasto sistema de pagamentos de precatórios para, quiçá, em um futuro distante, venha a receber o que lhe é de direito.

Esse foi apenas um exemplo de que a relativização do binômio declaração-execução não importa necessariamente em afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois, a depender da circunstância, se admite a redistribuição do ônus do tempo do processo sem prejuízo da coerência do sistema processual como um todo.

Certamente a maior expressão disso é a tutela provisória de urgência (cautelar ou antecipada), pois, quando presentes os requisitos legais da probabilidade do direito, perigo de dano e risco ao resultado útil do processo, a tutela jurisdicional será entregue antes do esgotamento do processo de conhecimento, o que tem guarida constitucional, pois a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito (art. 5º, inciso XXXV da CF), conforme ressalta William Santos Ferreira em relação à *ameaça*¹⁷.

De outro lado, quando não estão presentes os requisitos da tutela de urgência cautelar e/ou antecipada, o jurisdicionado deverá aguardar a decisão definitiva, a coisa julgada e a execução definitiva, para finalmente poder gozar da tutela jurisdicional?

Na maioria das vezes sim, porém, com a positivação da tutela da evidência, ainda que não haja urgência, a tutela poderá ser antecipada quando: i) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; iii) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; ou iv) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (incisos do artigo 311 do Código de Processo Civil).

¹⁷ “Portanto, há um direito constitucional à tutela de urgência que se encontra ínsito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (princípio do direito de ação), o que também é admitido por Arruda Alvim, que, além de reconhecê-lo, ressalta a preocupação do legislador com as situações urgentes, como na introdução da fungibilidade dos pedidos de tutela antecipada e cautelar (art. 273, §7º - cf. Lei 10.444/2002)” (FERREIRA, William Santos. **As garantias constitucionais do jurisdicionado e a competência nas tutelas de urgência – Um enfrentamento positivo**. Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, Ed. RT, 2006)

É bem verdade que a tutela da evidência já existia em nosso ordenamento jurídico antes da edição do CPC/2015, embora não fosse assim nominada. Alguns exemplos disso são: a decisão liminar nas ações possessórias para manter ou reintegrar à posse (art. 928¹⁸ do CPC/73 repetido *ipsis litteris* no art. 562 do CPC/15); a decisão liminar na ação de despejo que determina a desocupação (art. 59, §1^o¹⁹ da Lei 8.245/91); e a tutela antecipada prevista no art. 273, inciso II²⁰, do CPC/73 em razão do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Em todas essas hipóteses não se exigia o elemento urgência para a antecipação da tutela. Mais ainda, nas duas primeiras hipóteses (possessórias e despejos), a antecipação da tutela podia (e ainda pode) ser concedida liminarmente, isto é, sem a oitiva prévia da parte contrária.

Não se questiona a constitucionalidade dessas medidas, afinal, ainda que o contraditório seja relativizado ou diferido, não é justo que o locatário permaneça ocupando o imóvel sem pagar aluguéis até o deslinde da fase de conhecimento, ou, que o possuidor seja privado de retomar imediatamente a posse que lhe foi esbulhada até que se cumpram todos os passos procedimentais competentes, ou ainda, que o réu abuse do direito de defesa para procrastinar a efetivação do legítimo exercício do direito do autor.

Esses são avanços importantes na redistribuição adequada do ônus do tempo do processo, no entanto, a “ordinarização” tão criticada por Ovídio ainda está presente e arraigada na prática forense, pois a *noção de devido processo legal* no processo civil ainda é aplicada sob forte influência da *presunção da inocência* existente no processo penal, o que não deveria

¹⁸ “Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.”

¹⁹ “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:”

²⁰ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

(...)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

ocorrer por força do princípio da paridade previsto no art. 7º do CPC, conforme bem observado por William Santos Ferreira e Verônica Holzmeister²¹.

Marcadas as premissas, a aplicação da tutela da evidência, mais especificamente concedida *na sentença* no sentido de reequilibrar o ônus do tempo no processo em relação ao efeito suspensivo *ope legis* do recurso de apelação, será tratada no próximo capítulo.

3. A TUTELA DA EVIDÊNCIA CONCEDIDA NA SENTENÇA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 311, INCISO IV DO CPC

Conforme se denota pelo próprio nome do instituto processual, a tutela da evidência visa amparar o direito evidente. O termo “evidente” é definido no dicionário Michaelis como aquele “que se compreende sem dificuldade, que não oferece dúvidas; claro, manifesto, óbvio, patente” ou ainda “que não pode ser contestado ou negado; incontestável, indiscutível, indubitável, irrefutável”.

Na mesma linha, sob o prisma jurídico, segundo Fux²², o direito evidente seria aquele “cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os *incontestáveis* ou ao menos *impossível de contestação séria*”.

O conceito jurídico definido por Fux, aplica-se especialmente ao disposto no inciso IV²³ do artigo 311 do CPC, que dispõe que a tutela da evidência será concedida quando, após o exercício do contraditório, o réu não for capaz de gerar *dúvida razoável* às alegações do autor embasadas em *prova documental idônea*.

²¹ “A noção de devido processo legal no processo civil foi, e ainda é (!) equivocadamente aplicada em identidade com a noção no processo penal, contudo, neste há a “presunção de inocência”, o que não se dá no processo civil. Neste ambas as partes têm no plano probatório e, conseqüentemente na questão de direito, em regra, as mesmas chances, a mesma probabilidade antes da análise judicial” (FERREIRA, William Santos e HOLZMEISTER, Verônica Estrella. **Tempo, ideologia e grau de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade.** Revista de Processo | vol. 296/2019 | p. 151 - 180 | Out / 2019)

²² FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, 2000.

²³ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Analisando-se mais a fundo o inciso IV do artigo 311 do CPC, sobre o termo “prova documental” nele inserido, cabe aqui uma crítica.

O termo correto do texto legal deveria ter sido “prova documentada” em vez de “prova documental”, pois não há nada que impeça que outros *meios de prova* sejam utilizados para fundamentar um pedido de tutela da evidência, sejam provas típicas ou atípicas²⁴, com base no exposto no art. 369, do CPC, pois o que é relevante é a *carga persuasiva* do conjunto probatório e não o meio de prova, conforme art. 371, do CPC.

Portanto, a conjugação do disposto nos artigos 311, IV, 369 e 371, do CPC, resulta que, desde que devidamente documentadas e *oportunizado* o contraditório, tem-se os requisitos para tutela provisória, sejam provas documentais ou não, importado a *carga persuasiva* gizada no dispositivo do “réu não for capaz de gerar dúvida razoável às alegações do autor” embasadas em prova documentada idônea. A correção não é uma afronta à lei, mas uma interpretação sistemática, sob pena de desconfiguração do sistema processual, tal qual estruturado.

Em outras palavras, a prova testemunhal, por exemplo, obtida em produção antecipada de provas (arts. 381 e ss.), poderia sustentar um pedido de tutela da evidência com fulcro no artigo 311, inciso IV, do CPC, pois a despeito de não ser prova tipicamente documental, trata-se de prova documentada e produzida sob o crivo do contraditório. O mesmo vale para as demais modalidades de provas típicas e atípicas admitidas.

No mais, em relação ao termo “dúvida razoável” mencionado no inciso IV do artigo 311, o Legislador provavelmente se inspirou no direito anglo-saxão, cuja expressão “*reasonable doubt*” é usualmente utilizada no direito penal para justificar a absolvição do réu quando existente uma dúvida razoável sobre a culpabilidade do acusado. A contrário senso, o réu pode ser condenado quando a evidência é forte o bastante a ponto de remanescer apenas uma remota possibilidade de se pensar o contrário, que poderá ser afastada pelo seguinte

²⁴ São consideradas provas atípicas úteis aquelas que apresentam informações relevantes para o *thema probandum* e cujo *modo de ingresso* nos autos ou a sua *utilização ou valoração* não estão regulados na lei ou estão de forma incompleta (FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**, Ed. RT, 2013, p. 64).

raciocínio: “é claro que é possível, mas não é minimamente provável”, vide comentários de Melgaço Reis²⁵ sobre a doutrina inglesa de Lord Nicholls, juiz da Suprema Corte Britânica.

Um ponto crucial na análise. Não se deve confundir a demonstração do contexto fático, com questões de direito. Por vezes fatos demonstrados categoricamente (*fundamentos fáticos do pedido*) podem não levar à solução da questão de direito sustentada nos *fundamentos jurídicos* do pedido.

Portanto, tropicalizando o conceito da “dúvida razoável” e transportando-o do processo penal para o processo civil, mais do que a análise dos fatos e da prova documental em si, é imprescindível que os *fundamentos jurídicos* do pedido do autor sejam levados em conta, ou seja, ainda que o réu não seja capaz de opor dúvida razoável aos fatos constitutivos do pretense direito do autor, se os fundamentos jurídicos da tese autoral não forem sólidos o bastante para a confirmação futura da tutela provisória, a tutela da evidência não poderá ser concedida, conforme doutrina de Eduardo Arruda Alvim²⁶ e Rodrigo Ramos²⁷.

Sendo assim, após a análise esmiuçada do artigo 311, inciso IV, concluímos que a tutela da evidência poderá ser concedida ao peticionário quando a sua pretensão se mostrar juridicamente provável e fundada em prova documentada (e não apenas documental) em relação

²⁵ “a propósito, Lord Nicholls, juiz da Court of Final Appeal, na Inglaterra, assevera que a lei busca a probabilidade, não a certeza, pois esta é raramente acessível. Dessa forma, aduz que, “se a evidência é tão forte contra uma pessoa, a ponto de deixar apenas uma remota possibilidade em seu favor, que pode ser afastada com o raciocínio “é claro que é possível, mas não é minimamente provável”, então o caso estará provado acima da dúvida razoável”. (REIS, André Wagner Melgaço. **Standard de prova além da dúvida razoável**. <https://www.conjur.com.br/2018-ago-14/andre-melgaco-reis-standard-prova-alem-duvida-razoavel>). Acesso em 28.07.2020 às 15h55min.

²⁶ “Importante assentar, além disso, que o inciso IV ora discutido impõe ao réu que crie “dúvida razoável” ao julgador, ou seja, atinja com sua defesa a probabilidade de êxito que decorreria da petição inicial (fundamentos somados aos documentos já carreados aos autos). Tal dúvida, aliás, pode dizer respeito tanto aos fatos quanto aos fundamentos jurídicos levantados pelo autor, o que significa dizer, em verdade, que cabe ao réu, a fim de não ver invertido o ônus do tempo do processo, demonstrar que o autor não tem probabilidade de vitória tamanha que justifique tutela da evidência” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela Provisória**, 2ª Edição, Saraiva, 2017, p. 332)

²⁷ “apesar de o conceito de evidência parecer se referir somente aos fatos, a eles não deve ser restringido. É necessário que os fundamentos jurídicos alegados sejam válidos e que a subsunção dos fatos a eles tenha por efeito o surgimento do direito a ser objeto da tutela. O fato alegado deve ser apto a gerar os efeitos jurídicos que ensejam o direito contido no pedido: o autor que não tem prova de suas alegações não dispõe de evidência; o autor que prova fatos que não conduzem à procedência não dispõe de evidência; e o autor que sustenta tese jurídica implausível não dispõe de evidência. Em síntese, pode-se dizer que para a concessão da tutela de evidência, é o direito que deve ser evidente, o que, contudo, demanda evidência dos fatos alegados” (RAMOS, Rodrigo. **A tutela provisória de evidência no Novo Código de Processo Civil**. Dissertação. Mestrado em Direito Processual Civil. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 95)

a qual o réu, após exercer o contraditório, não tenha oposto dúvida razoável, assim entendida como a probabilidade de êxito futuro na demanda.

Fincadas as premissas de aplicação do dispositivo legal em análise, vejamos agora o momento da incidência do artigo 311, inciso IV do Código de Processo Civil.

O CPC projeta a aplicação do inciso IV para o momento subsequente a apresentação da contestação (em decisão saneadora, por exemplo), na medida em que é vedada a prolação de decisão liminar com fundamento nesse inciso, conforme parágrafo único do artigo 311.

A questão é saber: esse é o único momento em que o juiz poderá apreciar pedido de tutela da evidência com fundamento no inciso IV ou isso poderá ocorrer em momento posterior do processo, como na sentença, por exemplo?

Independentemente do momento em que é prolatada (seja em julgamento antecipado ou posteriormente à instrução processual), a sentença exige o exaurimento da cognição, pois é a sentença o pronunciamento jurisdicional que põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, nos termos do artigo 203, §1º²⁸ do CPC. Nesse sentido é a doutrina de Watanabe²⁹, Didier Jr³⁰ e Bodart³¹.

Se após o contraditório o juiz terá o dever-poder de conceder tutela antecipada de evidência, na presença dos requisitos do inciso IV do art. 311 é, no mínimo, contraditório e ilógico não admitir a concessão no momento da sentença.

²⁸ “Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.”

²⁹ “Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada” (WATANABE, Kazuo. **Da Cognição do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 129/130)

³⁰ “Daí poder afirmar-se que a cognição exauriente é a cognição das decisões definitivas” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador: Podivm, 2008, v.1., p. 297)

³¹ “Em se tratando de cognição exauriente, uma vez executado por inteiro o procedimento legalmente previsto, há uma presunção absoluta de que o julgador está preparado para decidir, independente do seu estado de consciência. À luz do confiabilismo, tem-se que o percurso do rito processual, revestido das garantias constitucionais e moldado para atingir a verdade na maior parte dos casos, é suficiente para dar ensejo a uma decisão acobertada pela coisa julgada material.” (BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência [livro eletrônico]: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do Novo CPC**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019)

Na advertência, já em 2000, de William Santos Ferreira³², mesmo na vigência do CPC/1973: “seria muito mais contraditório admitir que um juiz, em *cognição parcial*, concedesse a tutela antecipada logo no início do processo e, quando já tem uma convicção *definitiva* para o caso (*cognição plena e exauriente*), não pudesse deferi-la. Isto tudo sem falar na possibilidade de impugnação recursal, em que, em observância à devolutividade, o tribunal analisaria, *novamente*, os fatos e o direito. Vale também ressaltar que “convicção” na sentença de procedência *é mais* do que verossimilhança e prova inequívoca, o que significa que a convicção do julgador *supera* as exigências do *caput* do art. 273.”

Portanto, se encerrada a fase cognitiva em primeira instância, nada mais a se esperar em relação à instrução, portanto, o *ápice* temporal para balanceamento das posições das partes, diante do *encerramento da fase instrutória*, é a sentença, por excelência, berço natural da tutela de evidência na perspectiva de primeira instância.

Portanto, por consectário lógico, nada impede que a tutela da evidência seja concedida com fundamento no inciso IV do art. 311 no momento da sentença, pois, se o juiz proferiu sentença acolhendo os pedidos do autor, é sinal de que após a tramitação do processo de conhecimento formou-se a firme convicção de procedência do direito pretendido em sede de cognição exauriente, conforme Dinamarco³³. Não fosse assim, o resultado da sentença deveria ser a improcedência dos pedidos.

Afinal, se a lei processual admite a concessão da tutela da evidência em momento anterior ao da prolação da sentença, porque não se admitir a concessão da tutela da evidência cumulativamente com a prolação da sentença de mérito, momento em que não haverá mais discussão sobre eventual “dúvida razoável” sobre os fatos constitutivos do direito do autor, mas sim a convicção judicial sobre o direito em análise?

A resposta a essa questão só pode ser uma, qual seja, não há óbice para a concessão da tutela da evidência em sentença com fulcro no artigo 311, inciso IV do CPC.

³² FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. Ed. RT. 2000, p. 302/303.

³³ “A cognição é exauriente quando comporta indagações tão profundas que sejam capazes de eliminar toda possível dúvida e incutir certeza no espírito do juiz” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª Edição. 2009. p. 36)

Mais ainda se pode avançar? Será que toda a sentença de procedência proferida ao final do processo de conhecimento deveria vir acompanhada da tutela da evidência prevista inciso IV do artigo 311 do CPC?

A resposta a esta pergunta é a mudança de paradigma do CPC/2015 e a leitura *fidelis* e não intoxicada pela noção de devido processo legal no ambiente penal em que há a *presunção de inocência*.

No processo civil não há presunção a favor do autor, mas também não há a favor do réu! Portanto, o devido processo legal precisa ser compreendido a partir desta perspectiva. A prerrogativa de que ninguém perderá os seus bens sem o devido processo legal, não significa, necessariamente, que o réu tenha o direito ao longo do processo de fruir de uma posição jurídica mais benéfica do que o autor. O que se está propondo é que a verificação da evidência do direito, quando não houver condições de aferi-la em sede de cognição sumária no início do processo, se dê então no momento da prolação da sentença, em que, necessariamente, haverá cognição exauriente, na perspectiva da primeira instância, que é mais e não menos do que se fosse conferida no início ou no curso da demanda nesta sede.

Se assim ocorrer, no entanto, o efeito suspensivo *ope legis* do recurso de apelação (aquele concedido pelo legislador abstrata e genericamente, bastando o cabimento do recurso)³⁴ previsto no *caput* do artigo 1.012 não produzirá efeitos, pois, a sentença que confirma, *concede* ou revoga tutela provisória, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação, nos termos do artigo 1.012, §1º, inciso V³⁵, do Código de Processo Civil, aliás, consequência natural da exequibilidade provisória.

Na prática, isso significaria a redistribuição do ônus do tempo do processo de forma equânime em homenagem àquele que teve seus pedidos reconhecidos procedentes em sentença de mérito com cognição exauriente, transferindo-se ao réu o ônus de buscar o efeito suspensivo

³⁴ RODRIGUES, Marco Antonio. **Manual dos Recursos – Ação Rescisória e Reclamação**, Ed. Atlas, 2017. p. 86/87.

³⁵ “Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

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

(...)

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;”

ope judicis de seu recurso perante a instância jurisdicional superior, caso comprove os requisitos para tanto.

Por outro lado, embora o anteprojeto³⁶ original do Código de Processo Civil de 2015 tenha seguido exatamente essa linha de pensamento, os autores do presente estudo não desconhecem a opção legislativa que foi genericamente feita pela manutenção do efeito suspensivo automático *ope legis* em recursos interpostos contra as sentenças de 1º grau de jurisdição.

A esse respeito, é importante esclarecer que não está se propondo a revogação tácita do efeito suspensivo *ope legis* do recurso de apelação, mas apenas a sua adequação à hipótese típica, esquadrihada pelo legislador, consideradas determinadas circunstâncias.

Portanto, para a primeira pergunta anteriormente deduzida a resposta é sim, podemos avançar, pois para que a tutela da evidência seja concedida na sentença com base no inciso IV, do artigo 311 do CPC, em primeiro lugar, seria necessário que houvesse requerimento da parte, pois a concessão da tutela provisória não pode ser determinada de ofício pelo juiz, sob pena de violação ao princípio dispositivo, bem como violação a vedação de decisões-surpresa³⁷. Essa questão é importante, pois aquele que usufruir da tutela provisória concedida, será *objetivamente responsável* pelos danos causados à parte contrária caso a decisão final de mérito venha a ser desfavorável aos seus interesses.

³⁶ “Art. 908. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão.

§ 1o A eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se demonstrada probabilidade de provimento do recurso.

§ 2o O pedido de efeito suspensivo durante o processamento do recurso em primeiro grau será dirigido ao tribunal, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator”

³⁷ Neste sentido também Caraciola e Dellore: “O princípio dispositivo é um dos principais fundamentos para afastar a concessão de tutela antecipada de ofício, considerando a imparcialidade do juiz. No entanto, não há como se cogitar de total engessamento do juiz; ou, menos ainda, no sentido inverso, de um juiz com poderes absolutos no processo, que não considera as partes. (...) A partir de uma interpretação sistemático-teleológica (princípios da cooperação e da vedação da decisão-surpresa), é de se concluir que o CPC afasta a possibilidade de antecipação de tutela de ofício.” (CARACIOLA, Andrea Boari e DELLORE, Luiz. **Antecipação de tutela ex officio?** In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. São Paulo: Saraiva, 2016. 2ª Ed. Saraiva, p. 132)

A esse respeito, embora a responsabilidade objetiva tenha sido mencionada no art. 302 do CPC apenas para a hipótese da tutela de urgência, Daniel Penteadó de Castro³⁸, por exemplo, admite a extensão da responsabilidade objetiva para as demais espécies de tutelas sumárias, inclusive a tutela da evidência, posição viabilizada não exatamente pela identidade matriz da urgência e da evidência, isto é, a tutela provisória, mas sim por uma peculiaridade ainda não usualmente percebida, a *responsabilidade objetiva* deriva também da *execução provisória* (art. 520, I, do CPC) embasada em tutela da evidência.

Portanto, é imprescindível que a concessão da tutela da evidência na sentença seja precedida de requerimento da parte, pois, no momento do requerimento, a parte estará ciente de que poderá vir a ser objetivamente responsável pelos danos que a efetivação da tutela vier a causar à parte adversa na hipótese de posterior reforma da decisão.

Em sentido contrário é a posição de Bodart³⁹, que entende ser possível a concessão da tutela provisória da evidência de ofício, pois o próprio pedido do autor na petição inicial já seria

³⁸ “Embora a lei seja omissa, a responsabilidade objetiva se estende a outras modalidades de tutela sumária. Não é o rótulo ou nome dado a determinado procedimento ou ação que ostenta o imperativo para eximir a responsabilidade objetiva. A uma, sob a perspectiva de quem cumpre a tutela sumária eventuais danos serão os mesmos, indiferente do nome da ação que emana de referida tutela ou consta no respectivo mandado, de sorte que seus efeitos extraprocessuais (inclusive eventuais danos) serão os mesmos. Em segundo lugar, não há como divorciar as decisões executáveis que não gozam do atributo de definitividade da égide do art. 475-O do CPC de 1973, em especial o inciso I, que trata da responsabilidade (objetiva) do exequente que assume, por conta e risco, eventuais danos ocasionados pela execução provisória da medida (CPC de 2015, art. 520, I). A três, embora expressamente disciplinada a exigibilidade de caução somente quanto às medidas cautelares (CPC, art. 804), tem-se entendido (conforme se verificará no item 3) sua extensão às antecipações de tutela, a congregar a aplicação uniforme de mecanismos congêneres a todas as modalidades de tutela sumária naquilo que não houver incompatibilidade definida pela lei especial. (...) Logo, a responsabilidade objetiva decorrente da concessão ou revogação da tutela de urgência guarda amplitude a se observar também em outras tutelas sumárias distinta das hipóteses previstas no art. 811 do CPC de 1973. Não por outra razão que o art. 302 do CPC de 2015 se encontra topologicamente alocado no Livro V, que trata das tutelas provisórias, a congregar a responsabilidade objetiva decorrente de danos causados por sua fruição às modalidades de tutela ali previstas (de urgência ou da evidência).” (CASTRO, Daniel Penteadó. **Responsabilidade pela fruição da tutela provisória** In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. São Paulo: Saraiva, 2016. 2ª Ed. Saraiva, p. 146)

³⁹ “Por todo o exposto, não há sentido em submeter ao alvedrio do autor a concessão da tutela de evidência. O provimento de ofício não macula de forma alguma o princípio da inércia ou da demanda, visto que o Judiciário foi provocado pela petição inicial e, a partir de então, tem o lugar o princípio do impulso oficial (art. 262 do CPC/1973; art. 2.º do CPC/2015). Aquele que pede ao Estado-juiz determinada providência, certamente deseja receber a utilidade pretendida *in limine*, ou, do contrário, estará litigando em juízo por interesses menos ortodoxos. (...) Diriam outros que o requerimento da parte é essencial para autorizar a responsabilização do autor pelos danos causados pela efetivação da medida (art. 302 do CPC/2015). A objeção é igualmente equivocada, pois o pedido

suficiente para se presumir o seu desejo da concessão da medida imediatamente, seja de forma antecipada *in limine* ou ao final do processo.

Em que pese a respeitável defesa, não é a melhor interpretação, pois a parte que usufruir de uma tutela sumária estará sob o crivo da responsabilidade objetiva em caso de reforma posterior da decisão, razão pela qual a decisão de submeter-se ou não a esse risco não pode ser alijada de sua esfera volitiva.

Ademais, vale lembrar que a responsabilidade objetiva implanta um regime de efetiva cooperação processual, uma vez que as partes, cientes dos riscos que representam uma *execução provisória* cuja decisão que a embasa seja *reformada* (art. 520, I), avaliarão a situação e serão os primeiros julgadores de suas pretensões, instaurando-se efetiva *teoria da participação responsável*.⁴⁰

Por fim, observe-se ainda que a concessão da tutela da evidência em sentença deverá observar algumas cautelas, pois não poderá ocorrer no que toca a antecipação do ato decisório declaratório em si, por exemplo, na usucapião, mas poderá ocorrer sim, em relação à a antecipação dos efeitos práticos deste reconhecimento, como reintegração da posse, eventuais direitos sobre frutos, entre outros, mas não será possível a ordem para alteração no registro de imóveis, em que pese, entendermos possível determinar a anotação no registro do reconhecimento da usucapião, ainda que passível de recurso.

Em suma, defendemos a possibilidade da concessão da tutela da evidência com fundamento no artigo 311, inciso IV do CPC por ocasião da prolação da sentença de procedência dos pedidos do autor, desde haja pedido expresso nesse sentido, bem como haja o cuidado com a antecipação de efeitos e não especificamente do próprio conteúdo declaratório da sentença.

inicial, que provoca o exercício da jurisdição, já é suficiente para atrair ao autor a responsabilização pelos mencionados danos, não se concebendo que o demandante esteja de acordo apenas com eventual tutela definitiva do seu direito, mas seja refratário a eventual provimento de caráter antecipatório.” (BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência [livro eletrônico]: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do Novo CPC**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019)

⁴⁰ Para um maior aprofundamento em torno da responsabilidade objetiva e sua relação com a participação responsável ver: FERREIRA, William Santos. **Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável**, Revista de Processo, v. 188, p. 9/51.

Finalmente, quando houver forte divergência jurisprudencial, não se admitirá a concessão da tutela de evidência, porque a concessão não pode se dar pelo juízo de primeira instância apenas pensando “em sua visão”, mas sim analisando as chances em relação ao “Poder Judiciário”, a visão pois não é exclusivamente do “presente”, mas “prospectiva”. No caso da tutela de evidência, no que se refere à questão de direito, será fortíssima a influência dos referenciais estabelecidos pelo artigo 926, ainda que não haja decisão vinculativa (ex. proferida em IRDR ou recursos repetitivos).

4. CONCLUSÃO

Embora a razoável duração do processo e a efetividade da tutela jurisdicional sejam princípios constitucionalmente positivados, ainda há muita dificuldade para implementar esses valores na prática.

O dano marginal pela demora na prestação da tutela jurisdicional é uma realidade que merece toda a atenção dos operadores do direito. Não se pode fechar os olhos para isso, sendo de rigor a utilização dos mecanismos processuais disponíveis para a mitigação dessa mazela. A esse respeito, vejamos a lição de Bedaque⁴¹:

“Aliás, a preocupação com o tempo do processo, e com a possibilidade de a demora gerar dano a direito passível de proteção, constitui apenas um dos aspectos inerentes à efetividade da tutela jurisdicional, tema central do processo civil moderno. Tentar eliminar o dano emergente da demora normal do processo é o grande desafio lançado ao processualista. A ele cabe formular mecanismos destinados a possibilitar que o processo alcance seus escopos institucionais e não se transforme em nova fonte de insatisfações. A duração do processo cognitivo ou executivo, muitas vezes exagerada e inexplicável, representa obstáculo sério à plena satisfação do direito. Aqui nos deparamos com circunstâncias inerentes ao próprio sistema processual, às vezes ligadas a deficiências desse mesmo sistema, que acabam por constituir obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional. É preciso buscar meios para afastá-los.”

Tentar eliminar o dano marginal por meio dos mecanismos processuais disponíveis é uma orientação aplicada na presente proposta de utilização da tutela provisória da evidência na

⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 21.

sentença como instrumento de redistribuição do ônus do tempo do processo à luz do princípio da paridade.

Chegará o tempo em que não ouviremos mais que a tutela provisória é exceção. Pois, exceção será não redimensionar o ônus do tempo, enfim, adequar a noção de devido processo legal para ambas as partes e não exclusivamente para o réu.

Tal proposição dialoga com os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da efetividade, razão pela qual não há inconstitucionalidade e/ou ilegalidade na medida, ainda que o efeito colateral da aceitação dessa tese possa causar a mitigação da automática, abstrata e generalizada incidência do efeito suspensivo *ope legis* nos recursos de apelação.

De qualquer forma, o sistema processual é capaz de lidar com esse “efeito colateral” na medida em que sempre haverá a possibilidade de concessão de efeito suspensivo *ope iudicis* quando for demonstrado o perigo de dano e a probabilidade do direito da parte. Ademais, os mecanismos de contracautela e a responsabilidade objetiva da parte ao executar a tutela provisória da evidência, são elementos que contrabalanceiam o sistema.

Em última análise, portanto, de acordo com os postulados de boa-fé, paridade e cooperação previstos no Código de Processo Civil, é preciso dar maior protagonismo e liberdade às partes de modo que o ônus do tempo do processo possa ser melhor acertado de acordo com o juízo de probabilidade do direito em discussão.

Será que há maturidade institucional suficiente para isso? O tempo dirá. O que não se pode aceitar, contudo, é o avanço do dano marginal decorrente da lentidão da efetivação da tutela jurisdicional, pois, ao contrário do brocardo latino *tandem obtinet iustitia* (a justiça tarda, mas não falha), a verdade é que a justiça que tarda é uma justiça que, no mínimo, falha, especialmente nos casos em que o recurso não é uma forma de rever uma sentença equivocada ou com forte probabilidade de reforma, mas um mecanismo fácil para obstaculizar o acesso à Justiça pela parte, impedindo a efetivação da tutela jurisdicional e apenas tentando obter o lucro fácil decorrente da suspensividade, sendo esse um ilegítimo mecanismo para tentar criar o empeco e obter um acordo em condições favoráveis, mesmo sem direito. Enfim, não haverá apenas um direito de recorrer, mas um abuso no direito de recorrer, o que, em última análise, é

um ato ilícito e não cooperativo, e o mínimo que se espera é a inversão das posições jurídicas de fruição do bem da vida discutido.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela Provisória**, 2ª Edição, Saraiva, 2017.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Efetividade do processo e técnica processual**. RePro, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 77, 1995.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2003.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência [livro eletrônico]: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do Novo CPC**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019
- BUENO, Scarpinella Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 6ª edição, São Paulo, Saraiva, 2014.
- CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.
- CARACIOLA, Andrea Boari e DELLORE, Luiz. **Antecipação de tutela ex officio?** In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. São Paulo: Saraiva, 2016. 2ª Ed. Saraiva.
- CASTRO, Daniel Penteadó. **Responsabilidade pela fruição da tutela provisória** In: OLIVEIRA NETO, Olavo; BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela provisória no novo CPC**. São Paulo: Saraiva, 2016. 2ª Ed. Saraiva.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador: Podivm, 2008, v.1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª Edição, 2009.
- FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FERREIRA, William Santos. **As garantias constitucionais do jurisdicionado e a competência nas tutelas de urgência – Um enfrentamento positivo. Processo e Constituição** – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, Ed. RT, 2006
- FERREIRA, William Santos. “**Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável**”, Revista de Processo, v. 188, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERREIRA, William Santos e HOLZMEISTER, Verônica Estrella. Tempo, **ideologia e graus de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade**. Revista de Processo | vol. 296/2019 | p. 151 - 180 | Out / 2019.
- FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ano 2, número 16, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória em ação de resolução de contrato**. RePro, vol. 1 | p. 257 - 269 | Out / 2011.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. **O poder geral de coerção**. São Paulo: RT, 2019.
- RAMOS, Rodrigo. **A tutela provisória de evidência no Novo Código de Processo Civil**. Dissertação de Mestrado em Direito Processual Civil. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.
- REIS, André Wagner Melgaço. **Standard de prova além da dúvida razoável**. <https://www.conjur.com.br/2018-ago-14/andre-melgaco-reis-standard-prova-alem-duvida-razoavel>. Acesso em 28.07.2020 às 15h55min.
- RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: Tutela de urgência e tutela da evidência do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: RT, 2015.
- RODRIGUES, Marco Antonio. **Manual dos Recursos – Ação Rescisória e Reclamação**, Atlas: São Paulo, 2017

SCARPARO, Eduardo. **A supressão do processo cautelar como *tercium genus* no Código de Processo Civil de 2015**. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil, Ed. Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Teoria da Ação Cautelar**, Revista de Processo | vol. 59/1990 | p. 187 - 200 | Jul - Set / 1990.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005.