

**TUTELA DE EVIDÊNCIA: POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO LIMINARMENTE
(HIPÓTESE DO ART. 311, IV, DO CPC)**

EVIDENCE GUARANTEE: POSSIBILITY OF CONCESSION LIMINARLY (HYPOTHESIS OF ARTICLE 311, IV, OF THE CPC)

Roger Rasador Oliveira¹

RESUMO: Analisa-se no presente trabalho a possibilidade ou não de concessão de tutela da evidência de forma liminar na hipótese do inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil, havendo procedimento administrativo prévio. Discorre-se sobre a história e a introdução da tutela da evidência no direito processual brasileiro, passando-se a regulamentação do referido instrumento no novo Código de Processo Civil, diferenças da tutela provisória de urgência, suas hipóteses, controvérsias doutrinárias, notadamente a semelhança com a técnica do julgamento antecipado de mérito. Disserta-se, ainda, sobre a possibilidade de intimação prévia do réu na hipótese do inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil e, ao final, a possibilidade de concessão liminarmente quando houver procedimento administrativo prévio.

PALAVRAS CHAVE: Tutela da Evidência. Contraditório. Procedimento Administrativo.

ABSTRACT: It is analyzed in the present work the possibility or not of granting guardianship of the evidence in a preliminary way in the hypothesis of item IV of article 311 of the Code of Civil Procedure, with a prior administrative procedure. The history and the introduction of the protection of evidence in brazilian procedural law are discussed, as the new Code of Civil Procedure regulation of the right, the differences of the provisional protection of urgency, its hypotheses, doctrinal controversies, notably the similarity with the technique of early judgment of merit. The possibility of prior notification of the defendant in the hypothesis of item IV of article 311 of the Code of Civil Procedure and, in the end, the possibility of granting a preliminary injunction when there is a prior administrative procedure is also discussed.

KEY WORDS: Evidence Guardianship. Contradictory. Administrative Procedure.

¹ Graduação em Direito pela Universidade Católica de Santos. Pós-graduação em Direito Processual Civil pela Faculdade de Pato Branco, FADEP. Defensor Público do Estado de Santa Catarina.

INTRODUÇÃO

Com o advento do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, novos ou pouco explorados institutos e teorias jurídica, agora normatizadas, passaram a ter grande relevo no processo civil

Dentre as inovações destaca-se a tutela da evidência, prevista no artigo 311 do Código de Processo Civil, que será o tema abordado pelo presente trabalho. Como espécie de tutela provisória, a tutela da evidência, ao contrário da tutela de urgência, ainda é pouco explorada pelos operadores do direito.

Assim sendo, o objetivo do trabalho é debater as hipóteses de concessão da tutela da evidência, com enfoque na prevista no inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil, e a existência de contraditório prévio em procedimento administrativo.

Para a presente monografia foi levantada o seguinte problema:

É possível a concessão da tutela da evidência de forma liminar na hipótese do inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil?

Utilizou-se como metodologia de pesquisa as doutrinas e artigos de direito processual, publicadas por consagrados doutrinadores que tratam especificamente do tema em questão.

1 ANÁLISE HISTÓRICA DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

A necessidade de celeridade e de se conferir efetividade na tutela dos direitos sempre foi objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência pátria. Há muito tempo já se identificava a insuficiência da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (antigo Código de Processo Civil), diante da morosidade da prestação jurisdicional.

Na sua redação original, além da tutela definitiva de cognição exauriente, o antigo Código de Processo Civil somente previa a existência da tutela cautelar, que não era suficiente para satisfação, ainda que provisoriamente, do direito a ser tutelado.

Somente em 1994, com a promulgação da Lei nº 8.952, é que foi introduzido no antigo diploma processual a tutela antecipada, em seus artigos 273 e 461, este último relacionado com as obrigações de fazer e não fazer.

A esse respeito, leciona Marinoni:

É importante distinguir a tutela cautelar da tutela antecipatória. A provisoriedade, isto é, o fato de a ‘decisão’ ser dotada de cognição sumária não é nota que possa servir para essa distinção. A tutela cautelar não pode satisfazer, ainda que provisoriamente, o direito acautelado. A tutela cautelar não pode assumir uma configuração que desnature sua função, pois, de outra forma, restará como simples tutela de cognição sumária, ou, como bem advertem Satta e Verde, ‘il provvedimento urgente in urgenza di provvedimento’.

A distinção entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar é evidente. Cabe advertir que a tutela antecipatória foi introduzida no Código de Processo Civil justamente pela razão de que a doutrina e a jurisprudência anteriores ao ano de 1994 não admitiam que o autor pudesse obter a satisfação de seu direito mediante a ação cautelar, que nessa perspectiva seria usada como técnica de antecipação da tutela que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução. Melhor explicando: como a prática forense evidenciou a necessidade de uma tutela mais célere, e assim da ‘antecipação da tutela’, e essa ‘antecipação’ – segundo jurisprudência – não podia ser obtida por meio da ação cautelar, o legislador corrigiu o Código de Processo Civil para viabilizar tutela tempestiva e efetiva nos casos de ‘fundado receio de dano’ e de ‘abuso de direito de defesa’, nele inserindo o art. 273. (MARINONI, 2013, p. 197).

Pode-se dizer, portanto, que na vigência do antigo Código de Processo Civil, ao menos de 1994 até a entrada em vigor do novo código, a tutela provisória, era subdividida em tutela antecipada e tutela cautelar: na primeira, como o próprio nome indica, havia uma antecipação do provimento final; na segunda uma proteção, um acautelamento, do objeto material discutido na ação, a fim de que não se esvaísse durante o moroso trâmite processual.

Não se pode perder de vista, contudo, que ambas as espécies de tutela provisória estavam intimamente conectadas com o requisito da urgência, notoriamente conhecido como *periculum in mora*.

O artigo 273, inciso I, do antigo Código de Processo Civil exigia, além da verossimilhança da alegação (*fumus boni iuris*), que houvesse fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

É verdade que existiam exceções à regra, normalmente previstas em leis esparsas ou em procedimentos especiais previstos no próprio código, como a liminar possessória na ação de força nova de reintegração de posse.

Não só, o inciso II do supracitado artigo, autorizava a concessão da tutela antecipada, quando caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, independente da demonstração da urgência da medida. Na prática pouco se via uma tutela antecipada concedida com base em tal fundamento, eis que dependia da demonstração de um elemento subjetivo de difícil valoração pelo Juiz.

Quanto a tal possibilidade, Marinoni afirma:

O presente item objetiva estudar técnicas que, visando distribuir de forma adequada o tempo do processo entre os litigantes, viabilizam a tutela antecipatória independentemente da alegação de perigo de dano. *Melhor explicando: as espécies de tutela antecipatória que agora interessam têm por único fim permitir a correta distribuição do tempo do processo entre as partes.* Como tal distribuição é feita a partir da premissa de que o réu não pode beneficiar-se com a demora do processo, a tutela antecipatória, nesses casos, funda-se em técnicas que consideram a evidência do direito do autor, mas têm o cuidado, evidentemente, de não comprimir o direito de defesa. (MARINONI, 2013, p; 228).

Ainda que de modo tímido, fundamentado na distribuição do ônus do tempo processual, começava a se moldar o que viria a ser a tutela da evidência no novo Código de Processo Civil.

Houve, ainda, uma última tentativa, sob a égide do antigo diploma processualista, de tornar o processo mais justo e célere. A Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002 realizou mais uma inovação, introduzindo no artigo 273, o §6º, tendo como único requisito, para concessão da tutela antecipada, a existência de pedido incontroverso. Tal hipótese, no novo Código de Processo Civil, é corretamente prevista no inciso I do artigo 356 como hipótese de julgamento antecipado parcial de mérito.

A questão voltou à tona, em meados de 2000, quando o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, à época Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Professor Titular de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Luiz Fux, publicou artigo intitulado: “A Tutela dos Direitos Evidentes”.

Segundo o professor, que mais tarde tornou-se o presidente da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o projeto do novo Código de Processo Civil:

A expressão vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente.

São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliado à injustificada demora que o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada. (FUX, 2000, p. 1-2).

Vê-se que realmente o direito processual civil brasileiro era falho, não tutelando de forma adequada e efetiva esta nova classe de direitos, intitulados de direitos evidentes, fazendo com que o seu titular suportasse o ônus da demora processual e, assim, perpetuando a injustiça do sistema.

Foi justamente nesse contexto que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) dedicou um título à tutela da evidência, disciplinando-a no artigo 311.

Conforme a exposição de motivos do novo Código de Processo Civil:

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.

Busca-se, assim, a sanar uma lacuna da legislação processual civil anterior, atendendo aos anseios da doutrina e, notadamente, prestar a tutela jurisdicional de forma célere ao cidadão, distribuindo de forma justa o ônus do tempo da tramitação processual.

2 TUTELA DA EVIDÊNCIA NO CPC/15 E SUAS HIPÓTESES

Inicialmente, vejamos a redação do artigo 311 do Código de Processo Civil:

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

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

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

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

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

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Verifica-se facilmente pela disposição legal que a tutela provisória de evidência dispensa o *periculum in mora*, consubstanciado na demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Conforme Humberto Theodoro Jr.:

A tutela da evidência não se funda no fato da situação geradora do perigo de dano, mas no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. Justifica-se pela possibilidade de aferir a liquidez e certeza do direito material, ainda que sem o caráter de definitividade, já que o debate e a instrução processuais ainda não se completaram. No estágio inicial do processo, porém, já se acham reunidos elementos de convicção suficientes para o juízo de mérito em favor de uma das partes. (THEODORO, 2015, p. 685.)

Destarte, são 4 (quatro) as hipóteses em que o artigo 311 autoriza a concessão da tutela de evidência.

A esse respeito leciona Fredie Didier Jr.:

Há, assim, duas modalidades de tutela provisória de evidência: a) punitiva (art. 311, I), quando ficar caracterizado o 'abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte'; b) documentada, quando há prova documental das alegações de fato da parte, nas hipóteses do art. 311, II a IV, que determinam a probabilidade de acolhimento da pretensão processual.[...]. (DIDIER, 2016, P. 633)

Calha notar que a primeira possibilidade (punitiva), disposta no inciso I do artigo 311 do atual Código de Processo Civil é idêntica à prevista no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973.

Na prática, como já ressaltado, não se vislumbra muita utilidade nesta hipótese de tutela, que já era prevista no antigo diploma processual.

Fredie Didier Jr. afirma que:

Sucedem que, na prática, são muito raras as hipóteses de tutela de evidência punitiva. Isso porque o juiz detém armas e instrumentos eficazes para combater deslealdade processual, para evitar ou reprimir comportamentos ardilosos e meramente protelatórios. É o caso dos arts. 139, III, 77, §2º, 79 a 81, 774, dentro outros do CPC.

[...]

Há outro fator que colabora para a baixa incidência desse tipo de tutela provisória. Para que seja concedida, é necessário que haja verossimilhança das alegações e probabilidade de acolhimento da pretensão. Em contrapartida, observa-se uma fragilidade da manifestação da outra parte – que emprega argumentos e meios processuais abusivos, apresentando defesa despida de seriedade -, o que conduz, não raro, ao indeferimento das provas por ele requeridas, porquanto inúteis ou meramente protelatórios. Tudo isso, normalmente, autoriza o juiz a realizar um julgamento antecipado de mérito (art. 355, I, CPC), diante da dispensabilidade de produção de mais provas – fora aquelas trazidas pelo autor.

Conclui-se que o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, em muitas situações, pode acabar conduzindo a um julgamento antecipado de mérito e, não, a uma tutela provisória. Assim, a grande utilidade da antecipação provisória dos efeitos da tutela, nesses casos, reside na possibilidade de afastar o efeito suspensivo da apelação, conferindo-se eficácia imediata à sentença.” (DIDIER, 2016, P. 636-637)

Por sua vez, a segunda possibilidade, prevista no inciso II do artigo 311, exige a presença cumulativa de dois requisitos (um de fato e outro de direito): que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

A crítica que se faz a esta possibilidade diz respeito ao segundo requisito, pois o legislador disse menos do que deveria ter dito.

O art. 927 do Código de Processo Civil consagrou no sistema processual brasileiro os precedentes, indicando uma série de decisões que deveriam ser obrigatoriamente observadas pelo órgão julgador. Os incisos II e III tratam justamente da hipótese da súmula vinculante e dos casos repetitivos. Acontece que há ainda outros 3 (três) casos qualificados como precedentes: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os Juízes e Tribunais estiverem vinculados.

Com efeito, melhor teria sido se o inciso II do artigo 311 tivesse contemplado, além da comprovação documental das alegações de fato, a existência de precedente a respeito do caso, nos termos do artigo 927.

Antes mesmo da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, divulgou 62 enunciados. O enunciado 30, que ora nos interessa, prescreve que:

É possível a concessão da tutela de 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.

Não é outro o entendimento de Fredie Didier JR.:

Propõe-se, contudo, interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra, para que se entenda que deve ser possível a concessão da tutela de evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes obrigatórios, tais como aqueles previstos no art. 927, CPC. Seria o caso da tese fixada em decisão do STF dada em sede de controle concentrado e dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Devem ser levados em conta todos os precedentes vinculantes exatamente porque o estabelecimento de uma *ratio decidendi* com força obrigatória por tribunal superior já foi antecedido de amplo debate dos principais argumentos existentes em torno do tema, limitando as possibilidades argumentativas da parte em face da qual se requer a tutela de evidência e tornando pouco provável o seu êxito (salvo se conseguir demonstrar uma distinção do caso em exame com o caso paradigma ou a superação do precedente). (DIDIER, 2016, P. 638)

Daniel Assunção segue a mesma linha:

Já se propõe uma interpretação extensiva do dispositivo legal para permitir a concessão de tutela da evidência sempre que a fundamentação jurídica do autor estiver fundada em precedente vinculante, ainda que não previsto expressamente no art. 311, II, do Novo CPC. (Daniel Assunção, 2016, p. 577)

A terceira hipótese de concessão de tutela de evidência é fruto da opção feita pelo legislador em ter extinguido com o procedimento especial de depósito, anteriormente previsto nos artigos 901 a 906 do Código de Processo Civil de 1973. O antigo procedimento era extremamente benéfico ao depositante, permitindo que o Juiz determinasse a entrega da coisa, liminarmente, mediante a simples apresentação do contrato de depósito.

A Lei nº 13.105/2015 preferiu extinguir o supracitado procedimento especial, que agora segue o procedimento comum, contudo manteve-se a mesma facilidade só que prevista como hipótese de tutela de evidência.

Aduz o inciso III do artigo 311 que a tutela de evidência será concedida quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito.

Leciona Nelson Nery Jr. que:

Com a prova adequada do contrato de depósito existe prova irrefutável do direito perseguido pela parte, o que enseja a concessão da tutela de evidência. Vale lembrar que o contrato de alienação fiduciária não se encaixa nesta possibilidade, já que, não sendo encontrado o bem alienado por meio de ação de busca e apreensão, pode ser requerida a conversão da busca e apreensão em ação executiva, e não mais em ação de depósito (LAF 4º., com redação dada pela L 13043/14). Este procedimento faz as vezes da antiga ação de depósito, que não está mais prevista no CPC[...]. (NERY JR., 2016, P. 948)

Na prática, portanto, não se vislumbra alterações significativas.

Quanto a esta possibilidade de tutela de evidência, assim como já ocorria sob a égide do antigo procedimento especial, apesar da inexistência de exigência legal, a doutrina entende necessário a demonstração da mora *ex re* ou *ex persona*.

Segundo Fredie Didier Jr.:

Coloca-se, assim, como pressuposto necessário para a concessão da medida a demonstração das alegações de fato, que se deve aperfeiçoar, precisamente, por “prova documental adequada do contrato de depósito”. Mas para que se conclua pela probabilidade de acolhimento da pretensão processual é necessário que se configure a mora *ex re*, com advento do termo certo, ou a ocorrência de mora *ex persona*, mediante prova documental na interpelação respectiva, se o réu não foi ainda citado (já que a citação o constitui em mora). (DIDIER, 2016, P. 640)

Por fim, temos a quarta hipótese de tutela de evidência, a qual é o foco do presente trabalho e será melhor abordada no tópico seguinte.

Em síntese, o inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil dispõe que será concedida tutela de evidência quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

José Miguel Garcia Medina aduz que:

O inc. IV do art. 311 do CPC/2015 refere-se à hipótese em que, fundando-se a pretensão do autor em fatos suficientemente comprovados documentalmente, não se desincumbe o réu de “gerar dúvida razoável” a respeito, com as provas que opuser. Não exige a lei que a prova oposta pelo réu seja infundada. Basta que não tenha aptidão para demover o grau de certeza que a prova documental que instruiu a petição inicial foi capaz de incutir. De certo modo, a fragilidade da prova apresentada pelo réu “fortalece” aquela que, antes, havia sido apresentada pelo autor. Pode-se dizer que o autor ostentava algo muito provável, que, face a debilidade da prova apresentada pelo réu, passou a adquirir mais veemência, passando a ser considerada “evidente” pela lei processual.[...].(MEDINA, 2015, P. 310)

Exposta as quatro possibilidades em que se permite o deferimento da tutela da evidência prevista nos incisos do artigo 311 do Código de Processo Civil, convém consignar a existência da regra restritiva prevista no parágrafo único do referido artigo, pelo qual o Juiz somente está autorizado a conceder a tutela da evidência liminarmente nas hipóteses dos incisos II (alegações de fato comprovadas documentalmente e tese jurídica firmada em casos repetitivos ou em súmula vinculante) e III (pedido reipersecutório fundado em prova documental de contrato de depósito).

Desta forma, a contrário sensu, o Código veda a concessão de tutela de evidência, sem oitiva da parte contrária, nas hipóteses dos incisos I (abuso de direito de defesa ou intento protelatório) e IV (prova documental suficiente a demonstrar o direito do autor e ausência de dúvida razoável oposta pelo réu).

3 A TUTELA DA EVIDÊNCIA NA HIPÓTESE DO ART. 311, IV, DO CPC E O JULGAMENTO ANTECIPADO DE MÉRITO

Como já visto, a hipótese de tutela da evidência prevista no inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil exige que a petição inicial seja instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor e que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Alguns doutrinadores como, Nelson Nery Junior (2016, p. 948), afirmam que: “A hipótese do inciso IV, entretanto, sugere que a ocasião do deferimento de tutela da evidência se dê após a contestação.”

Em razão da necessidade de contraditório, através de contestação, Fredie Didier Jr. chega a dizer que a tutela da evidência, nesta hipótese, se confunde com o julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de produção de outras provas, na forma do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil.

Vejamos:

Por isso se pode dizer que, da aplicação da regra, só pode decorrer uma tutela definitiva por julgamento antecipado do mérito.

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

De outro, se a contraprova documental do réu é insuficiente e ele não requer a coleta de outras provas, fica autorizado o julgamento antecipado do mérito da causa (art. 335, I, CPC), com a concessão de tutela definitiva, mediante cognição exauriente.

Trata-se de hipótese de tutela de evidência inevitavelmente definitiva, que se confunde com o julgamento antecipado do mérito e que fora, equivocadamente, colocada no rol de hipóteses de tutela provisória. (DIDIER, 2016, P. 640)

Por outro lado, em nosso sentir de forma mais acertada, Daniel Assumpção esclarece, com propriedade, que:

Essa hipótese de cabimento está condicionada à inexistência de cognição exauriente diante da situação descrita no dispositivo legal, porque, sendo possível nesse momento do procedimento, ao juiz, formar juízo de certeza, será caso de julgamento antecipado do mérito, ainda que parcial, a depender do caso concreto. Dessa forma, mesmo que o réu não consiga produzir prova documental capaz de gerar dúvida razoável, deve haver no caso concreto outros meios de prova a produzir (oral, pericial) a impedirem o referido julgamento antecipado. (ASSUNÇÃO, 2016, p. 577-578)

E ainda:

Embora o dispositivo legal aponte para a concessão de tutela da evidência após a contestação do réu, entendo que seu cabimento não se exaure a esse momento procedimental. Seguindo o processo e sendo produzida prova de outra natureza que não a documental, caso a parte adversa não consiga produzir prova que gere dúvida razoável, o juiz deverá conceder a tutela da evidência. (ASSUNÇÃO, 2016, p. 578)

O mesmo entendimento é compartilhado por Humberto Theodoro Júnior:

O novo Código não confunde tutela da evidência com julgamento antecipado do mérito. A tutela da evidência corresponde a medidas provisórias, que às vezes se tomam liminarmente, e, quase sempre, de forma incidental, no curso do processo de conhecimento. O julgamento antecipado da lide (NCPC, art. 355) acontece na fase em que, após a postulação, se realiza de ordinário o saneamento do processo. É uma das modalidades do julgamento conforme o estado do processo.

Ao contrário do que se passa com a tutela provisória da evidência, o julgamento antecipado da lide é definitivo. Resolve o mérito da causa, quando esta já se acha madura, tornando dispensável a audiência de instrução e julgamento. Por isso, põe fim ao processo, com resolução do mérito, por meio de sentença. O provimento da tutela da evidência, mesmo quando adianta efeitos da resolução do mérito, o faz provisoriamente, por meio de decisão interlocutória, que não põe fim ao procedimento cognitivo, devendo este prosseguir em busca da instrução adequada e da sentença final de mérito. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 883-884).

Temos, portanto, que a principal distinção entre a tutela da evidência do inciso IV com o julgamento antecipado de mérito reside no plano vertical da cognição realizado pelo Juiz.

Cita-se, aqui, a clássica lição de Kazuo Watanabe (2012, p. 85): “No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta).”

Nesse sentido, no momento de prolatar uma sentença, indiferente do momento, se de forma antecipada ou ao final do procedimento, o Juiz realiza a cognição exauriente da lide. Já nas espécies de tutela provisória, aí incluída a tutela da evidência, por excelência, a cognição é sumária, exigindo-se tão somente a verossimilhança/probabilidade do direito invocado, usualmente denominada de *fumus boni iuris*.

Mas não é só. É perfeitamente possível, consoante o posicionamento de Daniel Assumpção, que o réu não consiga opor prova documental hábil a gerar dúvida razoável, mas tenha interesse na produção de algum elemento probatório que demande instrução, como a prova testemunhal ou pericial. Nesta situação perfeitamente possível a concessão de tutela de evidência, caso o autor tenha angariado prova documental suficiente do seu direito.

4 POSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO RÉU EM FACE DE PEDIDO DE TUTELA DA EVIDÊNCIA

Outrossim, quanto ao momento de concessão da tutela da evidência não se verifica no inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil qualquer menção a contestação, logo temos que a tutela da evidência pode ser concedida durante outra fase processual.

Calha notar que não se vê empecilho para que o autor realize pedido sucessivo das espécies de tutela provisória. Pede-se uma tutela de urgência baseada no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, todavia caso o Juiz não reconheça a existência do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo pugna-se pela concessão da tutela da evidência, se em conformidade com as hipóteses concessivas do artigo 311.

Igualmente se afigura possível que ao despachar a inicial o Juiz cite o réu para comparecer à audiência de conciliação ou mediação (art. 334, CPC) e o intime para responder/manifestar-se em face do pedido de tutela da evidência, antes mesmo de apresentar contestação.

Tal possibilidade é expressamente contemplada no §2º do artigo 300 do Código de Processo Civil, no que tange a tutela de urgência, ao dispor que esta pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Neste mesmo sentido, o inciso II do parágrafo único do artigo 9º do Código de Processo Civil expressamente dispõe que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, o que não se aplica às hipóteses da tutela de evidência previstas no artigo 311, incisos II e III. A contrário senso permite-se que, mediante oitiva prévia, seja proferida decisão concessiva de tutela da evidência, nas hipóteses dos incisos I e IV, em face da outra parte.

Pode-se pensar ainda na hipótese de um pedido de tutela de evidência em face da Fazenda Pública, o que é perfeitamente possível.

Segundo Anderson Rocha Luna da Costa:

Portanto, sendo clara a Evidência da transgressão da norma material, nos termos do art. 311 do CPC/15, deve o magistrado implementar o provimento jurisdicional cautelar necessário e suficiente à proteção do direito, à antecipação do mérito ou à garantia do juízo, mesmo contra a Fazenda Pública. (ROCHALUNA DA COSTA, 2017).

Nesta hipótese o Juiz, via de regra, estará obrigado a intimar a Fazenda Pública para se pronunciar no prazo de setenta e duas horas, a teor do artigo 2º da Lei nº 8.437/92.

É de conhecimento notório que o Poder Judiciário se encontra com uma carga excessiva de processos, sendo que as audiências de conciliação/mediação costumam ser designadas em datas longínquas da data do ajuizamento da ação.

Levando-se em consideração a preocupação do novo Código de Processo Civil com a morosidade do judiciário, com a duração razoável do processo, e, principalmente, com fulcro no já citado ônus do tempo processual, tal medida – intimação do réu para se manifestar quanto a tutela de evidência - não só se afigura possível, como salutar.

5 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA PREVISTA NO ART. 311, IV, DO CPC LIMINARMENTE

A tutela da evidência, conforme já bem anotado, é lastreada no princípio constitucional da duração razoável do processo. É interessante salientar que o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal não só assegura a todos a razoável duração do processo, como também os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O referido princípio foi reafirmado pelo legislador ordinário no artigo 4º do Código de Processo Civil, que possui a seguinte redação: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Cita-se, igualmente, o artigo 6º do diploma processual, segundo o qual: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Ainda que de forma indireta é possível extrair o princípio da duração razoável do processo de diversos outros dispositivos legais do novo código, como por exemplo da priorização da autocomposição, através da solução consensual, e, até extrajudicial, dos conflitos (§§ 2º e 3º do art. 3º), da ordem cronológica das sentenças (art. 12), dos sistema de precedentes (art. 927), dentre outros.

A tutela da evidência por distribuir de forma adequada e justa o ônus do tempo da tramitação processual é instrumento do princípio da duração razoável do processo.

Em nossa visão a hipótese do inciso IV poder-se-ia tornar a de maior utilidade prática e mais corriqueira no dia-a-dia forense.

Não obstante, a vedação imposta pelo parágrafo único do artigo 311 combinada com o inciso II do parágrafo único do artigo 9, ambos do Código de Processo Civil, acaba tornando a tutela da evidência com pouca efetividade e praticidade.

Sabe-se que a referida restrição também possui substrato constitucional, eis que ligada diretamente ao princípio do contraditório.

Havendo, portanto, colisão entre princípios é mister a aplicação da técnica da ponderação:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.[...] (ALEXY, 2017, p. 93)

A ponderação, no caso concreto, entre o princípio da duração razoável do processo com o do contraditório é de fácil resolução, através da já conhecida e aplicada técnica do contraditório diferido ou postergado, na qual, em razão de uma mitigação deste princípio, o réu se manifesta posteriormente à prolação da decisão devolvendo ao Juiz a possibilidade de revê-la ou revoga-la.

Ademais, não se pode perder de vista que está se tutelar um direito evidente e que, na hipótese do inciso IV, o autor instruiu a inicial com prova documental suficiente dos fatos constitutivos deste direito.

Deste modo, é de se concluir que dificilmente o réu conseguirá opor prova capaz de gerar dúvida razoável na prova do fato constitutivo do autor. É possível, em tese, que o réu traga em sua contestação prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, como por exemplo: exceção de contrato não cumprido, pagamento, transação, novação etc. Todavia, além de na prática ser difícil que o autor não tenha ciência prévia, ao ajuizar a demanda, de tais situações que ensejam fato impeditivo, modificativo ou extintivo, o que resultaria em litigância de má fé (art. 80, inc II, CPC), poder-se-ia aplicar, por analogia, à

tutela da evidência, o artigo 302 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a responsabilidade de reparação de dano processual e prejuízo causado em razão da efetivação da tutela de urgência, pelo seu favorecido, em determinadas situações.

6 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA PREVISTA NO ART. 311, IV, DO CPC LIMINARMENTE QUANDO EXISTENTE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO

Em virtude do princípio constitucional da inafastabilidade ou indeclinabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, incs. XXXV, da Constituição Federal, todo aquele cujo direito houver sido violado, ou simplesmente ameaçado, pode obter uma tutela do Poder Judiciário.

Há, contudo, exceções. A primeira é prevista no próprio texto constitucional, no que se refere à justiça desportiva. O parágrafo §1º do artigo 217 condiciona o ingresso de ação no Poder Judiciário para discutir a disciplina e às competições desportivas, após o esgotamento das instâncias administrativas. Criou-se, portanto, a instância administrativa de cunho forçado.

A segunda possibilidade é de criação jurisprudencial. Em 03 de setembro de 2014, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240/MG, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, em grau de repercussão geral, que, via de regra, há necessidade de se postular administrativamente a concessão de benefício previdenciário junto ao INSS, antes do ingresso no Poder Judiciário, sob pena de ausência de interesse de agir.

O acórdão restou ementado da seguinte forma:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar

com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014)

Apesar de inexistir obrigatoriedade, há uma série de ações que em razão da sua própria natureza dependem necessariamente de um procedimento administrativo prévio. No âmbito tributário, temos as ações declaratórias de inexistência de relação jurídica tributária e a ação anulatória de débito fiscal. Na seara administrativa, as ações de anulação ou cancelamento de ato e procedimento administrativo, ou até, de impugnação de penalidade imposta a servidor público em procedimento disciplinar.

Para proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, usualmente, antes do ingresso de uma ação coletiva, o legitimado, como a Defensoria Pública e o Ministério Público instauram um inquérito civil ou procedimento a fim de angariar provas e apurar a lesão aos referidos direitos.

Em todas estas possibilidades, a prova documental ou documentada estará pré-constituída, inclusive por contraditório administrativo, que poderá ser utilizado tanto pelo autor como pelo réu.

Com efeito, é de difícil verificação a possibilidade do réu, durante o processo judicial, apresentar em sua defesa uma prova documental que já não conste do procedimento administrativo, caso juntado pelo autor.

Desta forma se, pela apreciação da prova pré-constituída no procedimento administrativo, o Juiz entender haver prova suficiente dos fatos constitutivos do autor, automaticamente poderá se concluir que réu não opôs, assim como não terá, provas capazes de gerar dúvida razoável, o que, conseqüentemente, permite o deferimento da tutela da evidência liminarmente no processo judicial.

Em nossa visão tal possibilidade se adequa com a distribuição adequada do ônus da tramitação processual.

É importante ressaltar que tal medida não importará em grande prejuízo ao réu, uma vez que além de se tratar de um direito evidente, o contraditório será exercido de forma diferida e o autor será responsável por eventual dano processual e prejuízo causado pela tutela provisória, na forma do artigo 302 do Código de Processo Civil.

Conclui-se, portanto, pela possibilidade da concessão de tutela da evidência, na hipótese do artigo 311, inciso IV, do Código de Processo Civil, liminarmente, se houver, no caso concreto, procedimento administrativo prévio, onde exercido o contraditório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar, à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência, a possibilidade da concessão da tutela da evidência, na hipótese do artigo 311, inciso IV, do Código de Processo Civil, liminarmente, notadamente quando existente um prévio procedimento administrativo, onde o contraditório já foi realizado.

O interesse pelo tema apresentado deu-se pela necessidade de se dar efetividade ao novo Código de Processo Civil conferindo-se ao jurisdicionado uma rápida solução para o litígio, especialmente diante de um direito evidente.

Para seu desenvolvimento, o trabalho foi dividido em 6 capítulos.

A fim de situar o problema, no primeiro capítulo foi necessário realizar uma análise do contexto histórico da tutela da evidência no sistema processual brasileiro.

Já no segundo capítulo adentrou-se na disciplina da tutela da evidência no novo Código de Processo Civil, bem como realizou-se digressões a respeito das quatro hipóteses de concessão previstas no artigo 311.

Criticou-se, no terceiro capítulo, uma aparente confusão entre a hipótese de tutela da evidência prevista no artigo 311, inciso IV, do Código de Processo Civil com o julgamento antecipado do mérito, disposto no artigo 355 do mesmo diploma.

No quarto capítulo a abordagem concentrou-se na possibilidade de manifestação prévia do réu em face de pedido de tutela da evidência, em contraposição à doutrina que entende necessária a apresentação de contestação.

Dedicou-se ao estudo da possibilidade de concessão da tutela da evidência prevista artigo 311, inciso IV, do Código de Processo Civil liminarmente no quinto capítulo. Avaliou-se o conflito entre os princípios constitucionais da duração razoável do processo e do contraditório que amparam, respectivamente, a tutela da evidência e a restrição de concessão liminar do parágrafo único do supracitado dispositivo legal. Discorreu-se sobre a técnica da ponderação de princípios e a respeito da possibilidade de se mitigar o contraditório em tais hipóteses, permitindo-o que ocorra de forma diferida ou postergada, em razão da evidência dos direitos ora tutelados e da prova suficiente dos fatos constitutivos.

Coube ao sexto e último capítulo abordar o ponto central do presente trabalho, a possibilidade da concessão da tutela da evidência, na hipótese do artigo 311, inciso IV, do Código de Processo Civil, liminarmente, notadamente quando existente um prévio procedimento administrativo, onde o contraditório já foi realizado, como medida de máxima efetividade a duração razoável do processo e proteção do direito evidente.

Durante o estudo do trabalho percebeu-se a inexistência de um debate mais aprofundado na doutrina pátria no que tange a tutela da evidência, a luz dos princípios norteadores do novo Código de Processo Civil.

Ao final, conclui-se pela possibilidade da concessão da tutela da evidência, na hipótese do artigo 311, inciso IV, do Código de Processo Civil, liminarmente, notadamente quando existente um prévio procedimento administrativo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 18 de março de 2018.

BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm.. Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei 8.437 de 30 de junho de 1992. **Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências**. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm>. Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 17 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 17 de outubro de 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; SARNO BRAGA, Paula; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. V. 2. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/894>>. Acesso em 16 de outubro de 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. V. 2. 11ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; MARIA DE ANDRADE NERY, Maria. **Código de Processo Civil Comentado**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de Direito Processual Civil: Volume único**. 8º ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROCHA LUNA DA COSTA, Anderson. **A tutela provisória da evidência contra a Fazenda Pública no CPC de 2015**. Migalhas. 20 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI269448,31047-A+tutela+provisoria+da+evidencia+contra+a+Fazenda+Publica+no+CPC+de>>. Acesso em: 18 de março de 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum**. V. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum**. V. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.