

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

MARINA SCHMIDLIN SPONHOLZ

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO DEFERIMENTO LIMINAR DA TUTELA DE
EVIDÊNCIA**

**CURITIBA
2018**

MARINA SCHMIDLIN SPONHOLZ

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO DEFERIMENTO LIMINAR DA TUTELA
DE EVIDÊNCIA**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Centro
Universitário Curitiba.**

Orientadora: Professora Tatiana Denczuk

**CURITIBA
2018**

MARINA SCHMIDLIN SPONHOLZ

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO DEFERIMENTO LIMINAR DA TUTELA DE
EVIDÊNCIA**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito,
do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Membro da banca: _____

Curitiba, de 2018.

AGRADECIMENTOS

Em meio a todas as dificuldades são poucos que realmente ficam firmes ao nosso lado e nos dão o suporte emocional que precisamos para enfrentar a batalha da elaboração de uma monografia.

Por este motivo, com um sentimento de profunda gratidão, utilizo esta oportunidade para demonstrar meus mais sinceros agradecimentos a algumas pessoas que fizeram deste desafio uma experiência maravilhosa, que contribuiu para meu crescimento tanto como estudante quanto como ser humano.

A Deus pelas oportunidades que Ele colocou em minha vida de “esbarrar” em seres humanos incríveis que contribuíram tanto para meu trabalho, porque sem o Seu “empurrãozinho” nada disto teria sido tão especial quanto foi.

Aos meus queridos pais que foram a força, a motivação, meus conselheiros, amigos e, acima de tudo, meus maiores exemplos de responsabilidade, determinação e caráter. Que aceitaram o meu sonho, e me ensinaram a lutar para alcançá-lo, sem me deixarem esquecer os valores que me transmitiram desde muito pequena.

Minha mãe, como meu exemplo de mulher. Guerreira que enfrenta qualquer desafio com a maior destreza, mas com um coração bondoso e a sensibilidade de um anjo. Meu pai, meu exemplo de homem. Trabalhador, íntegro, honesto, que se vira, até “de ponta cabeça” se for preciso, para estar do meu lado nos momentos mais importantes.

Graças ao amor por eles sempre semeado, hoje em dia eu posso colher lindos frutos.

Aos meus queridos avós, Vó Ju e Vô Zeca, que estiveram sempre do meu lado, me dando forças para lutar, tomando meu sonho como se deles fosse, vibrando a cada passo que eu dava e transmitindo suas ricas experiências de vida.

Dedico o presente trabalho, em especial, à memória de meu avô José Lineu Schmidlin, diante da surpresa que a vida me fez ao levá-lo embora antes de que eu pudesse chegar onde nós, juntos, tanto sonhamos, e ao meu amado pai, Jackson Sponholz, diante da importância e referência que sua figura é para mim no âmbito jurídico e na ética profissional.

Em homenagem à minha família, por tudo aquilo que sonhamos e que estamos podendo concretizar juntos, cumpro esta missão. Pois, por mais clichê que pareça, a minha conquista sempre será deles também.

À minha orientadora, Tati Denczuk, que sempre esteve disponível para me ajudar, aconselhar e aperfeiçoar, e que, mesmo sabendo dos desafios que o tema implicava, me deu um imenso apoio e incentivo, desempenhando seu papel com compromisso e seriedade, e sendo uma verdadeira amiga.

Deixo aqui, portanto, a minha eterna gratidão a todas as pessoas que participaram deste momento – com certeza um dos mais desafiadores de minha vida – e que me auxiliaram a torná-lo mais leve e muito mais proveitoso.

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar a importância da adoção de condutas cautelosas, por parte dos aplicadores do Direito, na concessão de liminares, especialmente no que tange a previsão do parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015 - que autoriza o deferimento liminar da tutela de evidência – num contexto de processo constitucional fundado em valores democráticos. Pretende-se, para tal, demonstrar a imperatividade expressa pela Constituição Federal e a abrangência das garantias fundamentais nela previstas, inclusive no que tange o direito processual, bem como destacar as diferenças entre as espécies de tutelas provisórias, incluída aí a análise da finalidade para qual cada uma se destina dentro de uma lógica constitucional de busca de uma efetividade na prestação jurisdicional que se funde nos ditames de justiça e não tão somente na ideia de celeridade a qualquer custo. E, por fim, expor os posicionamentos doutrinários e medidas judiciais que defendem a inconstitucionalidade, e desta forma também a inaplicabilidade, do referido dispositivo.

Palavras-chave: tutelas provisórias, tutela de evidência, garantias constitucionais, deferimento liminar, inconstitucionalidade.

LISTA DE SIGLAS

CPC	– Código de Processo Civil
CF	– Constituição Federal
STF	– Supremo Tribunal Federal
ADI	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
PGE	– Procuradoria Geral do Estado

SUMÁRIO

RESUMO	5
LISTA DE SIGLAS	6
1 INTRODUÇÃO	8
2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS AO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA REPRESENTATIVIDADE	10
2.1 DIREITO DE INFLUÊNCIA E NÃO SURPRESA	14
2.2 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO PROCESSUAL	21
3 TUTELAS PROVISÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	24
3.1 FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO E A FINALIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS.....	24
3.2 CONTRAPOSIÇÃO ENTRE TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA	28
3.3 FRAGILIDADE DA DEFESA E EVIDÊNCIA DO DIREITO.....	32
4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	41
4.1 A INTENÇÃO DA ADOÇÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA.....	41
4.2 CELERIDADE <i>versus</i> EFETIVIDADE.....	45
4.3 VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO: RESTRIÇÕES À CONCESSÃO DE LIMINARES.....	49
4.4 ADI 5492: TESES E CONTRAPONTO.....	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

Num contexto de democracia constitucional, com uma grande influência da constituição no ordenamento jurídico, inclusive no âmbito processual, se torna cada vez mais necessária aos indivíduos a cautela na prática de seus atos seja em qualquer contexto da sociedade.

Obviamente que dentro destas noções de cuidado com a ordem constitucional - para preservar uma série de conquistas fundamentais obtidas ao longo dos anos - se encontra a obrigatoriedade de os indivíduos respeitarem as garantias constitucionais nelas previstas.

O presente estudo visa, portanto, demonstrar que há necessidade de preservação da força vinculativa destas garantias através da manutenção de uma harmonia e coerência entre elas, de modo a impedir que as mesmas entrem em conflito umas com as outras e conseqüentemente afete o todo do sistema de garantias constitucionais.

Através de pesquisas bibliográficas – com a exposição de vários pensamentos doutrinários brasileiros – bem como da análise de dados estatísticos obtidos, visa demonstrar, neste contexto, que é possível uma compatibilidade entre a celeridade tão almejada e a preservação de garantias fundamentais às partes litigantes, e que, desta maneira, é justificável o questionamento quanto à constitucionalidade do deferimento liminar da tutela de evidência que foi autorizada pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015.

Demonstrar-se-á para tanto, um panorama das garantias constitucionais e sua imperatividade no âmbito processual, bem como uma distinção entre as espécies de tutela provisória, de modo a tornar mais clara a necessidade de fidelidade às hipóteses de cabimento de cada uma delas, e conseqüentemente justificando a excepcionalidade que o deferimento liminar deve ter no Direito como um todo.

Além do aspecto da ausência do risco como fator primordial desta discussão, será também colocada “em cheque” a dita evidência das hipóteses legais desta concessão liminar, que como será demonstrado, não trazem a necessária segurança

jurídica para tal – pelo contrário, podem demonstrar extrema fragilidade no caso concreto.

De modo a subsidiar toda a tese trazida, também será realizada a análise de aspectos abordados na ADI 5492, proposta pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro - e ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal, a qual questionou uma série de dispositivos do CPC de 2015, dentre eles o parágrafo único do artigo 311, e que neste sentido ganhou apoio de renomados juristas, como Lênio Streck, para a defesa da inaplicabilidade de tal dispositivo.

Diante disto, o objetivo do presente trabalho é questionar a postura adotada pelo legislador do CPC de 2015 ao incluir, no rol de artigos concernentes às tutelas provisórias, a possibilidade de deferimento liminar quando inexistente risco ou ameaça ao resultado útil do processo, demonstrando a incompatibilidade de tal previsão com uma ordem constitucional pautada em valores democráticos e ressaltando a consequente necessidade de cautela na aplicação da referida espécie da tutela provisória para evitar atrocidades contra garantias fundamentais dos cidadãos.

2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS AO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA REPRESENTATIVIDADE

As mudanças de valores iniciadas no contexto político pós-Revolução Francesa fizeram surgir as concepções primárias de direitos fundamentais, as quais foram aperfeiçoadas pela sociedade industrial e pós-industrial no final do século XIX.¹

No início do século XX, as noções de justiça social e de igualdade material que estavam difusas na sociedade – num contexto de Estado Social – fizeram com que se percebesse que não bastava a garantia destes direitos conquistados, mas que havia a necessidade também de se garantir o exercício dos referidos direitos.²

Nestes cenários de necessidade de controle do poder do estado e de busca por um amplo espaço de autonomia dos indivíduos, a Constituição teve sua força normativa – e conseqüentemente as previsões nela contidas também – ainda mais fortalecida.³

Tais mudanças paradigmáticas, não foram diferentes no contexto brasileiro.

Logo após um regime militar que se estendeu por tantos anos e que estigmatizou a população brasileira, tais transformações ficaram mais evidentes, com a Constituição Federal de 1988, que reproduziu nos seus dispositivos o reflexo das diversas mudanças sociais acumuladas ao longo da história, inclusive no aspecto da ascensão dos princípios democráticos pelo mundo “típica das Constituições promulgadas após o segundo pós-guerra, que procurava demarcar a sua primazia na nova ordem”.⁴

Afinal,

A reabertura democrática exigiu que a Constituição deveria representar um instrumento de transformação social e de promoção da dignidade da pessoa humana e não apenas um simples reflexo do poder constituído.⁵

¹ LIMA, Jairo Néia; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Os efeitos radiantes da constituição sobre o direito privado: seu processo de constitucionalização. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 11, n. 2, p. 451-470, jul./dez. 2011. p. 453-455.

² *Ibid.*, p. 455.

³ *Ibid.*, p. 457-458.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 491.

⁵ LIMA; CAMBI, *op. cit.*, p. 463.

A influência dos ideais iluministas do século XVIII - liberdade, igualdade e fraternidade – no constitucionalismo moderno, misturada com a essência democrática da nova ordem constitucional trouxe um tom progressista que possibilitou uma proximidade muito maior entre os cidadãos e a previsão constitucional.⁶

Este é um dos grandes motivos que permite que nos dias de hoje – quase três décadas depois de sua promulgação – a Constituição Federal Brasileira permaneça atual, com seu conteúdo “compromissário, plural e comprometido com a transformação da sociedade”⁷, prevendo garantias fundamentais a todos os cidadãos e os efetivamente tratando como sujeitos de direitos independentemente de qualquer distinção.

No novo contexto, a Constituição passou a ser “a fonte nuclear do ordenamento jurídico, em respeito à unidade do sistema e à hierarquia das normas constitucionais.”⁸, com o conseqüente reconhecimento dos princípios nela previstos como diretrizes a serem seguidas em todo o âmbito jurídico.⁹

Ou seja, a Constituição de 1988 surgiu com as tarefas de integrar a sociedade – unindo o povo –, organizar a ação e incidência dos órgãos estatais e a de direção jurídica – visando conferir força vinculante aos direitos fundamentais diante de todo o ordenamento jurídico.¹⁰

Reconhecer, neste contexto, os direitos fundamentais como valores básicos nucleares do sistema normativo, significa proteger “os bens mais sensíveis à vida em comunidade”¹¹.

Sendo assim, como a própria história demonstra, a finalidade das garantias constitucionais é a proteção dos indivíduos, dos direitos sociais e coletivos, e de bens jurídicos de extrema relevância, da ingerência estatal bem como de todos que ameacem violá-los.¹²

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 249.

⁷ *Ibid.*, p. 259.

⁸ LIMA; CAMBI, 2011, p. 459.

⁹ *Ibid.*, p. 461.

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 50.

¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 126, p. 59-81, ago. 2005. p. 65.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 28.

Essa proteção decorre da importância de tais garantias e direitos para a manutenção do Estado democrático de Direito e dos ideais prescritos pela ordem constitucional.¹³

Com a mudança de contexto social, ficou claro que as garantias se tornaram armas contra abusos e violações de forma que todos pudessem participar deste poder, exatamente como a democracia almeja.¹⁴

Tais instrumentos se tornaram essenciais a todo estado constitucional democrático, prevendo a supremacia do interesse público sobre o privado, garantindo proteção aos cidadãos como um todo, contra quaisquer tipos de abusos cometidos no contexto social (seja por parte do Estado, seja por particulares).¹⁵

Obviamente que estando dentro de um contexto social, o Judiciário e consequentemente o processo civil, foram atingidos diretamente por essa mudança de paradigma.

Assim, por conta da supremacia da Constituição, o Poder Judiciário passou a ter que exercer uma jurisdição constitucional, onde fossem assegurados “direitos e garantias substanciais para o pleno exercício da democracia e dos direitos fundamentais”¹⁶, uma vez que “sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais, não há verdadeira democracia”¹⁷, pois tais direitos “são condição do regular funcionamento da democracia.”¹⁸

Principalmente ao se considerar que

As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo

¹³ GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46-47. (Direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica)

¹⁴ *Ibid.*, p. 36-38.

¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 216-217.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 apud LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. A jurisdição constitucional como defensora da democracia e dos direitos fundamentais no Estado Constitucional e Democrático de Direito. **Revista Pensar do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza**, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 273-296, jan./jun. 2012. p. 278.

¹⁷ NOVAIS, Jorge Reis, 2006 apud LEAL; BOLESINA, 2012, p. 282.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis, 2006 apud LEAL, BOLESINA, loc. cit.

sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfianças e surpresas.¹⁹

A partir deste momento, todas as normas – inclusive as processuais – passaram a dever ser interpretadas em consonância com a ordem constitucional²⁰, tudo isso a fim de

salvaguardar os verdadeiros valores e princípios da Constituição, mantendo-se um equilíbrio das relações democráticas e fundamentais que advêm da defesa da democracia e dos direitos fundamentais.²¹

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos, sem nenhuma distinção quanto ao seu tratamento, através da proteção e promoção de garantias fundamentais, passaram a ser aspectos relevantes também no âmbito processual, de modo a coibir a existência de uma falsa democracia ou até mesmo uma democracia totalitária, e para que seja preservada uma democracia constitucional.²²

Isto é, o direito processual passou a ter a finalidade de facilitar a compreensão do ordenamento jurídico dentro da ideia de justiça constitucional. O processo e seus elementos a partir de então passaram a serem tidos como instrumentos de garantia da atuação da Constituição Federal para tornar efetivos tanto os valores quanto as normas constitucionais no âmbito jurídico.²³

O funcionamento da jurisdição, naquilo que se convencionou chamar de Estado Constitucional Democrático de Direito, altera-se profundamente. O órgão jurisdicional passa a atuar com o desiderato de proteger direitos fundamentais, não apenas através do processo, mas, também, no processo.²⁴

¹⁹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Batista de Souza, 1920 apud MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 10.

²⁰ LEAL; BOLESINA, 2012, p. 283.

²¹ Ibid., p. 284.

²² BIELSCHWSKY, Raoni Macedo. **Democracia constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118.

²³ NERY JUNIOR, 2016, p. 54.

²⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 72.

Portanto, a função do processo civil de “promover justiça para o caso concreto e prover razões capazes de tornar o direito, a partir do caso concreto, menos indeterminado”²⁵ deve ser vista em consonância com os parâmetros trazidos pelas garantias constitucionais para se manter em harmonia com o Estado Democrático de Direito, preservar o instituto das garantias - bem como sua finalidade - e deste modo evitar arbitrariedades.

2.1 DIREITO DE INFLUÊNCIA E NÃO SURPRESA

No âmbito do direito processual, ao longo dos anos obteve-se uma percepção da necessidade de adaptação procedimental, uma vez que “nem sempre, o procedimento legalmente previsto e rigidamente engendrado revela-se o mais adequado à solução do litígio.”²⁶

Com o advento da nova ordem constitucional, em 1988, esse abandono ao rigor procedimentalista se concretizou, de forma a trazer uma perspectiva mais instrumentalista ao processo, o qual passou a ser considerado, juntamente com o procedimento através do qual ele se concretiza, como “meios viabilizadores da prestação da tutela jurisdicional adequada”²⁷.

Dentro da perspectiva de que o processo deve ser um instrumento efetivo, o mesmo só efetivamente o vai ser quando possibilitar uma “tutela jurisdicional qualificada”²⁸. A qual deve ser além de célere e tempestiva, também adequada²⁹.

Diante da previsão constitucional de um processo devido,

O que se garante às partes é um processo com desenho constitucional³⁰, em que deve ser observado a igualdade substancial, a ampla defesa, o contraditório e a duração razoável do processo.³¹

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 158.

²⁶ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo código de processo civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 64, ano 16, p. 219-259, out./dez. 2015. p. 221.

²⁷ CAMBI; NEVES, loc. cit.

²⁸ CAMBI; NEVES, op. cit., p. 224.

²⁹ CAMBI; NEVES, loc. cit.

Ou seja, dentre as garantias estabelecidas como fundamentais relacionadas diretamente com o processo civil, está o direito ao devido processo legal e conseqüentemente ao contraditório e à ampla defesa, bem como à isonomia, protegidos pela Constituição através de princípios fundamentais a guiar e orientar todos os submetidos à sua Carta Política.³²

A garantia expressa no princípio do devido processo legal, como já exposto, consiste em garantir que todos que buscam a prestação jurisdicional terão direito a um processo justo e eficiente, tendo para isto, como corolários, os princípios da ampla defesa e do contraditório, por exemplo.³³

Este preceito fundamental decorre da ideia de primazia da dignidade, inclusive no âmbito processual, uma vez que esta traz força protetiva pluridimensional que embasa a proteção processual trazida pelo princípio do devido processo legal.³⁴

Desta forma, tais princípios devem ser vistos sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, afinal visam garantir que “no processo, não pode o homem ser transformado em mero objeto, mas antes exercer papel ativo de sujeito processual.”³⁵

Para que a tutela jurisdicional seja adequada, portanto, é necessário que tenha existido e se desenvolvido um processo devido.³⁶

Tal princípio enuncia que “o processo deve obedecer às normas estipuladas em lei.”³⁷, mas não se restringe ao direito a uma tutela processual dentro dos limites da lei, ele também abrange o dever de garantir aos litigantes “acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível.”³⁸

A sua finalidade, até então, sempre foi garantir um processo ordenado. No entanto, com o passar dos anos, seu objetivo foi se alargando, passando a se preocupar com

³⁰ CAMBI; NEVES, 2015, p. 221.

³¹ Ibid., p. 224.

³² NERY JUNIOR, 2016, p. 106.

³³ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 146.

³⁴ NERY JUNIOR, op. cit., p. 105.

³⁵ CABRAL, 2005, p. 59.

³⁶ Ibid., p. 117.

³⁷ PORTANOVA, op. cit., p. 145.

³⁸ NERY JUNIOR, op. cit., p. 110 e 114.

a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial.³⁹

Diante desta perspectiva, para que o processo possa ser considerado efetivamente justo, é necessário que o tratamento dado às partes o tenha sido, tornando obrigatória a possibilidade de manifestação da parte sobre todo e qualquer ato praticado pela outra ao longo do trâmite processual, autorizando a sua insurgência sobre aquilo que achar devido, ou seja, respeitando isonomia, garantias e existindo motivação de todas as decisões que forem proferidas.⁴⁰

Preceito este, intimamente ligado à ideia de segurança jurídica no processo, pois possibilita um mínimo de previsibilidade e de segurança do que pode acontecer no seu decorrer ou, evitando surpresas e prejuízos aos litigantes.⁴¹

Neste sentido, como uma das garantias que subsidiam o devido processo legal e esta segurança jurídica que ele deve representar, está a garantia ao contraditório, que consiste tanto no dever de noticiar e de informar as partes de todos os atos e acontecimentos ao longo do processo, bem como de lhes conferir oportunidade de se manifestarem sobre toda e qualquer ocorrência, se assim quiserem.⁴²

O princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Mais do que isso, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder.⁴³

Depreende-se, portanto, que deve ser garantida a efetiva possibilidade/opportunidade de os litigantes se manifestarem, e conseqüentemente de poderem influir na decisão do magistrado.⁴⁴

³⁹ PORTANOVA, 2005, p. 147.

⁴⁰ NERY JUNIOR, 2016, p.118-119.

⁴¹ DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar de. **Princípios do processo civil: noções fundamentais** (com remissão ao novo CPC). São Paulo: Método, 2012. p. 38-39.

⁴² NERY JUNIOR, op. cit., p. 245.

⁴³ PORTANOVA, op. cit., p. 160-161.

⁴⁴ Ibid., p. 160-161.

Como representante do “direito das partes desempenharem um papel ativo no processo”⁴⁵, por óbvio sua concepção atual é mais ampla que apenas a representada pelo binômio informação-reação⁴⁶.

Na sua concepção contemporânea, tal princípio também

comporta a ideia de dever em relação ao próprio magistrado de submeter à discussão prévia das partes as questões releváveis de ofício sobre as quais acredite necessário dever pronunciar-se atuando, dessa maneira, a “tutela das partes contra o perigo das surpresas”, que parece ser essencial em um processo efetivamente dominado pelo princípio do contraditório.⁴⁷

Então, diante de tal amplitude, além do direito de poder se manifestar e de ser ouvida, tal preceito também abrange o direito da parte ter as suas manifestações levadas em consideração no momento do julgamento, não podendo o juiz ignorar a participação de ninguém no processo, e devendo considerar ao final tudo que foi suscitado por todos ⁴⁸, uma vez que tal participação “não só tem escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição”⁴⁹.

Veda-se, por estas razões, todo e qualquer tipo de surpresa ou segredo ao longo do processo que impossibilitem o efetivo exercício do contraditório pelos litigantes, justificando-se relativizações desta garantia apenas em situações de urgência ou de interesse público, em que estar-se-á diante de direitos de uma importância tão grande que se autoriza flexibilizar uma garantia fundamental para que estes possam ser preservados ou protegidos.⁵⁰

Também como pilar do devido processo legal e como seu grande aliado vem o direito fundamental à ampla defesa.

⁴⁵ CABRAL, 2005, p. 61.

⁴⁶ MANGONE, Katia Aparecida. A garantia constitucional do contraditório e sua aplicação no direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 182, p. 362-283, abr. 2010. p. 364.

⁴⁷ TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. Tradução de Thereza Celina de Arruda Alvim. São Paulo: RT, 1982 apud MANGONE, 2010, p. 364.

⁴⁸ MEDINA, 2017, p. 120.

⁴⁹ CABRAL, op. cit., p. 63.

⁵⁰ PORTANOVA, 2005, p. 162.

O mesmo garante que as partes possam se utilizar de todos os artifícios processuais autorizados por lei para demonstrarem a veracidade de suas alegações e se insurgirem diante das alegações da outra parte.⁵¹

Assim, a amplitude da defesa significa dar condições efetivas da parte se contrapor às teses a ela imputadas, ou seja, possibilitar que a parte se utilize de todos os mecanismos pertinentes, necessários e adequados para a sua defesa, de modo que a parte ré possa se insurgir no processo tanto quanto a parte autora, inclusive no que diz respeito à produção de provas.⁵²

Desta forma, a parte além de ter o direito de se contrapor e se manifestar no processo, ela tem o direito de o fazer do modo mais amplo possível com os instrumentos⁵³ que tiver autorizados por lei, ou seja é a “garantia da defesa pertinente, necessária e adequada”.⁵⁴

Além desta, outra garantia que também deve imperar no âmbito processual – e completar a ideia do que se trata um processo devido - é a isonomia, pois uma vez que a Constituição prevê que todos devem ser tratados igualmente pela lei, independentemente de qualquer tipo de discriminação, tal tratamento igualitário também deve ocorrer no processo.⁵⁵

Tal igualdade consiste também em se considerar as desigualdades quando isto se tornar necessário para que se possa restabelecer um equilíbrio no processo. Ou seja, os litigantes devem estar em paridade de armas, devendo ter as mesmas oportunidades ao longo do processo, de modo a se restabelecer uma igualdade material entre as partes para que estas então possam estar em igualdade no âmbito processual.⁵⁶

⁵¹ PORTANOVA, 2005, p. 125.

⁵² BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Os princípios do processo no novo código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 125.

⁵³ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 46.

⁵⁴ DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Princípios do processo civil: noções fundamentais (com remissão ao novo CPC): jurisprudência do STF e do STJ**. São Paulo: Método, 2012. p. 61.

⁵⁵ NERY JUNIOR, 2016, p. 128.

⁵⁶ MEDINA, 2017, p. 122.

Significa dizer que um processo devido exige uma mistura harmônica⁵⁷ destas três garantias constitucionais⁵⁸.

Tendo isto em vista, um contraditório efetivo depende não só do direito de manifestação de todos os litigantes através dos meios mais amplos possíveis, mas também destes litigantes poderem se utilizar dos mesmos instrumentos processuais (paridade de armas), ou seja, de terem a seu dispor os mesmos artifícios para tentarem convencer o magistrado, assegurando desta forma a preservação da isonomia ⁵⁹, e consequentemente do constitucionalismo no âmbito processual.

Nota-se que estas garantias estão interligadas, sendo impossível sua aplicação isolada, uma vez que todas decorrem do princípio basilar do devido processo legal.⁶⁰

Dentro desta lógica de possibilidade de defenderem-se das alegações a elas imputadas e de utilizarem-se de todos os meios necessários para suas defesas, as partes devem ser tratadas de maneira isonômica e em paridade de armas.⁶¹

Há, portanto, um respaldo constitucional ao direito de influência e de não surpresa das partes ao longo do processo.⁶² A atuação do juiz deve se dar dentro dos limites da ordem constitucional sem ferir direitos fundamentais, devendo haver um debate aberto, com igualdade de oportunidade entre os litigantes.⁶³

Assim, somente em hipóteses excepcionais é que se justifica a postergação deste debate, que são justamente os casos em que houver interesses extremamente relevantes em jogo – como o risco de um grave dano ou de violação a um direito.⁶⁴

Fora estes casos, a participação das partes não pode ser relativizada, para que se preserve um processo justo conforme a ordem constitucional.⁶⁵

Diante disso, o direito de influência, calcado no princípio do contraditório e da ampla defesa, consiste na possibilidade de a parte se manifestar de maneira efetiva,

⁵⁷ CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1 v. p. 61.

⁵⁸ NERY JUNIOR, 2016, p. 244 e 247.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 279.

⁶⁰ MEDINA, 2012, p. 10.

⁶¹ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 279.

⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 96.

⁶³ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 263.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 276.

⁶⁵ BONICIO, 2016, p. 98-100.

utilizando-se de todos os meios possíveis para influenciar o juiz na sua decisão.⁶⁶ Pois, é justamente o diálogo que torna a tutela jurisdicional mais efetiva, uma vez que é a participação dos litigantes no processo, através do seu direito de influência, que legitima a atuação jurisdicional.⁶⁷

Assim, deve haver a possibilidade de a parte mostrar a sua versão dos fatos, de poder rebater as teses anteriormente apresentadas, de se insurgir sobre todas as questões de fato ou de direito postas no processo.⁶⁸

Este direito/poder de influência se relaciona diretamente com a garantia constitucional ao contraditório uma vez que

[...] apesar de não ser expresso o Novo Código de Processo Civil no sentido de estar contido no conceito de contraditório, o art.7º pode conduzir a essa interpretação ao exigir que o juiz zele pelo efetivo contraditório, que somente será realmente efetivo se, além da informação e da possibilidade de reação, essa for concretamente apta a influenciar a formação do convencimento do juiz.
69

Na mesma perspectiva - e diretamente relacionado com o direito de influência – deve ser interpretado o direito de não-surpresa ou de vedação às decisões surpresa. Tal prerrogativa, expressamente prevista nos artigos 9º e 10º do CPC de 2015⁷⁰, consiste no dever judicial de informar às partes da prática de todos os atos processuais, enquanto ainda lhes seja possível insurgir sobre eles. Ou seja, as partes não podem ser surpreendidas ao longo do processo, devendo ser informadas constantemente de tudo que ocorre para que, caso desejem se manifestar sobre algo, isto lhes seja plenamente possível.⁷¹

Este entendimento é derivado dos cânones do Estado Democrático de Direito, que deve propiciar a maior e mais ampla participação dos jurisdicionados nas

⁶⁶ WAMBIER et al, 2016, p. 99.

⁶⁷ BONICIO, 2016, p.77.

⁶⁸ WAMBIER et al, op. cit., p. 98.

⁶⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 1.

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 de março de 2018.

⁷¹ WAMBIER et al, op. cit., p. 99.

esferas decisórias da administração pública, da qual o Judiciário não se exclui.⁷²

Diante disto, decisões que desrespeitem algum destes princípios - que não respeitem o direito de influência e a vedação às decisões surpresa - serão nulas tendo em vista sua contrariedade com norma fundamental, do Código de Processo Civil de 2015 e da própria Constituição Federal de 1988⁷³, em um Estado Democrático de Direito.

Em suma, num contexto neoprocessualista que tem como “corolário a colaboração e diálogo processual”⁷⁴, é vedado aos magistrados prolatarem decisões surpresa diante da descarada afronta que elas apresentam aos “princípios da confiança, contraditório substancial e segurança jurídica, tão caros ao sistema de garantias do direito processual/constitucional pátrio”⁷⁵, somente sendo cabível excepcionalidade à esta regra em casos de extrema relevância nos quais o “peso” destas garantias não é suficiente para afastar uma necessidade de relativização fundada em outro princípio constitucional⁷⁶.

2.2 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO PROCESSUAL

O texto da Constituição Federal Brasileira prevê, desde 1988, a participação ativa de todos os cidadãos em todos os aspectos da sociedade, como uma garantia constitucional. Isto significa tratar os cidadãos como sujeitos ativos, de participação

⁷² WAMBIER et al, 2016, p. 99.

⁷³ WAMBIER et al, loc. cit.

⁷⁴ REZENDE, Fernando Augusto Chacha de. Novo CPC fixa princípios da não surpresa e do contraditório substancial. **Consultor jurídico**, 12 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-12/principios-nao-surpresa-contraditorio-substancial-cpc>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

⁷⁵ REZENDE, loc. cit.

⁷⁶ BROCHADO, Mariá. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 39, n. 155, p. 125-141, jul./set. 2002. p. 135.

livre, inclusive no que tange aos processos judiciais, afinal estes também estão submetidos à ordem constitucional.⁷⁷

O exercício da democracia depende de uma participação efetiva dos cidadãos, de modo que os ideais democráticos só estarão sendo efetivamente cumpridos através da soberania popular.⁷⁸

Tal soberania deve se dar no contexto processual através da ativa participação dos indivíduos envolvidos, mas de modo a permitir um equilíbrio entre a autoridade da lei e a vontade das partes, para se preservar a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, uma vez que

O processo não é apenas instrumento de proteção e realização dos direitos dos indivíduos: o próprio processo deve ser, também, espaço em que se permita exercitar democraticamente tais direitos.⁷⁹

Nesta linha, para adequação e efetividade de todos os objetivos democráticos, que surgiram as garantias fundamentais, visando proteger de arbitrariedades e abusos aqueles bens jurídicos considerados de maior estima em um Estado Democrático de Direito, como, por exemplo, o direito à participação dos cidadãos.⁸⁰

Um dos pontos estruturais do constitucionalismo democrático é justamente a necessidade de existência de uma jurisdição constitucional aberta, isto significa dizer que ela “deve estar aberta para deliberação de todos”⁸¹ e que deve se assumir como

verdadeiro canal de representação popular, num processo de incessante avaliação e debate acerca da Constituição e da sociedade, sem que, contudo, extrapole os limites substanciais que são apresentados pelos direitos fundamentais [...] ⁸²

A Constituição Federal de 1988 prevê que o respeito a todos e entre todos deve ocorrer em todos os âmbitos da sociedade, devendo a cidadania ser assegurada em sua plenitude, através dos princípios fundamentais, uma vez que estes são “valores

⁷⁷ BIELSCHWY, 2013, p. 118.

⁷⁸ GODOY, 2012, p. 36-37.

⁷⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 119.

⁸⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, loc. cit.

⁸¹ LEAL; BOLESINA, 2012, p. 286.

⁸² Ibid., p. 286-287.

superiores que vinculam o intérprete na aplicação do Direito”⁸³ e que, portanto, têm força normativa.

Toda esta defesa do direito à participação decorre da ideia de que “somente a concreta participação do povo garante o bem comum e os direitos de cada cidadão.”⁸⁴

Mas, para que a participação de todos seja possível, são necessários alguns mecanismos que consigam equilibrar os interesses dos indivíduos com os interesses sociais, e é a Constituição que os traz ao impor um Estado de Direito ao regime democrático.⁸⁵ Deste modo, através da aplicação e concretização dos direitos previstos na Carta Magna, que a potência constituinte se mantém com vigor e atual.⁸⁶

Portanto, é clara a necessidade da participação dos cidadãos em todos os âmbitos da sociedade quando estamos tratando de um Estado Democrático, uma vez que é esta interação que possibilita que o povo efetivamente exerça o poder que lhe foi constitucionalmente outorgado.⁸⁷

Em outras palavras, só se poderá ter como legítimo um provimento jurisdicional emanado de um processo em que se tenha assegurado o direito de participação de todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos efeitos do referido provimento. Decisões proferidas sem que se assegure direito de participação daqueles que serão submetidos aos seus efeitos são ilegítimas e, por conseguinte, inconstitucionais, já que ferem os princípios básicos do Estado Democrático de Direito.⁸⁸

E, ao mesmo tempo, é essencial uma Constituição dirigente, que preveja valores constitucionais a serem respeitados, pois deste modo existirá uma harmonia social calcada na democracia constitucional participativa, onde se valoriza os interesses dos indivíduos e ao mesmo tempo existe uma segurança trazida pela previsão constitucional.⁸⁹

⁸³ PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 82.

⁸⁴ GODOY, 2012, p. 36.

⁸⁵ Ibid., p. 39.

⁸⁶ Ibid., p. 47.

⁸⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1 v. p. 61.

⁸⁸ Ibid., p. 62.

⁸⁹ NERY JUNIOR, 2016, p. 50-51.

3 TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO E A FINALIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

O paradoxo entre a morosidade do Judiciário e uma sociedade cada vez mais dinâmica, que demanda respostas rápidas e efetivas demonstra um grande conflito social que aterroriza muitos operadores do direito.⁹⁰

As transformações sociais fizeram surgir “novas situações substanciais carentes de tutela”⁹¹, e com isso uma necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere, “evidenciando a imprescindibilidade da adaptação do sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade.”⁹²

Diante disso, não é possível ignorar a função social do processo como meio para efetivação de direitos e composição de litígios, uma vez que é a aplicação das normas através dele possibilita que a ordem jurídica e a paz social sejam restabelecidas.⁹³

É o processo que permite o exercício da jurisdição e que o Estado cumpra com seu papel de administrador da justiça e de defensor do império da lei⁹⁴. Isto significa que a atuação jurisdicional pretende a pacificação social com justiça, mas para que isto seja possível é necessário que o processo seja rápido e efetivo.⁹⁵

Para este, então tem sido dada uma visão mais ampla, passando a ser considerado como processo ideal “aquele preocupado em desempenhar uma função mais que jurídica, é aquele preocupado em suprir ou compensar as carências sociais, culturais e psicológicas dos jurisdicionados”⁹⁶.

⁹⁰ PASETTI, Babyton. **A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 47.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: Soluções processuais diante do tempo da justiça**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 56.

⁹² MARINONI, loc. cit.

⁹³ SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 29. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 1 v. p. 31.

⁹⁴ Ibid., p. 35.

⁹⁵ PASETTI, op. cit., p. 82.

⁹⁶ Ibid., p. 84.

Por isso, para que todas as funções do processo sejam prestadas da maneira correta, é imprescindível a tempestividade do agir do Estado, para que a tutela jurisdicional cumpra com aquilo que promete: dar a quem precisa, o que precisa e no momento em que precisa, sem dilações indevidas.⁹⁷

Diante de tal cenário, o legislador trouxe, no CPC de 2015, o desenvolvimento ainda mais elaborado de técnicas que possam resolver esse dilema e tornar menos desgastante a dinâmica processual⁹⁸, de modo que o acesso à justiça, no sentido fiel de sua criação, seja preservado e a tutela jurisdicional possa ser prestada de forma mais efetiva, justamente como a ordem constitucional determina, pois “de nada adiantará a proteção constitucional do direito de demandar em juízo se o sistema processual não estiver preparado para garantir de maneira eficaz o interesse juridicamente protegido.”⁹⁹

A legislação processual, através destes artifícios, possibilitou justamente que aquilo que a Carta Magna prevê - proteção à lesão de direito e também à ameaça de lesão através da garantia de uma razoável duração do processo – seja consubstanciado na dinâmica processual, garantindo aos envolvidos o acesso à justiça no seu sentido efetivo¹⁰⁰, uma vez que tal acesso consiste em conferir aos cidadãos o direito de se socorrer ao Poder Judiciário para obter a solução a um litígio e, além disso, de que esta prestação jurisdicional se dê de forma efetiva – sendo eficiente e conferida no momento certo.¹⁰¹

Levando-se em consideração que a função social do processo, a finalidade e os objetivos – diretos e indiretos - da prestação jurisdicional não podem ser ignorados sob a justificativa de um sistema judiciário ineficaz e atravancado¹⁰², para tentar driblar os efeitos negativos da morosidade nas situações de maior “gravidade”, o Estado teve de

⁹⁷ PASSETI, 2002, p. 85.

⁹⁸ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 108 e 110.

⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 101 apud BUENO, Cassio Scarpinella et al (Coord.). **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 362.

¹⁰⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 24.

¹⁰¹ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 50.

¹⁰² PASSETTI, op. cit., p. 85.

legislar técnicas que permitissem que a tutela jurisdicional fosse prestada da forma mais eficaz possível, cumprindo com os preceitos constitucionais.

Justamente visando “superar-se a ineficiência do procedimento ordinário”¹⁰³ de modo a se preservar a efetividade do processo, é autorizado pela legislação processual o uso das tutelas provisórias como forma de tornar mais rápida a resposta do Poder Judiciário às demandas dos jurisdicionados que se demonstram ser excepcionais¹⁰⁴ de alguma forma, e que, portanto não necessitam ou não podem esperar o trâmite processual ordinário para serem resolvidas.

Ou seja, estes artifícios processuais que ganharam destaque no CPC de 2015 asseguram um acesso mais efetivo à prestação jurisdicional, de modo que permitem evitar alguns dos grandes malefícios oriundos da demora – seja natural ou artificial – da atuação estatal para tutelar os direitos das partes.¹⁰⁵

Estas tutelas, de caráter provisório, visam socorrer aqueles que mais sofrem com a duração e o custo do processo, seja por questões de urgência, de necessidade ou de praticidade.¹⁰⁶ Sendo assim, se prestam para fazer surtir os efeitos da tutela jurisdicional antes do momento processual adequado, que seria ao final do processo, ou para garantir que no futuro esses efeitos ocorram e não se tornem inócuos.

Com isso,

Entre uma decisão, porventura mais segura, mas tardia e uma outra, mais célere e eficaz, apesar de fundada num critério de julgamento menos rigoroso e, por isso, potenciador de maiores riscos de insegurança, o legislador não hesitou em dar prevalência à celeridade, em situações em que os prejuízos emergentes da demora do processo definitivo superem os que resultem da concessão da medida cautelar.¹⁰⁷

O processo tem finalidade de tutelar o direito e isto significa que a prestação jurisdicional deve se dar no momento correto, ou seja, quando ela é necessária, sob pena de se tornar inútil ou obsoleta.¹⁰⁸ Portanto, para que a resposta seja efetiva é

¹⁰³ FUX, 1996, p. 51.

¹⁰⁴ ALVIM, 2017, p. 62.

¹⁰⁵ Ibid., p. 27.

¹⁰⁶ Ibid., p. 19.

¹⁰⁷ Ibid., p. 20.

¹⁰⁸ PASETTI, 2002, p. 90.

necessário que o agir estatal, através do Poder Judiciário se dê de forma a garantir que o interesse a ser tutelado seja preservado ou garantido.

Em certas hipóteses, como as de urgência ou de direito evidente, o ônus da espera por um trâmite processual regular – moroso e desgastante – gera um prejuízo muito maior do que a concessão provisória de determinados pedidos. Assim, o risco que se apresenta ao conferir uma decisão provisória é menor do que o prejuízo causado pela demora do trâmite processual nestas hipóteses.¹⁰⁹

Em que pese a função social do processo seja de observância obrigatória, sua análise deve ser mais profunda e cuidadosa nestas hipóteses em questão as quais, devido suas peculiaridades, estão sujeitas a danos muito mais sérios caso haja sua inobservância.

Inclusive, a defesa de uma ordem jurídica justa está diretamente relacionada com este aspecto, tendo em vista que esta efetivamente será justa quando o processo cumprir com a sua função social, ou seja, quando os valores constitucionais e as necessidades dos jurisdicionados forem plenamente atendidos pelo Poder Judiciário ao conferir sua prestação jurisdicional.¹¹⁰

Então, é importante ressaltar que em que pese as tutelas provisórias necessitem se harmonizarem com a garantia de acesso efetivo ao Judiciário e com a duração razoável do processo, isto não exclui o dever de tal manobra processual ser

necessariamente balizada por princípios constitucionais, dentre os quais a bilateralidade da audiência e o devido processo legal, que hão de ser levados em conta pelo juiz, em conjunto com aquele primeiro, de tal sorte que a tutela provisória, mesmo quando concedida sem a prévia ouvida do réu, não inutilize a sua defesa ¹¹¹

Conclui-se então que, em que pese a extrema importância de tais modalidades de tutelas antecipatórias para a efetividade da jurisdição estatal, deve se tomar muito cuidado ao adotá-las, especialmente quando sua utilização gerar um prejuízo maior do que a eventual morosidade do trâmite regular do processo, afinal

¹⁰⁹ PASETTI, 2002, p. 50-52.

¹¹⁰ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 155.

¹¹¹ ALVIM, 2017, p. 32.

A busca da celeridade e razoável duração do processo não pode ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito.¹¹²

Tutela eficaz não é aquela que é prestada da forma mais rápida, mas aquela que otimiza o tempo e procura dar a solução mais adequada para a questão em debate. A busca incessante por uma tutela rápida não pode nunca se sobrepor aos interesses em questão, deve-se sempre ponderar esta busca pela celeridade com as garantias constitucionais e com a real finalidade de um Estado Democrático de Direito.

3.2 CONTRAPOSIÇÃO ENTRE TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA.

As figuras das tutelas provisórias, embora se aproximem muito no que diz respeito à sua importância e finalidade no contexto social¹¹³, não podem ser confundidas em seu sentido jurídico.

É necessária uma diferenciação entre seus gêneros, de modo que suas finalidades realmente sejam cumpridas quando elas forem requisitadas, afinal cada uma tem um intuito, e para que este seja preservado é necessário que o tratamento dado a cada situação seja o adequado¹¹⁴.

Existe, portanto, a necessidade de se selecionar a técnica processual adequada para prestar a forma de tutela prometida pelo direito material em cada caso.¹¹⁵

Em ambas as formas de antecipação de tutela é necessária a existência de uma probabilidade de direito da parte que a invoca.¹¹⁶

O emprego da técnica antecipatória necessita em todas as hipóteses que exista probabilidade lógica do direito, que é “aquela que surge da confrontação das alegações

¹¹² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 203.

¹¹³ ALVIM, 2017, p. 65.

¹¹⁴ MARINONI, 2017, p. 72.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 29.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2 v. p. 203.

e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos.”¹¹⁷

As tutelas provisórias se subdividem em tutelas de urgência e tutela de evidência.

As primeiras consistem em espécies de tutela que serão concedidas quando houver necessidade de urgência na prestação jurisdicional¹¹⁸, de modo que a morosidade de “atendimento” possa gerar um prejuízo irreparável ao resultado final ou de modo que a finalidade principal do pedido não seja obtida no momento correto. Ou seja, a rapidez da prestação jurisdicional nestes casos é o que vai torná-la efetiva.

São, portanto, aquelas destinadas a “eliminar o perigo de dano grave ou de difícil reparação”¹¹⁹, através de uma análise provisória para evitar um risco concretamente identificado.¹²⁰

Afinal,

Quando se está diante de um risco plausível de que a tutela jurisdicional não possa se efetivar, medidas devem ser promovidas, imediatamente, para garantir a execução ou antecipar os efeitos da decisão final, sob pena de nulificação da execução futura e do direito em lide, respectivamente.¹²¹

O gênero tutela de urgência se subdivide em tutela de urgência cautelar e tutela de urgência antecipada, sendo a tutela antecipada satisfativa e a cautelar conservativa.¹²²

A tutela cautelar consiste na prática de atos que visam garantir a “utilidade prática” do resultado que se obterá com o acolhimento do pedido principal¹²³. É, portanto, como se fosse um “instrumento vocacionado a dar segurança à tutela do direito que se pretende”¹²⁴, para garantir que, quando o pedido principal se concretize, exista a preservação de seus efeitos práticos.

¹¹⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 203.

¹¹⁸ ALVIM, 2017, p. 67.

¹¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. In: CARMONA, Carlos Alberto et al. **O novo código de Processo Civil**: Questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. s. p.

¹²⁰ BEDAQUE, loc.cit.

¹²¹ MESQUITA, 2002, p. 173-174.

¹²² MEDINA, 2017, p. 481.

¹²³ MEDINA, loc. cit.

¹²⁴ MARINONI, 2017, p. 87.

Do outro lado, a tutela antecipada “permite a fruição imediata dos efeitos do possível acolhimento do pedido.”¹²⁵ Ou seja, é a tutela que permite antecipação dos efeitos da prestação jurisdicional antes do momento processual em que se fariam presentes¹²⁶, em razão de que a demora em discutir o que a parte postula compromete o pedido em si, pois “o bem da vida em disputa se acha sujeito a perigo.”¹²⁷

Em que pese as peculiaridades de cada, para a concessão de ambas as espécies de tutelas de urgência, são necessários que estejam presentes dois requisitos: *fumus boni iuris e periculum in mora*.

O primeiro representa a necessidade de prova de verossimilhança das alegações e pedidos postulados, ou seja, que se demonstre a probabilidade do direito da parte. Consiste, portanto, na “plausibilidade de resultado no processo principal de mérito.”¹²⁸ É a necessidade de apresentação de “argumentos que evidenciam a probabilidade dos pressupostos para tutela (final) do direito.”¹²⁹

Tal requisito tem a finalidade de trazer um mínimo de segurança ao julgador para conferir tal medida, de modo que se tenha ao menos um indício de que o direito postulado obtenha sucesso.

O segundo requisito é o perigo da demora, ou seja, o risco de que a demora de um trâmite regular do processo comprometa a efetividade da tutela final¹³⁰, gerando perigo de dano irreparável ou de difícil reparação – seja pela chance de levar o pleito a sua ineficácia ou por reduzir a utilidade de seu possível resultado.

São, portanto, os casos em que “se a tutela tardar, o ilícito pode ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente ou pode o dano ser irreparável, de difícil reparação ou não encontrar adequado ressarcimento.”¹³¹

Com relação às tutelas de urgência, diante da nítida proximidade entre ambas as espécies que dividem o gênero, o legislador trouxe no CPC de 2015 a possibilidade de fungibilidade¹³² entre elas – caso haja uma dúvida objetiva gerada pelo sistema sobre

¹²⁵ MEDINA, 2017, p. 481.

¹²⁶ ALVIM, 2017, p. 63.

¹²⁷ Ibid., p. 67.

¹²⁸ MESQUITA, 2002, p. 200.

¹²⁹ MARINONI, 2017, p. 131.

¹³⁰ BEDAQUE, 2015, s. p.

¹³¹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO; 2015, p. 199.

¹³² Ibid., p. 213.

qual técnica adotar-se – para que um erro de classificação – quando não for grosseiro - não impeça que seja cumprida a efetividade do processo.¹³³

Tal possibilidade está diretamente relacionada com a ideia de economia processual¹³⁴ que rege o novo processo civil. Deve-se buscar aproveitar os atos ao máximo, evitar que se desgaste novamente todo o aparato estatal quando os defeitos processuais existentes puderem ser sanados, exatamente o que ocorre no caso das tutelas em questão.¹³⁵

Para fazer contraponto às tutelas de urgência, está outra modalidade de tutela provisória: tutela da evidência.

Em que pese se tratar de tutela provisória, a tutela de evidência se distancia do requisito da urgência – perigo da demora -, e traz como requisito exclusivo para sua concessão a evidência de um direito – probabilidade maior do que a demonstrada em um juízo de verossimilhança.

A tutela supra referida consiste, portanto, na possibilidade de se distribuir de modo mais equânime o ônus do tempo ao longo do processo¹³⁶ quando o direito da parte se demonstra tão evidente que pode quase alcançar um juízo de certeza.

A antecipação dos efeitos da decisão final irá ocorrer, neste caso, diante de uma “insubsistência da tese de defesa do réu, inapta a proporcionar dúvida razoável em relação aos fundamentos fáticos e jurídicos do autor”¹³⁷.

A técnica da concessão provisória em caso de evidência permite que a atuação jurisdicional “se ajuste à realidade dos fatos, antecipando o bem da vida para aquele que é prestigiado pela ordem jurídica, mas que tem o exercício do seu direito indevidamente impossibilitado ou limitado.”¹³⁸

Portanto, ambas as hipóteses de tutelas provisórias, visam, como já comentado anteriormente, que a função social do processo seja cumprida, ou seja, que ordem jurídica seja restabelecida e que as partes tenham a resposta que precisam no momento correto, sem terem que esperar um longo processo para obterem uma

¹³³ ALVIM, 2017, p. 262.

¹³⁴ SANTOS, 2012, p. 227.

¹³⁵ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 213.

¹³⁶ BODART, 2015, p. 111.

¹³⁷ ALVIM, op. cit., p. 36.

¹³⁸ Ibid., p. 70.

resposta quando estiverem diante de um caso de urgência ou de alta probabilidade de sucesso.¹³⁹

Diante disso, em que pese o caráter provisório estar presente em todas estas tutelas elencadas¹⁴⁰, é necessário que se verifique qual a tutela mais adequada casuisticamente, para que a jurisdição prestada seja a que melhor atenda os preceitos de justiça e, de modo a se evitar que riscos de tais concessões antecipadas causem prejuízos irreparáveis à parte contrária.

Em todas as formas de antecipação de tutela, na qual esta seja prestada de forma provisória deve-se enxergar a soberania do direito provável, mas sempre se considerando que a antecipação só será cabível se isto não importar em prejuízo irreparável à outra parte¹⁴¹, pois não se pode perder de vista o caráter provisório das decisões que as concedem, não podendo se considerar como imutáveis tais cognições.

3.3 FRAGILIDADE DA DEFESA E EVIDÊNCIA DO DIREITO.

No que tange à tutela de evidência, é necessária uma análise mais profunda e cuidadosa dos requisitos para sua concessão, bem como dos motivos que justifiquem sua aplicação, uma vez que, diferentemente da tutela de urgência, nesta hipótese não se depara com efetivo perigo da demora da prestação, mas com uma “injustiça”¹⁴² pela demora.

O Código de Processo Civil, ao abordar especificamente a tutela de evidência trouxe atenção para os casos de injustiça processual decorrente da espera, não por motivos de perigo, mas simplesmente pela espera se demonstrar injusta quando o direito invocado pela parte se demonstra tão provável ao ponto de ser cristalino, de ser evidente.¹⁴³

¹³⁹ ALVIM, 2017, p. 26.

¹⁴⁰ BEDAQUE, 2015, s. p.

¹⁴¹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 204.

¹⁴² ALVIM, op. cit., p. 315.

¹⁴³ BODART, 2015, p. 108 e 112.

Ao contrário das demais previsões de tutela provisória, a tutela da evidência baseia-se na premissa de que a parte que demonstra, com razoável grau de probabilidade, ser titular de um direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico (direito evidente) não merece suportar os ônus decorrentes da demora necessária para obter a prestação jurisdicional.¹⁴⁴

Tal tutela visa, como já abordado no título anterior, “viabilizar a distribuição do ônus do tempo do processo”¹⁴⁵, seja porque o autor não deu motivos para a dilação, ou porque o réu não trouxe fundamentos suficientes para fragilizar as alegações do autor. Ou seja, tal tutela se presta para evitar que o autor que demonstrou ter direito evidente seja onerado pela falta de seriedade da defesa apresentada pelo réu.¹⁴⁶

Para que se possa compreender efetivamente tal técnica de tutela jurisdicional e para noções de sua aplicabilidade é essencial que se destrinche os significados de cada um de seus requisitos.

O primeiro a ser analisado é a evidência do direito, sendo considerado como evidente aquele que é demonstrado desde logo pelo autor ¹⁴⁷ e que possui tão alto grau de probabilidade, que até mesmo beira a certeza¹⁴⁸.

É, portanto, evidente o direito “cuja prova dos fatos sobre os quais incide revelações incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.”¹⁴⁹

Para a legislação brasileira, o direito evidente é, na maioria dos casos, aquele que o autor fez surgir através de provas robustas – seja documental, testemunhal, pericial, emprestada, etc. – de seus fatos constitutivos, as quais possuem força argumentativa implícita.¹⁵⁰

No entanto, a doutrina enumera que a evidência do direito também pode estar demonstrada através da incontrovérsia¹⁵¹, ou seja, pela admissão dos fatos alegados pela parte autora, pela confissão ou pela falta de impugnação específica ao apresentado na exordial.

¹⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 455.

¹⁴⁵ MARINONI, 2017, p. 276.

¹⁴⁶ Ibid., p. 279.

¹⁴⁷ Ibid., p. 282.

¹⁴⁸ MEDINA, 2017, p. 507.

¹⁴⁹ FUX, 1996, p. 311.

¹⁵⁰ MARINONI, op. cit., p. 303.

¹⁵¹ ALVIM, 2017, p. 317.

Resumidamente, a evidência consiste na força que as alegações da parte que postula a concessão da tutela têm ao ponto de trazer um grau muito elevado de probabilidade de seu pedido obter um resultado frutífero.

Além do requisito da evidência do direito, existe também a necessidade de uma inconsistência da defesa¹⁵² - seja ela direta ou indireta.

Quando se fala de defesa indireta infundada, trata-se das hipóteses nas quais a parte para se contrapor ao pedido formulado pelo autor trouxe como fundamento de sua defesa a alegação de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor que são infundados e que mesmo assim demanda-se que haja produção de provas – que não a meramente documental – o que acarretaria um prolongamento desnecessário do processo.¹⁵³

Desnecessário, porque para se defender a parte admitiu os fatos constitutivos e ao tentar enfraquecê-los com outras alegações trouxe argumentos fracos, que mesmo provados não seriam suficientes para se sobreporem ao alegado pelo autor.

Ou seja, hipóteses nas quais, para se defender, o réu aceitou como verdadeiros os fatos trazidos pelo autor. No entanto, como não trouxe fundamentos suficientes, dependerá de instrução processual¹⁵⁴.

Aqui a fragilidade da defesa se consubstancia no fato de que o réu suscitou tese fraca de defesa que depende de instrução dilatória¹⁵⁵. Assim, “se os fatos constitutivos são incontroversos, não há razão para o autor ter que sofrer os males do tempo que o réu utilizará para tentar demonstrar os fatos que alegou na defesa indireta.”¹⁵⁶

Neste caso, é o réu que precisa do tempo do processo para se defender, para trazer provas do que alega, então seria injusto fazer com que o autor que possui um direito evidente – inclusive, porque os fatos constitutivos são incontroversos – tivesse que suportar uma postergação à qual não deu causa para e aguardar por um resultado que muito provavelmente lhe será favorável.¹⁵⁷

¹⁵² MARINONI, 2017, p. 282.

¹⁵³ Ibid., p. 285.

¹⁵⁴ MARINONI, op. cit., p. 292.

¹⁵⁵ Ibid., p. 323.

¹⁵⁶ Ibid., p. 322.

¹⁵⁷ Ibid., p. 284-285.

Esta modalidade de defesa só será suficiente para pedir tutela de evidência quando não for apresentada junto com ela defesa de mérito direta fundamentada corretamente¹⁵⁸, pois esta enfraqueceria a tese trazida pela parte que postula a antecipação.

De outro lado, quando se fala de defesa direta infundada, está-se tratando dos casos em que a defesa apresentada pelo réu se fundamentou em negar os fatos constitutivos invocados pela parte autora. No entanto, tal negativa não foi robusta o suficiente para conseguir enfraquecer as alegações de fato constitutivas de direito.¹⁵⁹

Esta defesa de mérito infundada é a que ocorre quando o réu não consegue demonstrar, sem a necessidade de dilação probatória, que os fatos constitutivos do autor não merecem prosperar.¹⁶⁰

São as hipóteses nas quais o réu depende de argumentar para dissolver o evidenciado, no entanto não o faz.

Em ambos os casos – tanto defesa direta quanto indireta – tratam-se de defesas que são infundadas, que carecem de seriedade, seja por ser abusiva ou por ser aquela que não consegue se sobrepor à probabilidade que vier a decorrer da fundamentação do autor.¹⁶¹

Diante do exposto, é essencial que se perceba a inafastabilidade dos dois requisitos para concessão da tutela de evidência, uma vez que é necessária uma defesa frágil para que o direito se demonstre evidente¹⁶². A fragilidade da defesa é essencial para se sustentar a evidência de um direito, para esta ser mais do que mera probabilidade de direito.

Para ser cabível o uso de esta técnica de tutela, a probabilidade de um direito deve ser muito alta¹⁶³, e esta probabilidade se funda justamente no fato de que a defesa se demonstrou inconsistente ou frágil ao ponto de não conseguir se contrapor de maneira concisa a tese trazida pela parte que pleiteia a tutela de evidência. Além

¹⁵⁸ MARINONI, 2017, p. 318.

¹⁵⁹ Ibid., p. 286.

¹⁶⁰ Ibid., p. 318.

¹⁶¹ ALVIM, 2017, p. 19.

¹⁶² MARINONI, op. cit., p. 338.

¹⁶³ MEDINA, 2017, p. 507.

disto, “A tutela de evidência somente tem razão de ser quando a defesa requer instrução dilatária, podendo adiar o momento de realização do direito.”¹⁶⁴

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe expressamente previstas as hipóteses de cabimento da referida tutela em seu artigo 311.¹⁶⁵

Neste dispositivo são relacionadas quatro situações nas quais é cabível a concessão da referida tutela.

A primeira hipótese, prevista no inciso I, é a de “abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório”.

Nesta hipótese há um conceito jurídico indeterminado¹⁶⁶, e, portanto, abrange o maior número possível de situações em que se demonstra existir uma conduta da parte ré que vise apenas tumultuar ou procrastinar o andamento do processo. Ou seja, ela estará presente todas as vezes em que “não se verifica uma relação instrumental apropriada entre o ato processual praticado e os fins ou efeitos dele extraídos.”¹⁶⁷

É necessário, nestes casos, o propósito de protelar e também que exista “prejuízo ao andamento do processo, ou ao menos clara potencialidade de causá-lo, decorrente diretamente da conduta omissiva ou comissiva da parte, que via de regra figurará no polo passivo da demanda.”¹⁶⁸

Não está abrangida nesta hipótese qualquer alegação inverossímil – a punição para isto é a multa por litigância de má-fé – e a melhor técnica aqui seria analisar se existe intuito de gerar prejuízo e também a existência de provas da verossimilhança das alegações da parte postulante de modo a demonstrar a evidência necessária para a concessão da tutela¹⁶⁹.

A segunda hipótese se refere aos “casos em que as alegações de fato forem suscetíveis apenas de prova documental das alegações de fato e, cumulativamente, houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”¹⁷⁰.

¹⁶⁴ MARINONI, 2017, p. 292.

¹⁶⁵ BUENO et al, 2016, p. 457.

¹⁶⁶ Ibid., p. 459.

¹⁶⁷ Ibid., p. 458

¹⁶⁸ ALVIM, 2017, p. 320.

¹⁶⁹ MEDINA, op. cit., p. 508.

¹⁷⁰ BUENO et al, op. cit., p. 460.

Tal previsão abrange os casos em que a evidência decorre de provas documentais¹⁷¹ – ou pelo menos documentada – e nos quais haja sido suscitada a aplicação de precedente obrigatório para sustentar as alegações do postulante.¹⁷²

A doutrina majoritária prevê que se deve aqui interpretar o previsto no artigo 311, II com o disposto no parágrafo único do artigo 332 do CPC e admitir a existência de evidência quando baseada em qualquer precedente obrigatório e não somente os elencados no artigo 311, II, da referida Lei.¹⁷³

A terceira hipótese está prevista no inciso III do artigo 311 da lei adjetiva e veio substituir a ação de depósito.¹⁷⁴

Estão abrangidas aqui as situações em que existe prova documental adequada do contrato de depósito, a qual por si só demonstra a evidência do direito da parte que sustenta o pedido reipersecutório¹⁷⁵, uma vez que o depósito foi demonstrado e também resta provado que não ocorreu a devolução do objeto custodiado. Esta hipótese, então, visa a entrega da coisa diante da evidência de direito que se apresenta o contrato de depósito¹⁷⁶.

A quarta – e última - hipótese está prevista no inciso IV, do mesmo dispositivo legal, e prevê as situações nas quais existe “ausência de prova do réu capaz de gerar ‘dúvida razoável’” enquanto a pretensão do autor se baseia em fatos suficientemente provados documentalmente¹⁷⁷ ou os quais, mesmo sem necessidade de prova – notórios ou presumivelmente existentes ou verdadeiros – simbolizam alto grau de probabilidade de sucesso para a parte que postula a antecipação¹⁷⁸.

Ou seja, são os casos em que o autor instruiu a exordial com provas documentais robustas, suficientes para demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, e que o réu apresenta sua defesa, no entanto, esta não traz provas capazes de gerar dúvida razoável quando ao alegado pelo autor.¹⁷⁹ Ou aqueles casos nos quais as suas

¹⁷¹ ALVIM, 2017, p. 323.

¹⁷² BUENO et al, 2016, p. 460.

¹⁷³ Ibid., p. 461.

¹⁷⁴ MEDINA, 2017, p. 509.

¹⁷⁵ BUENO et al, op. cit., p. 462.

¹⁷⁶ MEDINA, op. cit., p. 509.

¹⁷⁷ MEDINA, loc. cit.

¹⁷⁸ ALVIM, 2017, p. 331-332.

¹⁷⁹ BUENO et al, op. cit., p. 462.

alegações, mesmo sem necessidade de prova, demonstram sua probabilidade de sucesso e perante as quais o réu não consegue se contrapor de forma suficiente.

Assim, quando a defesa puder ser apreciada de imediato, sem necessidade de outras provas que não a documental, não há razão para que se conceda a tutela da evidência, aí será caso de julgamento antecipado. A antecipação de tutela de forma provisória, portanto aplicar-se-ia nos outros casos em que se fizer necessária a dilação probatória a fim de se obter cognição definitiva sobre os fatos. Afinal, em que pese a situação da evidência não carecer de urgência, ela sofrerá, em caso de morosidade, um dano marginal, que é aquele provocado pelo retardo no provimento definitivo.¹⁸⁰

Um aspecto importante de ser pontuado quanto à tutela de evidência é que, em que pese tal direito ser evidente, a decisão que o concedeu não se pauta num juízo de certeza absoluta¹⁸¹. Sua concessão é pautada num juízo de cognição sumária¹⁸², portanto se utilizam todos os artifícios processuais possíveis nem se faz uma análise aprofundada das alegações.

Diante disso, é inegável a necessidade de uma análise crítica desta técnica, no sentido de que, em que pese ela seja muito importante para atender aqueles que estão amparados em fortes alegações, a força dos argumentos trazidos não autoriza que direitos fundamentais sejam desprezados¹⁸³. Pelo contrário.

Caso a concessão de tal tutela jurisdicional implique em prejuízo irreparável, ou muito maior ao réu do que aquele que o autor poderia sofrer por ter de suportar a espera do processo, não há justificativa plausível para que ela ocorra.

Por exemplo, no caso da previsão do parágrafo único do artigo 311 do CPC de 2015, existe um grande questionamento a ser feito se o deferimento *inaudita altera parte* nesta espécie de tutela não configuraria violação à garantia constitucional ao contraditório¹⁸⁴. No entanto, tal aspecto será mais profundamente abordado adiante.

Então, a técnica da tutela de evidência surgiu para socorrer aqueles que são titulares de um direito muito claro, e que, por isso não existem motivos para fazê-los

¹⁸⁰ BUENO et al, 2016, p. 456.

¹⁸¹ MARINONI, 2017, p. 332.

¹⁸² Id., 2016, p. 393.

¹⁸³ MESQUITA, 2002, p. 313-314.

¹⁸⁴ MARINONI, op. cit., p. 338.

suportar a espera de um trâmite processual regular, já que suas chances de sucesso ao final da demanda são muito maiores que a da parte contrária¹⁸⁵.

Mas, como já dito anteriormente, não se pode tomar a evidência demonstrada pelas provas robustas das alegações de fato constitutivas como verdades absolutas, afinal a prova, “via de regra, demonstra o “provável”, a “verossimilhança”, nunca a verdade plena que compõe o mundo da realidade fenomênica.”¹⁸⁶

Portanto, em que pese a prova que fundamente a antecipação por evidência deva ser inequívoca¹⁸⁷, é necessário que se atente à probabilidade que ela imprime, que apesar de ser muito alta, ainda assim é passível de confronto de alegações e de contraprova pela parte contrária.

Não se pode alegar que pela simples probabilidade de um direito este não possa ser questionado¹⁸⁸. Sua presunção é relativa, ou seja, é passível de ser contestada.

Por isso, para que possa existir a antecipação da tutela sem existir urgência, é imprescindível a fragilidade da defesa, ou seja, que a alegação da parte contrária não consiga abalar a tese apresentada pelo autor – mesmo que os fatos constitutivos ainda não tenham sido definitivamente provados¹⁸⁹.

Justamente pelo fato de não haver “direito em estado de periclitção”¹⁹⁰, cabe ao juízo avaliar com maior cautela do que nas hipóteses de urgência, a probabilidade de direito que eles imprimem e se esta justifica a antecipação da tutela.

Então, o juiz somente poderá conceder tutela de evidência quando a defesa de mérito for infundada, porque isto reduzirá bastante os riscos de a concessão gerar prejuízos à parte contrária¹⁹¹, uma vez que se ela não conseguiu se defender de maneira eficiente é porque existe uma maior evidência do direito do autor e menor probabilidade de que a antecipação geraria danos para ela.

Diante do exposto extrai-se que a tutela da evidência deve ser vista sob o enfoque da utilidade¹⁹².

¹⁸⁵ BODART, 2015, 111-112.

¹⁸⁶ FUX, 1996, p. 348.

¹⁸⁷ FUX, loc. cit.

¹⁸⁸ ALVIM, 2017, p. 323.

¹⁸⁹ MARINONI, 2017, p. 330.

¹⁹⁰ FUX, op. cit., p. 349.

¹⁹¹ MARINONI, op. cit., p. 286.

¹⁹² WAMBIER et al, 2016, p. 97.

Se a utilidade de sua concessão for maior que o risco de prejuízo da antecipação à parte contrária, ela deverá ser concedida. No entanto, se o risco de prejuízo à parte contrária for maior, não há motivos para que o trâmite regular seja afastado, devendo ser respeitado o caminho natural da demanda para que sejam preservadas garantias e direitos fundamentais que estariam em risco no caso de uma antecipação de tutela.

Só será cabível a tutela da evidência, portanto,

Se considerarmos que, nos casos em que o direito do autor é bastante provável, o risco de produção de uma injustiça pela demora da prestação jurisdicional é muito maior que o risco de erro judiciário [...] ¹⁹³

Conclui-se, pois, que deve haver prestígio da celeridade e respeito à efetividade da atuação jurisdicional¹⁹⁴. No entanto não podem ser ignorados os cuidados para preservação da segurança jurídica. As garantias fundamentais não podem ser postas de lado sob a justificativa de se fornecer um processo célere, pois aí estar-se-á cumprindo com apenas um dos elementos da efetividade da jurisdição e deixando de lado outro que é essencial: o acesso à ordem jurídica, que deve ser justo e adequado. Deve, pois, responder-se às necessidades sociais¹⁹⁵ sem desprezar aquilo que o ordenamento jurídico estabelece como garantia fundamental.

¹⁹³ BODART, 2015, p. 112.

¹⁹⁴ MARINONI, 2017, p. 333.

¹⁹⁵ MESQUITA, 2002, p. 268.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

4.1 A INTENÇÃO DA ADOÇÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

Como já foi exposto anteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe expressamente em seu texto a preocupação em tornar o trâmite processual menos desgastante e oneroso para as partes, dispondo formas de se tentar contornar situações que poderiam tornar o Poder Judiciário um palco de injustiças – fato justamente contrário àquilo que a Constituição Federal propõe a ele que faça.

Dentro desta perspectiva, a proposta de adoção da tutela de evidência surgiu em consonância com as demandas sociais que circundaram a elaboração da nova legislação processual¹⁹⁶.

Tal tutela representa a intenção do legislador de tentar elaborar técnicas que facilitem a dinâmica processual, bem como auxiliem o processo a atingir uma maior efetividade através da distribuição da onerosidade provocada pela sua morosidade.¹⁹⁷

A Carta Constitucional de 1988 é clara em seu texto ao prever a garantia ao acesso à justiça, bem como que este direito de ação esteja amparado por uma razoável duração do processo¹⁹⁸:

Art.5º [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]

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

¹⁹⁶ PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. Tutela dos direitos no novo código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 48, n. 190, p. 49-59, abr./jun. 2011. p. 50.

¹⁹⁷ MARINONI, 2017, p. 276-277.

¹⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*: Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Diante da necessidade de uma interpretação uniforme da Constituição, tais dispositivos devem ser analisados em conjunto com todos os preceitos constitucionais, de modo a fazer-se respeitar os valores nela intrínsecos¹⁹⁹. Portanto, entende-se que além de todos terem direito de obter do Estado uma tutela jurisdicional, tal tutela deve ser adequada, para que então possa se falar em um processo justo.²⁰⁰

Desta forma, o Estado deve se utilizar do processo como o instrumento²⁰¹ que ele foi desenvolvido para ser. O Judiciário tem, portanto, responsabilidade de utilizar o processo como forma de “assegurar meios eficazes de prevenir ou restaurar a ordem jurídica justa.”²⁰² Uma vez que

Não se pode falar em direito processual puramente técnico, neutro quanto aos objetivos visados pelo legislador material. O estudioso do processo deve, em primeiro lugar, ater-se às necessidades verificadas no plano material; depois verificar quais as técnicas processuais existentes para a tutela da situação substancial posta em juízo; por último, refletir a respeito da aptidão destes meios para a obtenção dos resultados pretendidos, propondo se for o caso, a criação de mecanismos mais adequados. Tal análise depende basicamente de um fator: a consciência de que o processo será tão mais importante e necessário quanto maior for sua efetividade; e mais, à base de toda a construção processual deve estar o fenômeno material, sob pena de se perpetuar o equívoco de discussões estéreis, sem qualquer importância para os escopos do processo.²⁰³

Diante disto, se denota claro²⁰⁴ que ao longo dos últimos anos a máquina Judiciária não cumpriu com seus deveres constitucionais da maneira correta, provocando uma enorme irresignação social que passou a cobrar reações do Poder

¹⁹⁹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A tutela jurisdicional na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 29, n. 116, p. 103-106, out./dez. 1992. p. 106.

²⁰⁰ NERY JUNIOR, 2016, p. 210.

²⁰¹ MESQUITA, 2002, p.155.

²⁰² MESQUITA, loc. cit.

²⁰³ PISANI, Adriana Proto apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 58.

²⁰⁴ Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, a taxa de congestionamento dos processos é de 87% na fase de execução e de 64% na fase de conhecimento, com tempo médio de tramitação dos processos ainda pendentes na fase de conhecimento de 1 ano e 9 meses e na fase de execução de 4 anos e 10 meses. Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5dcb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

Legislativo de modo que fosse elaborada alguma solução para a “lentidão da máquina jurisdicional”.²⁰⁵

Então, no CPC de 2015, o legislador trouxe vários mecanismos que pudessem de algum modo contornar a ineficiência do Judiciário.²⁰⁶

Dentre as inovações, previu-se especificamente uma técnica que já estava sendo defendida e utilizada na prática forense, no entanto sua aplicabilidade se encontrava um tanto quanto restrita²⁰⁷: a tutela de evidência.

A tutela da evidência veio como mais uma tentativa expressa no CPC de 2015 de se alterar o conservadorismo processual – aliado fiel da segurança jurídica estrita, vendo como indissociável o conhecer e decidir da figura da coisa julgada²⁰⁸ -, e possibilitar que o processo se torne menos oneroso para as partes, principalmente para aquelas que demonstram de forma mais contundente o direito que possuem.

Com o passar dos anos,

Descobriu-se que a justiça guarda estrita correspondência com o estágio do processo – eis aí a importância do tempo -, de modo que a concessão de um provimento calcado em cognição incompleta, preenchidos os seus requisitos autorizadores, é medida por si só justa, independente da solução final a ser atribuída à contenda [...]²⁰⁹

Num cenário em que a parte demonstra de forma robusta a probabilidade de seu direito, a espera pelo longo trâmite processual representaria uma grande injustiça, pois nesta hipótese “o decurso do tempo, necessário à tramitação processual, beneficia aquele que provavelmente não tem razão, subordinando, por outro lado, aquele que demonstra ter razão, ainda que em análise sumária, ao ônus do tempo.”²¹⁰

Ou seja, tendo em vista que tornar o trâmite processual regular mais célere é uma missão muito difícil de ser solucionada e que demanda muito tempo e dedicação, a adoção das tutelas provisórias, dentre elas a tutela de evidência foi a medida mais rápida - e com maiores chances de sucesso – que foi encontrada.

²⁰⁵ BODART, 2015, p. 108.

²⁰⁶ MEDINA, 2017, p. 75-76.

²⁰⁷ BUENO et al, 2016, p. 456.

²⁰⁸ BODART, op. cit., p. 86.

²⁰⁹ BODART, loc. cit.

²¹⁰ ALVIM, 2017, p. 315.

Pretendeu-se, através da inserção da tutela de evidência no ordenamento jurídico auxiliar o processo a cumprir com a sua finalidade, que é assegurar “a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição.”²¹¹ Tudo isto para que seja atingido “o fim precípua a que se propõem – o estabelecimento da paz social.”²¹²

Assim sendo, tal tutela visa conferir uma resposta rápida àqueles que demonstram ter direito “quase certo” - e que, portanto, não necessitam de um prolongamento de atos processuais ²¹³- ao mesmo tempo em que prestigia a economia processual “deixando com que outros processos que realmente precisem de uma discussão tenham mais tempo para a sua solução.”²¹⁴

Ao confrontarem-se situações nas quais existe uma grande probabilidade de sucesso vê-se ainda mais necessário “que o processo, como qualquer mecanismo social de organização das relações socioeconômicas”,²¹⁵ seja “estruturado de forma tal que sejam minimizados os seus custos e maximizados os seus benefícios”²¹⁶. Afinal, não basta o resultado final do processo ser justo, o caminho que levou até ele também o deve ser.²¹⁷

Conclui-se do exposto que a real intenção do legislador, ao promover a adoção da tutela da evidência, foi tratar de maneira diferenciada aqueles que se encontram em uma situação peculiar de evidência do direito postulado, hipótese esta em que a prática de todos os atos processuais não se justifica, de modo que para cumprir com as garantias constitucionais de acesso à justiça e efetividade da prestação jurisdicional²¹⁸ é excepcionalmente autorizado o cabimento de cognição sumária sem a necessidade de comprovação de um risco da demora do trâmite regular, para se evitar a injustiça da espera²¹⁹ e haver uma distribuição justa do tempo²²⁰ no processo.

²¹¹ DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 31, n. 123, p. 35-46, jul./set. 1994. p. 38.

²¹² DELGADO, loc. cit.

²¹³ SAMPAIO JUNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência**: Sistematização das liminares. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 63.

²¹⁴ SAMPAIO JUNIOR, loc. cit.

²¹⁵ BODART, 2015, p. 79.

²¹⁶ BODART, loc. cit.

²¹⁷ Ibid., p. 87.

²¹⁸ ALVIM, 2017, p. 316.

²¹⁹ Ibid., p. 315.

²²⁰ SAMPAIO JUNIOR, op. cit., p. 66.

4.2 CELERIDADE *versus* EFETIVIDADE

Como grandes vetores do processualismo moderno²²¹, a questão da celeridade e da efetividade foram os grandes focos do legislador no CPC de 2015, especialmente no que concerne ao tratamento dado às tutelas provisórias²²².

Diante da grande influência destes dois aspectos no processo brasileiro, é de grande importância uma análise aprofundada de como fazer com que estas duas garantias constitucionais convivam de forma harmônica na realidade judiciária brasileira, possibilitando a existência de um processo mais próximo dos ditames de justiça²²³.

A efetividade está diretamente relacionada com conferir a resposta adequada às necessidades que as partes demonstram ter.

Em outros termos, para analisar a efetividade do processo no plano do direito material e, assim, sua concordância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é imprescindível tomar consciência das necessidades que vêm do direito material, as quais traduzem diferentes desejos de tutela.²²⁴

Enquanto que a celeridade, por outro lado, está relacionada com a rapidez da tramitação processual²²⁵, visando que haja uma solução mais rápida dos processos e devendo ser vista sob o enfoque da economia processual: “processo deve alcançar seu objetivo com o mínimo de dispêndio de tempo e atividade.”²²⁶

Primeiramente, deve-se compreender que a garantia constitucional do acesso à justiça prevê que todos terão direito a uma tutela jurisdicional prestada pelo Estado²²⁷ e

²²¹ FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A limitação das liminares: violação à lei maior. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. [s. l.], n. 19, p. 279-292, ago./nov. 1997. p. 290. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/20688>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

²²² BENITES, Nórton Luís. Questões iniciais sobre a tutela provisória do CPC/2015. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 78, [s. p.], jun. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/111690>>. Acesso em: 31 out. 2017.

²²³ PASETTI, 2002, p. 77.

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147-148 apud PEREIRA FILHO, 2011, p. 53.

²²⁵ NERY JUNIOR, 2016, p. 358.

²²⁶ PASETTI, op. cit., p. 15.

²²⁷ NERY JUNIOR, op. cit.. p. 208-209.

que a mesma, para cumprir com a finalidade social para a qual foi designada, deverá ser célere e efetiva²²⁸.

Em segundo lugar, deve-se ter em mente que a existência de um processo justo não diz respeito apenas a um processo rápido. A justiça do processo está justamente na existência de uma razoável duração do processo aliada a uma prestação jurisdicional efetiva²²⁹. Ou seja, deve-se conferir a tutela do direito adequada o mais rápido possível²³⁰, sem dilações desnecessárias e nem obstáculos meramente burocráticos.

Diante disso, compreende-se que ambas as garantias devem ser vistas como aliadas e de forma conjunta: o processo deve ser efetivo dentro do menor tempo possível.

A efetividade depende da celeridade para que possa ser plena, bem como a celeridade só atenderá os fins a que se destina se permitir que a tutela jurisdicional fornecida confira a resposta mais justa e adequada para a lide²³¹.

Portanto, não é errado afirmar-se que o processo atual deve buscar celeridade em sua prestação jurisdicional. Pelo contrário, a celeridade deve existir para que a tutela cumpra com a finalidade para a qual ela se destina, sob pena de se tornar ineficaz ou obsoleta²³².

No entanto, deve-se ter muita cautela ao interpretar a função desta busca por uma prestação jurisdicional mais rápida, sempre tendo em mente que a mesma não pode se tornar um obstáculo para que outra garantia constitucional se cumpra²³³, que no caso é a efetividade da prestação jurisdicional. Afinal,

A busca de uma tutela célere e desburocratizada não deve representar a prevalência da tempestividade sobre a qualidade, a segurança e a efetividade da atividade jurisdicional, tampouco pode configurar a supressão de outros direitos

²²⁸ PASETTI, 2002, p. 72.

²²⁹ NERY JUNIOR, 2016, p. 364.

²³⁰ Ibid., p. 358.

²³¹ QUEIROZ, Cláudia Carvalho; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. O julgamento liminar das ações repetitivas e a mitigação das garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal. **Revista Direito e Liberdade da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte**. Natal, v. 5, n. 1, p. 305-324, mar. 2007. p.306-307. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/60048>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

²³² FARIA, 1997, p. 280.

²³³ QUEIROZ; COUTINHO, op. cit., p. 308.

igualmente fundamentais, quais sejam os princípios da isonomia e do devido processo legal, com os seus corolários, dentre eles, o direito de ação e o direito ao contraditório e à ampla defesa.²³⁴

Por isso, melhor ter-se em mente a ideia de uma razoável duração do processo. Ou seja, de um processo que tenha uma duração compatível com o que a efetividade da tutela prestada exige. Que o tempo despendido para o Judiciário fornecer a resposta que as partes precisam seja somente o tempo necessário para que o juiz tenha segurança sobre aquilo que decide²³⁵, sem impactar garantias e direitos constitucionais, sem dilações desnecessárias²³⁶ ou meramente burocráticas.

No que tange à tutela da evidência, a análise destas duas garantias deve sempre levar em consideração a ausência do risco que se apresenta nos casos das tutelas de urgência. Aqui não se fala em risco da demora, ou urgência de uma resposta, de modo que se justifique a adoção de providências extremamente rápidas e que acabam por reduzir a qualidade da cognição despendida sobre os fatos²³⁷.

Quando se fala de tutela de evidência, está-se falando de uma alta probabilidade de direito²³⁸, a qual deve ser analisada com uma cautela muito maior, não existindo ameaça ou risco de lesão que justifique²³⁹ uma redução na qualidade da tutela prestada, ainda que provisoriamente, ao se fornecer uma resposta “afobada” à questão em jogo.

Nos casos de evidência do direito, a análise qualitativa da questão deve ser muito mais profunda, porque aqui a celeridade da prestação vem para se evitar uma injustiça processual, ou seja, para se reduzir o ônus da espera do trâmite processual²⁴⁰, mas não por uma razão de necessidade, de “emergência”.

²³⁴ QUEIROZ; COUTINHO, 2007, p. 307.

²³⁵ DELGADO, 1994, p. 45.

²³⁶ NERY JUNIOR, 2016, p. 367.

²³⁷ STRECK, Lênio; SOUSA, Diego Crevelin de. Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade. **Consultor jurídico**, 15 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorio-evidente-inconstitucionalidade>>.

Acesso em: 25 jul. 2017.

²³⁸ MARINONI, 2017, p. 282.

²³⁹ BONÍCIO, 2016, p. 99.

²⁴⁰ MARINONI, op. cit., p. 277-279.

Tratando-se, portanto, de evidência, os cuidados para se resguardar o equilíbrio entre a celeridade e a “ponderada cognição”²⁴¹ devem ser ainda maiores do que nos casos de urgência, pois aqui não existe uma justificativa grave para se sobrepor a celeridade à qualidade da análise feita sobre os fatos. Aqui a efetividade está em tornar o processo mais equilibrado, dividindo o ônus do tempo entre as partes²⁴², mas sem uma necessidade de ênfase extrema da celeridade, como ocorre nos casos de urgência.

No que tange à questão do deferimento liminar, deve-se ter em vista que tal concessão vai relativizar garantias constitucionais muito importantes, como, por exemplo, o contraditório e o devido processo legal, então que a mesma só terá lógica de ocorrer quando houver motivos relevantes o suficiente para tal. O deferimento liminar deve ser visto como uma expressão da garantia do acesso à justiça, não existindo razões para que quando tal garantia for necessária, ela possa sofrer algum tipo de limitação²⁴³.

Desta forma, é essencial estabelecer como requisito²⁴⁴ para o deferimento liminar a existência de urgência da tutela, uma vez que, se não houver risco de lesão, não há razões que justifiquem a relativização de uma garantia constitucional - que confere inclusive segurança ao magistrado para prestar a tutela jurisdicional - colocando em risco de forma desnecessária a efetividade da atuação do Estado para o deslinde do caso.

No caso da tutela da evidência, portanto, existe a razão para a concessão de uma tutela provisória, uma vez que

prestigia ao mesmo tempo celeridade em busca da efetividade do direito e segurança jurídica, pois a economia processual é tamanha, deixando com que outros processos que realmente precisem de uma discussão tenham mais tempo para a sua solução.²⁴⁵

²⁴¹ BODART, 2015, p. 72.

²⁴² Ibid., p. 130.

²⁴³ BONÍCIO, 2016, 134.

²⁴⁴ Ibid., p. 135-136.

²⁴⁵ SAMPAIO JUNIOR, 2011, p. 63.

No entanto, apesar de por uma questão de justiça processual, haver fundamentos para a antecipação da tutela de evidência, não há porque relativizar de forma impetuosa a garantia ao contraditório pelo intuito único e exclusivo de se fornecer um resultado rápido para aquele que parece ter o melhor direito²⁴⁶.

Conclui-se disto que a questão da efetividade da prestação pressupõe uma celeridade neste “atendimento” fornecido pelo Poder Judiciário, mas – principalmente nos casos de tutela de evidência - não de modo que esta rapidez na tutela jurisdicional prejudique o acerto da resposta que será fornecida às partes, sob pena de se colocar em risco a segurança jurídica e a garantia a um processo justo e legal.

4.3 VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO: RESTRIÇÕES À CONCESSÃO DE LIMINARES

É inegável o caráter excepcional que deve ser conferido à concessão de liminares²⁴⁷.

A garantia constitucional ao contraditório existe por algum motivo, especialmente relacionado à dignidade da pessoa humana²⁴⁸, e reduzi-la a esmo é uma afronta sem medidas à ordem constitucional.

A partir do momento em que, sob a justificativa da celeridade na prestação jurisdicional²⁴⁹, relativizar-se as garantias constitucionais sem existir outros motivos relevantes para tal²⁵⁰, estar-se-á rasgando a Constituição em prol de condutas que desrespeitam todo o viés democrático que deveria imperar no âmbito jurisdicional.

²⁴⁶ STRECK; SOUSA, 2017, s. p.

²⁴⁷ BEDAQUE, 2015, s. p.

²⁴⁸ BROCHADO, Mariá. O principio da proporcionalidade e o devido processo legal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 39, n. 155, p. 125-141, jul./ago. 2002. p. 127. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/799/R155-09.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁴⁹ QUEIROZ; COUTINHO, 2007, p. 308.

²⁵⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Restrições à concessão de liminares. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 32, n. 125, p. 125-133, jan./mar. 1995. p. 127. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176153/000481019.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 25 out. 2017.

Desta forma, as liminares somente se justificam pelo risco - que consiste justamente no perigo da demora – que existe além da probabilidade do direito, pois

Quando não há perigo iminente, a liminar deverá ser indeferida por desnecessária, já que, neste caso, os direitos e garantias constitucionais dos litigantes poderão – e por isso deverão – ser garantidos em sua plenitude.²⁵¹

Além do mais, não é porque um direito possui alta probabilidade de sucesso que um mínimo de discussão prévia não se faz necessária para que exista uma maior segurança jurídica na decisão que será proferida. A única hipótese em que tal diferimento estará autorizado será naquelas em que se encontra tanto probabilidade do direito, quanto a necessidade de concessão imediata da tutela por motivos de risco²⁵².

O deferimento liminar é uma forma muito incisiva de intervenção estatal, então sua aplicabilidade restrita se justifica especialmente pelo fato de que “o sistema não sabe, na maioria das vezes, qual a medida exata da necessidade de intervenção estatal que as partes precisam para resolver seus problemas.”²⁵³

Ocorre, pois, na hipótese do parágrafo único do artigo 311 uma violação ao contraditório, porque tal previsão exacerba a relativização autorizada²⁵⁴ por lei nos casos de interesses igualmente relevantes em conflito.

No caso de evidência não existe justificativa robusta para a postergação do exercício do contraditório para após a concessão da liminar, pois

Somente a urgência , ou seja, o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação a bem da vida de especial valor pode justificar a postergação, jamais a supressão completa, do contraditório ou do exercício do direito de defesa, que são garantias constitucionais cujo respeito se afigura absolutamente imperioso e inafastável.²⁵⁵

Quando se fala em urgência, fala-se em risco, em “situação de perigo iminente que recai sobre o processo, sobre a eficácia da futura prestação jurisdicional ou sobre o

²⁵¹ ZAVASCKI, 1995, p. 129.

²⁵² FARIA, 1997, p. 282.

²⁵³ BONÍCIO, 2016, p. 32.

²⁵⁴ ZAVASCKI, op. cit., p. 127.

²⁵⁵ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 296-330, 2014. p. 319. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>>. Acesso em: 24 out, 2017.

próprio direito material pleiteado”²⁵⁶. Por esta razão, tal hipótese necessita de uma tutela diferenciada, uma vez que o desenvolvimento regular do processo tornaria a lentidão da marcha processual muito mais do que injusta, mas como um efetivo risco à parte.

Risco deve ser visto como “perigo excessivo, grande ameaça”.²⁵⁷

Portanto, sendo as liminares uma forma agressiva de intervenção estatal no âmbito processual, tal modo de pronúncia judicial só deverá ocorrer nas hipóteses nas quais isto se demonstrar justificável. Isto não significa que a mesma não poderá ocorrer, pelo contrário

[...] a concessão de liminar é permitida constitucionalmente – e é mesmo obrigatória – quando for indispensável à garantia da efetividade de outro direito constitucional circunstancialmente mais privilegiado e acossado por ameaça grave e iminente. A concessão de liminar nestas situações deve ser respeitada pelo legislador ordinário. Porém, a liminar é ato jurisdicional de exceção.[...] ²⁵⁸

Afinal, se não se está falando de risco de dano ou de ameaça de violação de direito, por que razão um mínimo de manifestação da parte contrária não poderia acontecer antes do pronunciamento judicial? Quais seriam os motivos tão relevantes que poderiam se equiparar a força de uma garantia constitucional ao ponto de autorizar a sua relativização?

Doutrinadores, como - por exemplo - Lênio Streck²⁵⁹, têm sido enfáticos na defesa de que nas hipóteses de evidência não se encontram os mesmos motivos que que justifiquem uma concessão liminar, como há nas tutelas de urgência.

Aqueles que defendem o cabimento do deferimento liminar nesta modalidade de tutela trazem fundamentos que nitidamente confundem as espécies de tutela provisória, apontando o risco da demora como grande fator que autoriza tal concessão²⁶⁰. Apontam que a demora do processo gera um prejuízo àquele que demonstra ter o melhor direito, porque o faz esperar por algo que ele tem grande chance de obter ao final.

²⁵⁶ GRECO, 2014, p. 312.

²⁵⁷ BODART, 2015, p. 76.

²⁵⁸ ZAVASCKI, 1995, p.132-133.

²⁵⁹ STRECK; SOUSA, 2017, s. p.

²⁶⁰ BODART, op. cit., p. 127.

No entanto, como já exposto, deve-se ter muita cautela ao analisar este assunto.

Quando se fala da necessidade de se evitar injustiças processuais geradas pela demora do trâmite regular do processo²⁶¹, tal malefício da morosidade já está sendo combatido pela própria tutela provisória de evidência.

Argumentar que a concessão liminar evita injustiças é fazer uma análise redundante e abusiva do mesmo aspecto, uma vez que dita injustiça da espera já está sendo enfrentada através da concessão provisória²⁶² e não existiriam motivos além destes que justificassem, além disto, também um enfrentamento liminar da questão.

A análise que deve ser feita é a seguinte: se a tutela provisória já visa combater o prejuízo gerado pela morosidade, qual é o motivo além deste aspecto que justificaria um deferimento liminar?

Não existindo risco com a espera e sabendo-se que a decisão – mesmo em sede liminar – autoriza a execução provisória do que for concedido²⁶³, demonstra-se que o deferimento liminar - na tutela de evidência - constitui ato extremista, que ao invés de cumprir com sua real finalidade de combater eventuais riscos²⁶⁴, estará fazendo exatamente o contrário: gerando riscos desnecessários.

O deferimento liminar consiste em ato de conferir tutela àquele que demanda prestação jurisdicional sem ouvir a parte contrária, porque neste caso o exercício do contraditório geraria mais prejuízos do que benefícios²⁶⁵ ao deslinde processual, uma vez que a existência de risco da demora exigiria uma resposta célere da atuação jurisdicional.

A garantia constitucional ao contraditório deve ser vista como regra, ou seja, o seu exercício deve ocorrer sempre, e o afastamento do seu cumprimento só estará autorizado em hipóteses específicas²⁶⁶ nas quais outras garantias tão relevantes quanto ele estão sendo ameaçadas ou postas em risco, uma vez que

²⁶¹ FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1228 apud GRECO, 2014, p. 318.

²⁶² BENITES, 2017, p. 14.

²⁶³ Ibid., p. 3.

²⁶⁴ FARIA, 1997, p. 283.

²⁶⁵ BODART, 2015, p. 127.

²⁶⁶ ZAVASCKI, 1995, p. 127.

o contraditório processual é comportamento de natureza essencialmente democrática, por simbolizar a eficácia do direito fundamental da igualdade de todos perante a lei.²⁶⁷

O que se vê no parágrafo único do artigo 311 do CPC é justamente o contrário²⁶⁸. A previsão legal faz parecer que a garantia ao contraditório só deverá ser exercida quando isto se demonstrar necessário, e que, quando a sua prática tiver grandes chances de ser infrutífera, seu exercício será dispensável.

Entende-se que a posição esta do legislador, contudo, está totalmente equivocada, uma vez que “O diferimento do contraditório é medida excepcional, justificada pelo risco de ineficácia do provimento jurisdicional a ser emitido”²⁶⁹, risco este que justamente não se encontra nos casos de tutela de evidência.

Este pensamento, no entanto, se demonstra totalmente contrário aquilo que a Constituição Federal prevê como sendo o tratamento obrigatório a ser dado a garantias constitucionais²⁷⁰ – dentre as quais esta inserido o direito ao contraditório.

Portanto, para o deferimento liminar deve-se

avaliar o risco e só se atrever a enfrentá-lo quando sentir que é suportável e que os benefícios a serem alcançados, na maioria considerável dos casos, compensam ao possíveis males, os quais teriam pouca incidência.²⁷¹

Diante disso, quando o deferimento liminar constituir apenas uma tutela que visa a celeridade e não a efetividade do processo, sua concessão será indevida, porque estar-se-á diante de uma hipótese na qual não vai haver necessidade de sua concessão de modo que possam haver justificativas fortes o suficiente para se relativizar uma garantia constitucional essencial à ordem democrática, como é o caso do direito ao contraditório²⁷².

Esta necessidade de cuidado com a relativização do devido processo legal em benefício da celeridade é um aspecto que necessita de muita cautela, afinal não posso

²⁶⁷ DELGADO, 1994, p. 44.

²⁶⁸ BONÍCIO, 2016, p. 98.

²⁶⁹ BEDAQUE, 2015, s. p.

²⁷⁰ ZAVASCKI, 1995, p. 127.

²⁷¹ BODART, 2015, p. 73.

²⁷² STRECK; SOUSA, 2017, s. p.

ver apenas ela como essencial, mas também que o resultado do processo esteja o mais próximo possível dos ditames de justiça no que diz respeito ao seu conteúdo. Porque estas garantias não são

apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz e da justiça das decisões.²⁷³

A ordem constitucional defende que para se preservar seu viés democrático, o cumprimento estrito dos direitos constitucionais deve sempre ocorrer, e que para haver qualquer tipo de relativização no tratamento dado aos mesmos é necessária uma justificativa robusta e plausível²⁷⁴.

Além disso, deve-se ter em mente que “o exercício de um poder estatal (legislativo, executivo ou judiciário) só é legítimo quando houver ampla possibilidade de participação nos meios de formação da vontade estatal [...]”²⁷⁵ e desta forma, para que haja um respaldo da atuação do juiz em sede de tutela de evidência, é imprescindível que exista respeito à esta garantia de possibilidade de ao menos um mínimo de manifestação de ambas as partes.

Diante disto, nota-se clara a confusão do legislador ao aplicar as garantias constitucionais no âmbito da tutela da evidência. Além de demonstrar confusão entre as espécies de tutela provisória ante a existência ou não de risco, ocorreu um grande equívoco quanto à interpretação constitucional²⁷⁶ que deveria ser dada a esta tutela – sem modulações desnecessárias do exercício do contraditório.

²⁷³ GRINOVER, Ada. O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa. In: CAMARGO, Cunha; LEMMI, Sílvio; ANDRADE, Weiss de (Dir.). Cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 7 apud DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 31, n. 123, p. 35-46, jul./set. 1994. p. 45. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175995/000465953.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁷⁴ ZAVASCKI, 1995, p. 125-127.

²⁷⁵ BONÍCIO, 2016, p. 77.

²⁷⁶ ZAVASCKI, loc. cit.

Portanto, não andou bem o legislador ao prever a autorização de concessão liminar, mesmo que em hipóteses restritas de aplicabilidade, uma vez que a garantia ao contraditório deve ser vista sempre como regra e que a sua relativização deve ser vista sob o aspecto da excepcionalidade – somente naqueles casos em que isto se demonstrar extremamente necessário²⁷⁷.

Conclui-se, pois, que, o contraditório, como garantia constitucional que é, deve ser sempre respeitado, e não ser cumprido apenas quando se demonstrar estritamente necessário.

4.4 ADI 5492: TESES E CONTRAPONOTOS

Em março de 2016, o Governo do Estado do Rio de Janeiro, através de sua Procuradoria Geral do Estado, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5492, para questionar alguns dos dispositivos trazidos pela Lei 13.105/2015 – vulgo Código de Processo Civil de 2015²⁷⁸.

Dentre os dispositivos questionados na petição inicial²⁷⁹, está a previsão do parágrafo único do artigo 311 do referido diploma, a qual, como já abordado, autoriza o deferimento liminar da tutela de evidência com a consequente postergação da garantia constitucional ao contraditório.

Aborda-se, na referida ação, o fato de que tal parágrafo abrange hipóteses de autorização de relativização do contraditório e da ampla defesa, que, em que pese restritas, não guardam o devido respeito com a previsão constitucional²⁸⁰.

²⁷⁷ BONÍCIO, 2016, p. 99.

²⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI questiona dispositivos do novo Código de Processo Civil. STF, **STF**, 07 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313873>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5492**. Controle de constitucionalidade. Petição inicial. Relator Ministro Dias Toffoli. 05 de abril de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4959031>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

²⁸⁰ Ibid, p. 19-21.

Na primeira hipótese prevista em lei, no inciso II, estaria autorizada a postergação da oitiva da parte contrária para após o deferimento da tutela em caráter liminar, quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”²⁸¹.

A segunda está prevista no inciso III, e prevê tal relativização nos casos em que “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.”²⁸²

Na sua peça exordial, a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, apontou a inconstitucionalidade do referido dispositivo, afirmando que

Essa postergação da participação do réu na formação do convencimento do juiz, que, com o perdão da coloquialidade, *já sairá perdendo* antes mesmo de tomar parte na relação processual, por ser absolutamente desacompanhada de urgência para a concessão da medida, representa uma violência contra o núcleo essencial da garantia do contraditório participativo (CF, art.5º, LV), e não se compadece com as balizas que a Constituição da República impõe à formação de um processo justo.²⁸³

A Procuradoria, continua, ainda no mesmo sentido do presente trabalho, ressaltando que o “elevado valor civilizatório deste contraditório”²⁸⁴ somente aceitaria exceções, nos casos em que se encontre “risco da frustração da própria tutela jurisdicional”²⁸⁵ após uma “ponderação de valores norteada pelo postulado da proporcionalidade”²⁸⁶.

Em que pese, a ADI questione especificamente a autorização da concessão liminar na hipótese do inciso II, tal questionamento deve ser estendido também à hipótese do inciso III, como já bem feito pela doutrina²⁸⁷, uma vez que tal situação

²⁸¹ BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 de março de 2018.

²⁸² BRASIL, loc. cit.

²⁸³ BRASIL, 2016, p. 20.

²⁸⁴ BRASIL, 2015.

²⁸⁵ BRASIL, loc. cit.

²⁸⁶ BRASIL, loc. cit.

²⁸⁷ MARINONI, 2017, p. 338-340.

somente não foi juntamente ponderada, porque se trata de temática “absolutamente alheia à esfera de interesses dos Estados-membros em juízo.”²⁸⁸

Como bem elucubrado pela Procuradoria, não está-se questionando a inovação e os benefícios trazidos pela tutela de evidência²⁸⁹. Pelo contrário, se considera tal artifício uma excelente forma de redistribuição do ônus do tempo do processo.

A redistribuição do ônus do tempo do processo visa promover a igualdade entre as partes, mas não apenas inverter a posição de desigualdade entre elas²⁹⁰. Significa dizer, portanto, que os artifícios trazidos pelo CPC de 2015 devem ser utilizados para promoção da correção dessa desigualdade no processo, mas não como meios de perpetuá-la.

Na mesma vertente de raciocínio da PGE do Rio de Janeiro, seguem Lênio Streck²⁹¹ e Luiz Guilherme Marinoni²⁹².

Ambos defendem a concessão da tutela de evidência como um instrumento de melhora na prestação jurisdicional, mas são contrários a possibilidade de sua concessão de maneira liminar.

O primeiro autor, inclusive, pontua aspectos importantes que enfraquecem esta suposta necessidade de aplicação do contraditório diferido, sendo estes: equívoco em considerar que dos precedentes “emanasse clarividência explícita e inquestionável”²⁹³ e também possibilidade de impugnação dos documentos aparentemente robustos através de “contraprovas que eliminam por completo a sua força probante”²⁹⁴.

Ou seja, não é só a preocupação com a primazia desenfreada da celeridade, que faz levantar-se tais discussões sobre o tema, mas justamente o fato de que os fundamentos para a concessão liminar são muito frágeis, como bem já defendido por Lênio Streck²⁹⁵.

Dentro da lógica legal, precedentes vinculantes seriam aplicados de forma rígida, sem a apuração de elementos importantes – que poderiam ser trazidos pelo réu se lhe

²⁸⁸ BRASIL, 2016, p. 20.

²⁸⁹ BRASIL, loc. cit.

²⁹⁰ MARINONI, 2017, p. 276-277.

²⁹¹ STRECK; SOUSA, 2017, s. p.

²⁹² MARINONI, op. cit., p. 333-340.

²⁹³ STRECK; SOUSA, 2017, s. p.

²⁹⁴ Ibid., s. p.

²⁹⁵ Ibid., s. p.

fosse dada a oportunidade - para verificar sua efetiva compatibilidade com a ordem constitucional e com o caso concreto²⁹⁶.

No entanto, num contexto de processo constitucional, tal fiscalização - de sua aplicabilidade ao caso em questão e de sua adequação com a ordem constitucional - é necessária e depende de um mínimo de manifestação da parte contrária²⁹⁷ para poder analisar melhor os fatos e o contexto casuístico, uma vez que, questionamentos quanto à aplicabilidade do precedente ao caso, quanto à atualidade do mesmo e seu real significado são matérias que o réu deve ter direito de alegar²⁹⁸ e que têm o condão de retirar a evidência do direito invocado pelo autor.

Outro ponto de fragilidade, apontado por Streck, é a questão de autorizar-se o deferimento liminar em questão nas hipóteses em que haja prova documental do contrato de depósito.²⁹⁹ Uma vez que, todo documento pode ser impugnado por contraprovas que, uma vez aptas, podem retirar seu valor probatório³⁰⁰.

E tais irregularidades nos documentos trazidos pela parte autora, por óbvio, só serão verificadas pelo magistrado, mediante manifestação da parte contrária, a qual por si só já “desconstitui a evidência intrínseca à prova documental”³⁰¹.

Mas, para que o juiz tenha conhecimento de que tal precedente vinculante não se aplica ao caso concreto ou que tal documento é possivelmente falso, por exemplo, tanto os autores supra referidos como a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro se coadunam que é necessário que o exercício do contraditório se dê de maneira regular.

Sob a perspectiva trazida por estes autores e pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, deve-se enxergar, portanto, o contraditório não como um “instrumento de luta”³⁰², mas como um instrumento de colaboração processual, de auxílio no “aprimoramento da jurisdição”³⁰³ para sua maior efetividade.

²⁹⁶ BRASIL, 2016, p. 22.

²⁹⁷ Ibid., p. 23.

²⁹⁸ Ibid., p. 22-23.

²⁹⁹ STRECK; SOUSA, 2017, s. p.

³⁰⁰ STRECK; SOUZA, loc. cit.

³⁰¹ MARINONI, 2017, p. 336.

³⁰² LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O princípio do contraditório no processo de execução**. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Coords.). **Execução civil: aspectos polêmicos**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 323-330.

³⁰³ MANGONE, 2010, p. 378.

Efetividade esta que não se exaure na celeridade³⁰⁴. Considerando sobre este aspecto que “Processo efetivo é o que se desenvolve com respeito às garantias constitucionais e reconhece a quem tem direito o que lhe assegura a ordem jurídica.”³⁰⁵

Afinal, de nada adianta uma prestação jurisdicional rápida, mas que tutela o direito das partes de maneira injusta³⁰⁶, como bem pontua o ilustre professor Miguel Reale: “não há nada pior que a injustiça célere, que é a pior forma de denegação de justiça.”³⁰⁷

A ideia de que o autor deve esperar o final do processo para ver realizado seu direito está baseada na necessidade que ele tem de demonstrar ao juiz a veracidade das suas afirmações, posto que seu alegado direito encontre no direito de defesa do réu sua antítese, vale dizer, a tese sustentada pelo autor encontra resistência na defesa do réu, gerando, assim, no juiz, a dúvida.³⁰⁸

Tanto a Procuradoria quanto os autores apontados consideram que a celeridade em prol de uma razoável duração do processo - como já tratado anteriormente - não é sinônimo de uma correria a qualquer preço.

As tutelas provisórias, como já visto, ainda que reversíveis, podem gerar efeitos concretos, e quando tais efeitos puderem ser mais negativos do que os de uma pequena espera por um mínimo de manifestação da parte contrária, se demonstrará precipitada a decisão de deferimento de forma liminar.

Além disso, não podemos esquecer, num contexto de estado constitucional democrático, que

Uma comunidade (latu sensu) que busca-se dizer-se democrática de direito, não pode ceder às paixões momentâneas e precisa lembrar que a história do homem é uma anotação de lutas contra abusos (de poder), lutas que foram travadas com o sentimento de proteção à dignidade humana e à soberania popular. Em outros termos, a comunidade somente contará com a jurisdição

³⁰⁴ LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2005. p. 140.

³⁰⁵ MANGONE, 2010, p. 378.

³⁰⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no §6º, do art.273, do CPC. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 131-152, jul./dez. 2010. p. 138.

³⁰⁷ REALE, Miguel. Valores fundamentais da reforma do judiciário. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 24, n. 75, abr. 2004. p. 78 apud RIBEIRO, 2010, p. 138.

³⁰⁸ RIBEIRO, op. cit., p. 137.

constitucional plena, apta a defender democracia e direitos fundamentais, se trabalhar, comprometidamente, ao seu lado.³⁰⁹

Do outro lado, além da força dos argumentos trazidos por quem discorda da previsão do parágrafo único do artigo 311 do CPC, a tese apresentada pelos defensores da previsão do referido artigo - como a Advocacia Geral da União - é rasa e infundada e confunde as espécies de tutela provisória, não compreendendo o real sentido da autorização do deferimento liminar e seus efeitos na tutela de evidência.³¹⁰

Por estas razões, fortes os argumentos para se entender como possível o deferimento inaudita altera parte. Mas não sob qualquer argumento de “otimização de valores sociais”³¹¹.

Logo, é necessário que tal provimento judicial esteja fundado na proporcionalidade e em uma leitura harmoniosa das garantias constitucionais, de modo que haja fundamento relevante e forte o suficiente para a flexibilização da aplicação do contraditório, como pode ocorrer nos casos das tutelas de urgência, em que a proteção deficiente ao direito de acesso à justiça terá uma consequência mais gravosa do que a relativização do contraditório.³¹²

Desta forma, no dilema que envolve o parágrafo único do artigo 311 e as questões suscitadas na ADI 5492 e na doutrina – por vezes como Marinoni e Streck - não é a necessidade de aguardar o trâmite regular do processo a qualquer custo e preço que está se defendendo. O que se defende e pugna é apenas pelo respeito à ordem constitucional, como regra advinda de uma luta pela ordem democrática e que, portanto, sua relativização só ocorra nas hipóteses necessárias, em que haja risco ao processo.

³⁰⁹ LEAL; BOLESINA, 2012, p. 294.

³¹⁰ BRASIL, 2016, p. 18-22.

³¹¹ PINHEIRO, Guilherme César. A ponderação de valores como supressora do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 403-420, mar. 2011. p. 418.

³¹² STRECK; SOUSA, 2017, s. p.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, as garantias constitucionais - do contraditório, ampla defesa e da isonomia - têm um papel relevante para preservação dos valores sociais democráticos dentro do âmbito processual, inclusive nos aspectos concernentes às tutelas provisórias.

Neste cenário, de supremacia das garantias constitucionais e de excepcionalidade de sua relativização, as tutelas provisórias constituem-se técnicas processuais que permitem que a prestação jurisdicional torne-se mais adequada ao contexto da demanda, de modo a reduzir-se os ônus decorrentes da demora de um trâmite processual comum.

Assim, a tutela da evidência traduz-se como um destes grandes artifícios processuais para tornar a prestação jurisdicional mais justa, através do uso de uma técnica diferenciada para “atender” àqueles que demonstram possuir um direito fundado em alto grau de probabilidade que, por isso, permite a antecipação dos efeitos da tutela.

Conforme já aprofundado, tal técnica deve contribuir para a agilidade na prestação jurisdicional naqueles casos em que não há urgência envolvida, nem risco pela demora do processo, mas não de forma a priorizar a celeridade em detrimento da qualidade da prestação jurisdicional fornecida.

Como já exposto, deve-se ter cautela ao interpretar os dispositivos atinentes à referida tutela, sempre tendo em mente a supremacia das garantias constitucionais e a excepcionalidade de sua relativização, especialmente com relação a sua concessão em caráter liminar, prevista pelo legislador no artigo 311, parágrafo único, do CPC de 2015. Afinal, não podem ser colocadas na mesma situação de “necessidade”, as demandas pautadas na urgência e aquelas pautadas em direito evidente – que depende de um pouco mais de discussão para construção de tal evidência ou pelo menos para demonstrar a existência da mesma.

Desta forma, conclui-se que se demonstra totalmente inadequada, e acima de tudo cabalmente inconstitucional e temerária, a faculdade legal disponível no parágrafo único do artigo 311, do CPC de 2015, uma vez que os valores democráticos – e

garantidos constitucionalmente -, de participação efetiva e eficaz de todas as partes no processo, estão sendo escanteados por uma utópica primazia da celeridade como única forma de efetividade da prestação jurisdicional.

Afinal, como demonstrado, a tutela de evidência prescinde da demonstração de um risco, e, justamente por este motivo, não possui fundamento substancial para justificar a relativização da segurança jurídica trazida pelo devido processo legal e seus corolários do contraditório e da ampla defesa.

O equívoco do legislador reside justamente no fato de ampliar de forma indiscriminada o cabimento da concessão liminar, sem se atentar ao fato de que, as consequências que tal provimento poderá ensejar para as partes, no caso da tutela da evidência, podem ser muito mais prejudiciais do que o tempo demandado para o respeito à ordem regular da prática dos atos processuais, colocando em risco, inclusive, a dita efetividade buscada no presente contexto processual civil.

Desta forma, a normatividade constitucional encontra-se ameaçada pela previsão contida em referido dispositivo da lei adjetiva, uma vez que, além de não se pautar em um risco concreto que justifique, numa ponderação de valores, o diferimento do contraditório, tal evidência apresentada como seu fundamento somente será efetivamente concretizada, após a oitiva da parte contrária, quando o juiz tiver maior ciência do direito envolvido no caso.

Assim, ausente o requisito da urgência e sendo o respeito ao contraditório e ampla defesa preceitos supremos no ordenamento jurídico, a mera justificativa da busca pela celeridade na prestação jurisdicional não pode ser o único fundamento para uma concessão liminar, devendo haver a demonstração de necessidade de proteção de um valor jurídico de maior envergadura que se encontra em situação de risco.

Conclui-se, portanto, que em uma ordem constitucional fundada em valores democráticos, a qual prega regras para um processo justo, a relativização de tais garantias não pode ser corriqueira nem pautada em um juízo precipitado, e qualquer previsão que contrariar tais fundamentos, não pode ser aplicada no mundo jurídico, por conflitar de forma direta com a norma soberana emanada da Constituição Federal.

Neste sentido, buscou-se apresentar a tutela da evidência como um artifício genial trazido pelo diploma processual civil, mas que exige cautela em sua aplicação

diante dos argumentos fortíssimos que vedam a sua concessão liminar inaudita altera parte, bem como chamar a atenção para a necessidade de análise do contexto das tutelas provisórias sob a ótica constitucional, de modo a evitar que abusos, arbitrariedades e, conseqüentemente, injustiças ocorram na prestação jurisdicional, incentivando uma maior tecnicidade na análise dos casos concretos e da compatibilidade e aplicabilidade de cada uma destas espécies de tutela provisória com os mesmos.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. Tutela provisória: considerações gerais. In: CARMONA, Carlos Alberto et al. **O novo código de Processo Civil: Questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.
- BENITES, Nórton Luís. Questões iniciais sobre a tutela provisória do CPC/2015. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 78, [s. p.], jun. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/111690>>. Acesso em: 31 out. 2017.
- BIELSCHWSKY, Raoni Macedo. **Democracia constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Os princípios do processo no novo código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5492**. Controle de constitucionalidade. Petição inicial. Relator Ministro Dias Toffoli. 05 de abril de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4959031>>. Acesso em: 02 mar. 2018.
- BROCHADO, Mariá. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 39, n. 155, p. 125-141, jul./set. 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 126, p. 59-81, ago. 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1 v.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo código de processo civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 64, ano 16, p. 219-259, out./dez. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5dcb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 31, n. 123, p. 35-46, jul./set. 1994.

DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Princípios do processo civil**: noções fundamentais (com remissão ao novo CPC): jurisprudência do STF e do STJ. São Paulo: Método, 2012.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A limitação das liminares: violação à lei maior. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. [s. l.], n. 19, p. 279-292, ago./nov. 1997. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/20688>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A tutela jurisdicional na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29, n. 116, p. 103-106, out./dez. 1992.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica)

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 296-330, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>>. Acesso em: 24 out. 2017.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. A jurisdição constitucional como defensora da democracia e dos direitos fundamentais no Estado Constitucional e Democrático de Direito. **Revista Pensar do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza**, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 273-296, jan./jun. 2012.

LIMA, Jairo Néia; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Os efeitos radiantes da constituição sobre o direito privado: seu processo de constitucionalização. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, v. 11, n. 2, p. 451-469, jul./dez. 2011.

LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo. RT, 2005.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O princípio do contraditório no processo de execução. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Coords.). **Execução civil: aspectos polêmicos**. São Paulo: Dialética, 2005.

MANGONE, Katia Aparecida. A garantia constitucional do contraditório e sua aplicação no direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 182, p. 362-383. abr. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: Soluções processuais diante do tempo da justiça**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; _____. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2 v.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed.. São Paulo: Atlas, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; _____. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

PASETTI, Babyton. **A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Tutela dos direitos no novo código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190, p. 49-59, abr./jun. 2011.

PINHEIRO, Guilherme César. A ponderação de valores como supressora do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 403-420, mar. 2011.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

QUEIROZ, Cláudia Carvalho; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. O julgamento liminar das ações repetitivas e a mitigação das garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal. **Revista Direito e Liberdade da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte**. Natal, v. 5, n. 1, p. 305-324, mar. 2007. p.306-307. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/60048>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

REZENDE, Fernando Augusto Chacha de. Novo CPC fixa princípios da não surpresa e do contraditório substancial. **CONJUR**, [s. l.], out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-12/principios-nao-surpresa-contraditorio-substancial-cpc>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no §6º, do art.273, do CPC. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 131-152, jul./dez. 2010.

SAMPAIO JUNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência**: Sistematização das liminares. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. 1 v.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI questiona dispositivos do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313873>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

STRECK, Lênio; SOUSA, Diego Crevelin de. Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade. **CONJUR**, [s. l.], 15 mai. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorio-evidente-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. Restrições à concessão de liminares. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 32, n. 125, p. 125-133, jan./mar. 1995. p. 127. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176153/000481019.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 25 out. 2017.