



COMENTÁRIOS ACERCA DO INSTITUTO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA EM CONSONÂNCIA COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

COMMENTS ON THE INSTITUTE OF THE PROTECTION OF EVIDENCE IN CONSIDERATION OF THE NEW CIVIL PROCESS CODE

Matheus Natan Mendes¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo precípuo a demonstração de todas as nuances que circundam a tutela provisória da evidência que encontra previsão e regulamentação no artigo 311 do código de processo civil, o qual prevê como requisito de concessão a ocorrência de uma das 4 (quatro) situações elencadas nos incisos do referido artigo, não tendo esta espécie de tutela a necessidade da demonstração do “risco ao resultado útil do processo” ou do “perigo da demora”.

Palavras chave: tutela; processo; evidencia; provisória.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate all the nuances surrounding the provisional protection of the evidence that is provided for and regulated in Article 311 of the Civil Procedure Code, which provides as a concession requirement the occurrence of one of the four (4) Situations mentioned in the clauses of the said article, this kind of guardianship not having to demonstrate the "risk to the useful result of the process" or the "danger of delay".

Key words: Guardianship; process; evidence; provision.

INTRODUÇÃO

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Toledo, advogado.

Em geral, todos nós pressupomos que as demandas levadas ao conhecimento do poder judiciário costumam demorar um copioso decurso temporal para que se obtenha uma decisão final transitada em julgado. Percebe-se, posto isso, que levando-se em conta a utilização de todos os recursos previstos no ordenamento jurídico, as demandas supramencionadas podem percorrer longos anos no poder judiciário. Ressalte-se que o lapso temporal supra destacado deve ser razoável e não exagerado como se verifica nos dias atuais, onde a grande maioria dos processos se arrastam anos e anos nos tribunais, até o instante em que as decisões finais alcançam o transito em julgado e conseqüentemente o seu efetivo cumprimento.

Outro fator de extrema importância na atividade jurisdicional é a efetividade da mesma que na visão processualista moderna se verifica através de uma relação harmônica entre a segurança e a celeridade, ou seja, o juiz e as partes deverão evitar atos protelatórios e cooperar entre si, adotando para tanto medidas e técnicas adequadas para que a prestação jurisdicional ocorra de forma célere e eficaz, visando, consagrar o que está prelecionado pelo artigo 6º do Código de Processo Civil. Atento a essas ocorrências o legislador com o intuito de promover uma paridade na distribuição do ônus do tempo no processo civil trouxe no livro V, dos artigos 294 ao 311 o denominado instituto da tutela provisória.

Destarte, tendo em vista as disposições contidas no artigo 311 e demais incisos, no presente artigo abordaremos de forma individual e verticalizada o instituto denominado tutela da evidência.

1. CONCEITO E DISPOSIÇÕES GERAIS

A tutela da evidência encontra-se prevista e regulamentada no artigo 311 do Código de Processo Civil, o qual prevê como requisito de concessão a ocorrência de uma das quatro situações elencadas nos incisos do referido artigo. Tais situações serão adiante abordadas de forma individual e específica.

Por sua vez, diferentemente do que ocorre na tutela de urgência, a tutela da evidência não possui como requisito ensejador a demonstração do “risco ao resultado útil do processo” ou do “perigo da demora” (*periculum in mora*), em razão de a referida tutela não ter como fundamento a presença dos requisitos da urgência concomitante com a propositura da ação ou que surgiu no decorrer desta.

Há de se concluir, portanto, que a tutela da evidência tem como fundamento a demonstração do direito material alegado pela parte, requisito este que estará alcançado quando houver a verificação de elementos que conduzam a cognição sumária realizada pelo magistrado a identificar quesitos que gerem um juízo de liquidez e certeza face a uma das partes, ainda que em caráter provisório, posto que tal conclusão apenas alcançara o juízo de certeza com o deslinde processual completo.

Cumprе salientar que a técnica de conceder provisoriamente o bem da vida pretendido ao final do processo a parte que tem sua situação balizada em uma das situações trazidas pelos quatro incisos do artigo 311, não é uma novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, em razão de tal técnica já ser utilizada há muito tempo nas ações possessórias, na ação monitoria, no mandado de segurança, na ação popular, na ação de busca e apreensão, dentre outras.

Posto isso, em razão de existirem outras medidas judiciais que possuem as mesmas características da tutela da evidência, há de se concluir que o rol trazido pelo artigo 311 é meramente exemplificativo, neste sentido o professor Daniel Amorim Assumpção Neves em sua obra Manual de Direito Processual Civil, dispõe o seguinte (2016, p.927):

Conforme já criticado, o rol do art. 311 do Novo CPC não consegue contemplar todas as hipóteses de cabimento da tutela da evidência, sendo criada pelo legislador a tutela da evidência típica, prevista no art. 311 do Novo CPC, e a tutela da evidência atípica, prevista expressamente pelo ordenamento legal. A observação não é meramente atípica, prevista esparsamente pelo ordenamento legal. A observação não é meramente acadêmica, porque sendo a tutela da evidência atípica, os requisitos são específicos, e como será visto menos robustos do que aqueles previstos no art. 311 do Novo CPC.

Por derradeiro, nos ensina o ilustre professor Humberto Theodoro Júnior em sua obra Curso de Direito Processual Civil, que a tutela da evidência não se confunde com o julgamento antecipado da lide, senão vejamos (2015 p.887):

A tutela da evidência não se confunde, na estrutura do novo Código, com um julgamento antecipado da lide. A medida é deferida sumariamente, em alguns casos de maior urgência, até sem audiência da parte contrária, mas não impede o prosseguimento do feito, para completar-se o contraditório e a instrução probatória. A *provisoriedade* da tutela da evidência é, aliás, o traço comum que o novo Código adotou para qualificar as tutelas de urgência e da evidência como espécies do mesmo gênero, ao qual se atribuiu o *nomem iuris* de *tutelas provisórias*.

Desta feita, em razão de o julgamento antecipado da lide pôr fim ao processo, a concessão de uma tutela da evidência não deve, em hipótese alguma, ser confundida com tal técnica processual, posto que após a concessão da referida tutela o processo de conhecimento terá natural continuidade, com resumidamente audiência de conciliação e mediação, caso esta reste infrutífera, apresentação de contestação pelo réu, eventual réplica, audiência de instrução e julgamento, e conseqüentemente a prolação de sentença de mérito a qual colocará fim a lide em primeira instância.

2. MOMENTOS PARA SUA CONCESSÃO

O parágrafo único do artigo 294 do Código de Processo Civil não insere a tutela da evidência no rol de tutelas provisórias passíveis de concessão de pela via antecedente. Desta forma, há de se concluir que a tutela da evidência poderá vir a ser requerida e conseqüentemente concedida apenas e tão somente de maneira incidental.

Diante disso, há de se presumir a existência de um processo principal já levado a conhecimento do poder judiciário, onde se verificaram provas e fundamentos os quais evidenciaram a ocorrência de uma das situações elencadas pelo artigo 311.

Humberto Theodoro Júnior, em seu manual de Direito Processual Civil, expõe as razões que justificam a concessão da tutela da evidencia apenas de forma incidental, vejamos o que dispõe o renomado doutrinador (2015, p. 888):

A tutela da evidência pressupõe, por sua própria natureza, demanda principal já ajuizada, pois é por meio da dedução da pretensão em juízo, com todos os seus fundamentos e suas provas disponíveis que se pode avaliar a evidencia do direito da parte sobre o qual a medida provisória irá recair. Aforada a ação, a parte terá oportunidade de postular essa medida, desde logo, cumulando-a com o pedido principal na petição inicial; poderá também, pleiteá-la posteriormente, a qualquer momento durante o curso do processo. Não há lugar, contudo, para a decretação de ofício de medidas da evidência.

Percebe-se, ante o exposto que a concessão da tutela da evidência se dará sempre de forma incidental, o que significa que o requerimento de tal medida deverá ser realizado juntamente com a petição inicial na qual estarão presentes os fatos, fundamentos jurídicos e os respectivos pedidos.

Cumpra salientar que caso as situações que evidenciam o direito pleiteado (artigo 311, incisos I, II, III e IV) surjam no decorrer do processo, a parte interessada deverá requerer a concessão da tutela da evidência através de uma petição intermediária endereçada ao juiz da causa (artigo 299 do Código de Processo Civil), de que deverá constar a demonstração e comprovação da ocorrência da hipótese de um dos incisos contidos no artigo 311.

Por derradeiro, o parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil dispõe que “nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”. Os referidos incisos tratam das seguintes situações:

(1) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em sumula vinculante (art. 311, II);

(2) 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 (art. 311, III);

Portanto, nos casos supratranscritos o juiz poderá conceder, desde que preenchidos os requisitos de deferimento, a tutela da evidência pleiteada liminarmente, o que significa que tal concessão se dará sem a prévia oitiva da parte contrária, não ocorrendo de forma alguma ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa tendo em vista que se trata de hipótese do denominado contraditório diferido (artigo 9º, parágrafo único, II) , sendo a decisão concessiva de tal tutela passível de agravo de instrumento (artigo 1015, I).

Conclui-se, desta forma, que a tutela da evidência será concedida apenas de maneira incidental, podendo ser requerida de forma cumulada com a petição inicial, ou mediante petição intermediária no curso do processo, podendo também de acordo com o parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil nos casos dos incisos II e III do citado artigo ocorrer o deferimento liminar da tutela da evidência.

3. HIPÓTESES DE DEFERIMENTO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

O artigo 311 do Código de Processo Civil traz quatro incisos que permitem a concessão da tutela da evidência, vejamos o que dispõe o artigo:

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

- I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
 - II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em sumula vinculante;
 - III - Se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
 - IV – a petição inicial for instruída com prova documental, suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável;
- Parágrafo Único (...).

Conforme já destacado, a tutela da evidência não se pauta e não tem como requisito concessivo a demonstração do risco ao resultado útil do processo ou do perigo de dano, baseando-se apenas na demonstração de uma das situações acima elencadas, demonstração esta que será analisada através de uma cognição sumária pelo magistrado o qual diante do cumprimento do citado requisito deverá conceder a tutela.

Para melhor entendimento e devida compreensão a partir de agora abordar-se-á de forma individual e verticalizada cada um dos quatro incisos trazidos pelo artigo 311 do Código de Processo Civil.

3.1. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte (art. 311, I)

O inciso I do artigo 311 do Código de Processo Civil prevê como hipótese de concessão da tutela da evidência a ocorrência do abuso do direito de defesa ou a prática de atos que demonstrem manifestadamente intenções protelatórias da parte.

Referida hipótese de concessão é classificada doutrinariamente como sancionatória ou punitiva, posto que prevê a aplicação de uma espécie de “punição” para a parte que se comportar de forma incorreta, o que se traduz com a prática de atos que visam apenas e tão somente prejudicar a parte contrária, postergando ou impedindo o natural decorrer do processo, *e.g.* repetição de alegações anteriormente indeferidas, realizar repetitivas e desnecessárias cargas.

Importante destacar que através de uma interpretação literal do artigo 311, I, conclui-se que o legislador condiciona a concessão da tutela da evidência apenas a ocorrência do abuso do direito de defesa ou da verificação de atos protelatórios da parte, percebe-se

portanto que o inciso não fala em demonstração da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*).

Ressalte-se, todavia, que seria desarrazoado imaginar a possibilidade de o magistrado conceder uma tutela da evidência sem que haja a demonstração cumulada da ocorrência das situações elencadas no inciso I do artigo 311 e da demonstração de elementos que revelem a probabilidade do direito.

Por fim, importante mencionar que o abuso do direito de defesa se traduz pela ocorrência de atos praticados no interior do processo, como por exemplo na interposição de um recurso que já fora indeferido em momento anterior, dentre outros.

Em se tratando dos atos praticados com manifesta intenção protelatória, estes na contramão do que ocorre no abuso do direito de defesa, são externos ao deslinde processual, os quais geram consequências indesejadas para a parte contrária.

3.2. Fato provável e tese jurídica pacificada nos tribunais superiores (art. 311, II)

O inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil prevê como hipótese de concessão da tutela da evidência a demonstração pela parte de fato provável em conjunto com uma tese jurídica pacificada nos tribunais superiores, sendo para tanto os citados requisitos cumulativos, o que significa que a ausência de um deles obsta o deferimento da tutela. Referido dispositivo é uma das novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, vez que não estava regulamentado no CPC de 1973.

Saliente-se que a prova documental prevista como requisito para concessão pelo dispositivo legal ora estudado deve ser fidedigna, isto é, deve contemplar de forma leal as presunções levadas ao conhecimento do judiciário por uma das partes. Portanto, as provas de que uma das partes se balizar devem ser verdadeiras e corresponder com o alegado.

Em relação as peculiaridades das provas, Humberto Theodoro Júnior, em sua obra Curso de Direito Processual Civil, estabelece de forma clara e precisa que não se pode exigir incontestabilidade das provas que fundamentam a concessão da tutela da evidência. Vejamos agora o que dispõe o ilustre professor (2015, p.894):

Não se pode exigir que essa prova seja irrefutável, visto que, a tutela da evidência é, em regra, definida antes da instrução probatória da causa tenha se concluído, de modo que não se pode descartar a eventualidade de posterior prova em contrário

por parte do requerido, capaz de desfazer a força de convencimento daquela anteriormente produzida pelo requerente.

Tal entendimento se justifica pelo fato de a tutela da evidência, por se tratar de uma espécie de tutela provisória, ter o seu deferimento atrelado ao exercício de uma cognição sumária por parte do magistrado, onde a decisão que defere tal medida se justifica por fundamentos de probabilidade, e, não de certeza, os quais podem com o decorrer do processo virem a ser desconstituídos e a medida consequentemente revogada ou modificada.

Posto isso, apenas a prova do fato provável não é suficiente para a concessão da tutela da evidência, sendo imprescindível também que a parte cumpra o segundo requisito, demonstrando para tanto que o fundamento jurídico alegado esteja em consonância com uma tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Acerca do tema, o enunciado nº 30 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) promoveu interpretação extensiva, estendendo a abrangência do inciso II do artigo 311 do CPC, para súmulas sem caráter vinculante, vejamos o que dispõe o citado enunciado:

É possível a concessão da tutela de evidência prevista no artigo 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante (disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 18/12/2016).

Tal medida poderá ser concedida liminarmente pelo magistrado, sem a prévia oitiva da parte contrária, por expressa determinação legal contida no parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil.

3.3. Existência de prova documental em ação reipersecutória (art. 311, III)

O inciso III do artigo 311 do Código de Processo Civil prevê como hipótese de concessão da tutela da evidência quando tratar-se 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.

Pedido reipersecutório, de forma bastante resumida, é aquele em que se requer a entrega ou restituição do objeto que se encontra temporariamente em poder de outrem.

Portanto, para que uma das partes requeira a concessão de uma tutela da evidência fundada no inciso III do artigo 311, deverá comprovar documentalmente a retirada de determinado bem de sua propriedade de forma injusta o qual justificou o pedido reipersecutório, sendo no referido caso o contrato de depósito a prova mais adequada.

Tal medida poderá ser concedida liminarmente pelo magistrado, sem a prévia oitiva da parte contrária, por expressa determinação legal contida no parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil.

3.4. Prova documental do autor sem prova do réu capaz de gerar dúvida razoável ao juiz (art. 311, IV)

Por fim, o inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil dispõe sobre a última hipótese de concessão da tutela da evidência, destacando que tal medida será deferida caso a petição inicial seja instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, ao juiz.

Ressalte-se que no caso de as provas acostadas pelo autor proporcionarem condições de o magistrado realizar uma cognição exauriente, obtendo desta maneira um juízo de certeza acerca do caso concreto este deverá optar pelo julgamento antecipado da lide, e não pela concessão da tutela da evidência, pelo fato de a tutela da evidência ser fundada em uma cognição sumária, superficial.

Em se tratando do procedimento de concessão da tutela da evidência fundada no inciso IV do artigo 311, já tratamos do mesmo no tópico 2, devendo ressaltar-se apenas que tal medida não poderá ser concedida liminarmente pelo magistrado por expressa determinação legal.

Em relação especificamente ao inciso IV do artigo 311 a referida tutela apenas poderá ser concedida face ao autor da ação quando este produzir as devidas provas documentais que compreendam e justifiquem o seu pedido principal e o réu produzir provas infundadas, incapazes de despertar no magistrado dúvidas acerca do caso, fazendo com que o mesmo através de uma cognição sumária conceda a tutela da evidência ao autor, com fundamento em suas provas que se tornaram inequívocas face as produzidas pelo réu.

CONCLUSÕES

Diante de tudo o que fora exposto no presente artigo alcançamos diversas conclusões acerca do tema em estudo as quais serão apresentadas a seguir, de forma individual para que assim haja uma melhor compreensão, senão vejamos:

1. A tutela da evidência encontra-se prevista e regulamentada no artigo 311 do Código de Processo Civil.
2. O artigo 311 contém 4 (quatro) incisos que ensejam a concessão da tutela da evidência.
3. Diferentemente do que ocorre na tutela de urgência a tutela da evidência não possui como requisito ensejador a demonstração do “risco ao resultado útil do processo” ou do “perigo da demora” (*periculum in mora*).
4. Portanto, a tutela da evidência tem como fundamento a comprovação do direito material alegado pela parte e a subsunção do caso concreto a uma das 4 (quatro) hipóteses trazidas pelo código.
5. Em razão de existirem outras medidas judiciais que possuem as mesmas características da tutela da evidência, há de se concluir que o rol trazido pelo artigo 311 é meramente exemplificativo.
6. A tutela da evidência não deve em hipótese alguma ser confundida com o julgamento antecipado da lide.
7. A tutela da evidência poderá vir a ser requerida e conseqüentemente concedida apenas e tão somente de maneira incidental, sendo vedada a sua concessão antecedente.
8. O inciso I do artigo 311 do Código de Processo Civil prevê como hipótese de concessão da tutela da evidência a ocorrência do abuso do direito de defesa ou a prática de atos que demonstrem manifestadamente intenções protelatórias da parte.
9. O inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil prevê como hipótese de concessão da tutela da evidência a demonstração pela parte de fato provável em conjunto com uma tese jurídica pacificada nos tribunais superiores.

10. O inciso III do artigo 311 do Código de Processo Civil prevê como hipótese de concessão da tutela da evidência quando tratar-se de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito.
11. O inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil dispõe sobre a última hipótese de concessão da tutela da evidência, destacando que tal medida será deferida caso a petição inicial seja instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, ao juiz.
12. De acordo com o parágrafo único do artigo 311, nos casos dos incisos II e III poderá a tutela da evidência ser deferida liminarmente.

REFERÊNCIAS

_____. *Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), Enunciado nº 60.* Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 18/12/2016.

_____. Lei 5.869/1973, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado, 1973.

_____. Lei 13.105/2015, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único. 8 ed.* Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56ª. ed. rev., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.