

INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO COMO MÉTODO INTERPRETATIVO E CONCLUSIVO DE EXEMPLIFICATIVIDADE DO ROL DE TUTELAS DE EVIDÊNCIA DO NOVO CPC

Rogério Dias Correia¹

Ozório Vicente Netto²

RESUMO

Pretende-se, por meio deste artigo e com a utilização de metodologia de pesquisas bibliográficas, traçar uma perfunctória evolução histórica capaz de contribuir para a conceituação e aplicação do devido processo legal, em especial, no que se refere à instrumentalidade das formas processuais, em cotejo com os códigos de processo civil – de 1973 e de 2015 – e seu conteúdo referente às tutelas de urgência e de evidência, de modo a demonstrar a diferença entre ambas e a necessidade de se interpretar as disposições do novo código atinentes à tutela de evidência em conformidade ao princípio da instrumentalidade aliado ao princípio da celeridade.

Palavras-chave: Devido processo legal. Instrumentalidade das formas. CPC 1973 e 2015. Tutelas de Urgência e de Evidência. Hermenêutica.

ABSTRACT

It is intended through this article and the use of library research methodology, draw a perfunctory historical evolution able to contribute to the conceptualization and application of due process of law, in particular as regards the instrumentality of procedural forms in comparison with the civil procedure code - 1973 and 2015 - and its content related to urgency and evidence guardianship in order to demonstrate the difference between them and the need to interpret the provisions of the new code

¹ Mestre em Direito Constitucional e Doutorando em Ciências Jurídico-econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Pós-graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado e Professor universitário. Professor da Faculdade Estácio de Sá de Vitória (FESV).

² Graduado e mestrando pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Professor de Direito do Trabalho na Faculdade Castelo Branco e Advogado.

relating to protection of evidence in accordance with the principle of instrumentality combined with the principle of celerity.

Keywords: Due process of law. Instrumentality of procedural. CPC 1973 and 2015. Urgency and Evidence Guardianship. Hermeneutics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. DEVIDO PROCESSO LEGAL; 1.1 BREVE HISTÓRICO; 1.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL, PROCESSO E FORMALISMO-VALORATIVO; 2. TUTELAS DE URGENCIA; 2.1 ANÁLISE E PROVIMENTO LIMINAR; 2.2 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA; 2.3 TUTELA DE EVIDÊNCIA; 3 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em termos gerais, observa-se que, ao longo da linha evolutiva do processo civil, o processo passou a ser identificado cada vez mais como instrumento e menos como um fim em si mesmo. Atualmente, a instrumentalidade do processo que permeia o ordenamento jurídico coloca o processo à disposição da parte para a obtenção do direito material, de modo a, sempre, tentar resolver a crise de direito material que a ele deu origem (BEDAQUE, 2006).

Outrossim, necessário frisar que, por vezes, as peculiaridades do direito material e a necessidade de provimento antecipado de certas pretensões reclamadas em juízo justificam a existência de procedimentos especiais capazes de resguardar o direito e de, até mesmo, antecipar o seu gozo, antes mesmo do fim do processo.

É o caso, por exemplo, dos provimentos antecipatórios ou de cognição sumária, em que a tutela pode ser de urgência ou de evidência, nos termos dos Arts. 273, 461, 461-A, 798 e seguintes, todos do CPC de 1973 (PLANALTO, 2015), assim como nos termos do título II do Livro V do novo CPC (PLANALTO, 2015).

Não obstante, em consideração à dificultosa diferenciação entre as espécies de tutelas de urgência – cautelar e antecipada – (DINAMARCO, 2007), uma vez que se trata de uma linha divisória muito tênue; e embora o diploma processual civil de

1973 tenha trazido em seu bojo alguns casos de tutela de evidência, certo é que pouco se discutiu na doutrina a respeito deste último instituto, que só veio a ser tratado com mais firmeza após o início do procedimento de criação do novo código adjetivo civil.

Com efeito, as disciplinas da tutela antecipada e da tutela cautelar, antes separadas, foram profundamente alterada no novo Código de Processo Civil, que as fundiu, com o implemento de algumas alterações, e as renomeou para “tutela de urgência e tutela de evidência” (PLANALTO, 2015).

Ocorre que, consoante consta do novo código de processo civil, as tutelas de evidência, à primeira vista, foram cristalizadas e relacionadas, taxativamente, no rol do Art. 311 (PLANALTO, 2015), aparência essa que, no entanto, deve ser combatida pelos intérpretes do direito, a fim de se privilegiar a instrumentalidade processual, de modo que esse tipo de tutela possa ser aplicado ao maior número de casos, com o fito de resolverem-se, sempre que possível, as crises de direito material que comportem sua utilização como solução, em apreço à instrumentalidade das formas, e aos deveres de efetividade, segurança e pacificação e social (MARINONI, 2010).

1. DEVIDO PROCESSO LEGAL

1.1 BREVE HISTÓRICO

Sabe-se que a evolução da conceituação e aplicação do que se entende por devido processo legal ocorreu lentamente ao longo dos anos. Para Carlos Roberto Álvaro de Oliveira (OLIVEIRA, 2008), em citação a Max Weber, houve, do direito Romano ao Feudalismo, a evolução de um formalismo de caráter simbólico e religioso em que o caráter formal do procedimento coexistia com a natureza absolutamente irracional dos meios de decisão.

Mais adiante, na Inglaterra do século XVII, o devido processo legal passa a se traduzir em uma garantia processual a um processo adequado (*ordely proceedings*), cuja tendência era a de proteger os direitos fundamentais tão somente dos barões ingleses (LASPRO, 2005).

Nesse passo, tem-se que a expressão “devido processo legal” passa a ganhar definição, conteúdo material e status de direito fundamental apenas após sua adesão ao direito norte-americano, registrando três fases de evolução (PASSOS, 1981).

A primeira fase evolutiva se iniciou com a inserção do devido processo legal na Constituição dos Estados Unidos da América (CASTRO, 2006), que levou o instituto a ser compreendido como garantia aos direitos fundamentais de todos os homens (DÓRIA, 1953).

Em complemento, a segunda fase foi marcada pela conceituação de devido processo legal, a partir dos casos *Murray* e *Hurtado*, no sentido de que qualquer lei é fiel a esse princípio desde que não viole qualquer direito fundamental previsto na Constituição (PASSOS, 1981).

Ainda com mais profundidade, a terceira fase traz consigo uma conceituação de devido processo legal como garantia internacional, como um modelo de obediência aos princípios da justiça, de modo a se tratar de uma norma que varia de acordo com a evolução da sociedade e que será aplicada a todos, indistintamente (PASSOS, 1981).

Nesse contexto histórico, observa-se que, mais precisamente, quanto ao processo enquanto matéria autônoma do direito, houve uma clara evolução, também, a respeito de sua própria natureza em relação ao direito material. Passou-se, assim, pela fase sincrética, em que o direito processual era considerado mero apêndice do direito material; pela fase autonomista, em que houve uma quase que completa ruptura com o direito material, de modo que a técnica e o rigorismo formal prevaleceram sobre qualquer norma finalística e/ou de direito material; e pela fase da conscientização, em que se passaram a privilegiar os escopos do processo e sua instrumentalidade nas tentativas de solução das crises de direito material, ou seja, é a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados (BEDAQUE, 2009).

1.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL, PROCESSO E FORMALISMO-VALORATIVO

Antevista a história que amoldou o devido processo legal concebido nos dias de hoje, pode-se afirmar que essa garantia não significa o direito de ação ou o direito à sentença, mas, sim, o direito de acesso à justiça e ao recebimento da tutela jurisdicional por meio de procedimento previsto em lei (LASPRO, 2005).

Por outro lado, deve-se destacar que o procedimento legal é revestido de formalidades necessárias à efetividade e à segurança do processo (OLIVEIRA, 2006), uma vez que afastam, por exemplo, o risco de coexistência de regras do processo com meios de decisão irracionais, como era na idade média.

Não obstante, nota-se que os verbos ordenar, organizar e disciplinar são desprovidos de sentido se não forem direcionados a alguma finalidade e, no caso do processo, essa finalidade nada mais é do que pôr fim à crise de direito material instaurada no plano social (OLIVEIRA, 2006).

Logo, não basta que se sigam, à risca, as formalidades positivadas em lei, uma vez que se mostra necessária, ainda, a observância à instrumentalidade do processo, ou seja, a formalidade exigida para o ato não pode se sobrepor, como regra, à sua própria finalidade. Para tanto, o ordenamento jurídico possui normas processuais que visam a garantir a efetividade e a segurança, fornecendo métodos interpretativos a serem observados por outras normas processuais, de modo a alcançar, sempre que possível, à finalidade dos atos. Nas palavras de Álvaro de Oliveira, do ponto de vista deontológico, trata-se de verdadeiros sobreprincípios que devem ser utilizados como regras de hermenêutica, a fim de se efetivar o que vem se denominando de formalismo-valorativo (OLIVEIRA, 2006).

Além disso, o Estado, ao atrair para si o poder de dizer o Direito, atraiu também o dever de restabelecer a ordem jurídica material, de eliminar os litígios e de manter a paz social, logo não pode o mesmo Estado olvidar esses valores-deveres no exame da técnica, na medida em que esta é o simples meio para se chegar àqueles, os verdadeiros fins do processo (BEDAQUE, 2006).

2. TUTELAS DE URGÊNCIA

Em síntese, as tutelas de urgência são o “conjunto de técnicas processuais voltadas à resolução das situações intersubjetivas que demandam rápida solução sob pena

de se tornar inútil ou impossível a proteção pleiteada jurisdicionalmente” (FRIEDE, 2009).

Destaca-se que o termo tutela de urgência é o gênero de duas espécies de instrumentos processuais criados pelo legislador, a fim de prover a tutela jurisdicional nas situações em que o tempo da mora processual possa ocasionar perigo de tornar inútil a atividade jurisdicional e até mesmo a perda do objeto do direito alegado em juízo (FRIEDE, 2009).

Cumprе esclarecer que, em certos casos, a espera pelos efeitos de uma decisão judicial proferida após todo o trâmite procedimental previsto no ordenamento jurídico pátrio – notoriamente moroso –, pode minar a utilidade do processo e, ainda, fazer desaparecer o próprio direito material alegado. Assim, consagram-se como espécies das tutelas de urgência, ao menos para a maioria absoluta da doutrina e da jurisprudência, a *tutela cautelar* e a *tutela antecipada* (FRIEDE, 2009).

E o ponto marcante na distinção dessas espécies encontra-se justamente em seus respectivos objetos. Nesse sentido, observa-se que na tutela cautelar não se defere ao jurisdicionado a fruição do bem da vida que veio ao processo buscar, ao passo que na antecipação de tutela se verifica prontamente essa situação (MARINONI, 2011).

2.1 ANÁLISE E PROVIMENTO LIMINAR

Há casos em que no primeiro momento em que o julgador se depara com o pedido de tutela de urgência é quando vem a conhecer do processo, devendo manifestar-se sobre o pedido antes mesmo da citação da parte adversa. Esse conhecimento e manifestação inicial é o que tecnicamente se entende por análise liminar. No entanto, considerando a tendência de se nomear como liminar toda e qualquer decisão interlocutória que defere um pedido de urgência, ainda que o faça após o contraditório – o que é tecnicamente incorreto –, consagrou-se no direito brasileiro o uso da expressão “liminar *inaudita altera parte*” (FRIEDE, 2009).

E quanto à possibilidade da concessão das tutelas de urgência sem que seja oferecido à outra parte o direito do contraditório, necessário destacar que essa é

uma exceção permitida por outros princípios também constitucionalmente garantidos, o da inafastabilidade da jurisdição e o do acesso à justiça, este último que tem como corolário o princípio do formalismo-valorativo (BEDAQUE, 2006).

Ocorre que, no momento em que o jurisdicionado leva ao conhecimento do magistrado a situação de lesão ou ameaça de lesão ao seu direito, necessitando de tutela de urgência antes mesmo do contraditório, em razão de risco de irreversibilidade da lesão, deve o magistrado ponderar qual garantia constitucional deverá prevalecer, conforme cada caso. Atualmente, não há dúvidas de que a melhor saída, nesses casos, é a ponderação de valores e princípios à luz da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a assegurar que todas essas garantias sejam efetivadas no processo:

No exame da razoabilidade-equivalência analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação com a finalidade de verificar se há equivalência entre a sua dimensão e aquilo que ela visa a punir ou a financiar. No exame de proporcionalidade investiga-se a norma que institui a intervenção ou exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição será promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos. No exame da proibição do excesso analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação para comprovar se algum princípio fundamental não está sendo atingido o seu núcleo (ÁVILA, 2006).

Para tanto, adota-se pela maioria absoluta dos julgadores o instituto da postergação. É dizer, o julgador retarda a incidência do contraditório como forma de conciliar as garantias constitucionais. Veja-se que não há uma supressão, apenas uma inversão lógica do procedimento, uma vez que o contraditório será aberto ao réu quando de sua citação (NERY JÚNIOR, 2003).

Nessa mesma esteira, o próprio legislador infraconstitucional reconhece a possibilidade do deferimento liminar (*inaudita altera parte*) das tutelas de urgência ao dar vida, por exemplo, aos artigos 797 e 804 do CPC (PLANALTO, 2015), senão vejamos:

Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

(...)

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Logo, o provimento liminar é aquele realizado em cognição sumária, no primeiro momento em que o julgador se depara com o pedido, ou seja, quando a outra parte ainda não foi ouvida sobre a questão aventada.

2.2 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Conforme conceituado na doutrina especializada, a sistematicidade vigente das normas processuais exige, para deferimento da antecipação de tutela: “**(1) Requerimento da parte; (2) relação entre os efeitos que se quer antecipar e o pedido principal da demanda; (3) verossimilhança das alegações; (4) prova inequívoca; (5) presença de periculum in mora, direito incontroverso ou abuso de defesa do réu; e (6) ausência de irreversibilidade**” (FRIEDE, 2009), em atenção ao Art. 273, CPC (PLANALTO, 2015), *in verbis*:

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

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

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

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Dessarte, inicialmente, deve a parte demonstrar o **(1)** requerimento e a **(2)** relação entre os efeitos e o pedido principal, de modo a evidenciar a **(3)** verossimilhança das alegações (FRIEDE, 2009).

Nesse sentido, é de bom alvitre esclarecer que, ao apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela no processo de conhecimento, o magistrado resolve sobre a existência ou não de uma relação de direito material, de modo que sempre terá de analisar os seus dois elementos: o fático, que correlaciona os sujeitos aos fatos da vida; e o jurídico, que representa a subsunção da situação social às previsões abstratas da norma. Portanto, caso o juiz, em sua atividade cognitiva, chegue à conclusão de que há fato que possui proteção no ordenamento, deverá conferir o direito subjetivo (produto dessa união) a quem o requereu em face do requerido (FRIEDE, 2009).

Verossimilhança pode ser entendida, pois, como juízo de aparência de veracidade, o que significa que as alegações fáticas e jurídicas apresentadas, em um juízo sumário e prévio ao mérito, mostram-se aparentemente verídicas. Assim, pode-se identificar que a verossimilhança difere do *fumus boni iuris*, uma vez que naquela a convicção do magistrado deve ser mais qualificada, enquanto neste (que é requisito das tutelas cautelares) a cognição é ainda mais perfunctória, devendo apenas restar claro que a parte possui o direito a discutir a lide com possibilidade de ter razão (REsp 766.236/PR, 2008).

Ou seja, pode-se identificar que a verossimilhança deve ser embasada em prova inequívoca **(4)** cujo conceito se encontra diretamente atrelado à aparência de ser verdadeiro, e não à mera possibilidade em sê-lo, tratando-se, assim, de qualquer prova lícita capaz de demonstrar a veracidade dos fatos narrados pelo requerente (FRIEDE, 2009).

Quanto à urgência **(5)** da atuação jurisdicional, deve-se comprovar, ainda, a existência de dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, não basta que o direito seja lesado em si, de forma que, para a antecipação da tutela, é necessário, também, que, caso não se conceda a tutela antecipadamente, seja demonstrado perigo de o direito vir a perecer e/ou não mais poder ser efetivado (FRIEDE, 2009).

E mais, sobre o assunto, pode-se dizer que, mesmo tendo-se preenchidos todos os requisitos positivos para a concessão da tutela antecipada, também é necessário

que não esteja presente o requisito do *periculum in mora* inverso. Como o próprio nome deixa transparecer, esse perigo apresenta-se de forma inversa, não podendo deixar de ser apreciado, pois muitas vezes pode apresentar um risco de lesão maior do que aquele a que se pretende proteger (FRIEDE, 2009).

Ocorre que, da mesma forma que o requerente pode correr risco no caso de não ser concedida a medida liminar por ele solicitada, de outro giro e dependendo do caso concreto, é possível que, com a concessão da medida, quem experimente a lesão seja o requerido. Nesse contexto, é necessário que tanto o *periculum in mora* quanto o *periculum in mora* inverso sejam apreciados proporcionalmente, dando-se peso não só às possíveis lesões, mas também à plausibilidade do direito alegado e, principalmente, aos bens jurídicos cuja lesão se busca evitar. Essa é a irreversibilidade de que trata o §2º do artigo 273 do CPC (PLANALTO, 2015).

2.3 TUTELA DE EVIDÊNCIA

Inicialmente, destaca-se que a doutrina demorou a se atentar para a distinção entre uma tutela de aparência e uma tutela de evidência na vigência da legislação processual atual, em que pese esses dois institutos constarem, ainda que de maneira acanhada, mas expressamente, no Código de Processo Civil de 1973. Fato é que foi o novo diploma processual que trouxe, com muito mais afinco, a necessidade de se observar essa distinção.

Ressalta-se, nessa senda, que a doutrina entende como denegação de justiça não dar um tratamento diferenciado à tutela evidente, pois, certamente, haveria o sacrifício do autor em prol de um dos maiores problemas deletérios do processo: o tempo (FUX, 1996).

Para Ovídio A. Baptista da Silva (1998), se a tutela fosse evidente, não adiantaria oferecer a mesma proteção estatal dada à tutela de simples aparência, como a cautelar, como, por exemplo, nos casos de mandado de segurança, em que se postula com base em direito líquido e certo – leia-se, provas robustas e completas –, de modo que o Estado fica obrigado a dar uma resposta mais efetiva.

Luiz Fux, (1996) iniciando a abordagem sobre o direito evidente, cita como exemplos o “direito líquido e certo que autoriza a concessão do mandamus ou o direito documentado do exequente”. Posteriormente, o mesmo autor pondera que não se pode excluir da tutela da evidência “qualquer que seja a pessoa jurídica, quer de direito público, quer de direito privado” (FUX, 1996). E, ainda, esclarece o que é um direito evidente da seguinte forma:

[...] demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontrovertidos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do adversus com base em “manifesta ilegalidade”, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição (FUX, 1996).

De outro giro, deve-se ponderar que a probabilidade é menos que certeza e mais que verossimilhança (ALMEIDA, 2011), assim, os direitos evidentes, apresentados pelo autor, são prováveis e, como afirma Piero Calamandrei (1999), passíveis de serem provados. Calamandrei traça, ainda, a distinção entre possibilidade, verossimilitude e probabilidade:

Possível é o que pode ser verdadeiro; verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro. Provável seria, etimologicamente, o que se pode provar como verdadeiro [...] Quem diz que o fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é verossímil, já que vai além da aparência, começa a admitir que há argumentos para fazer crer que à aparência corresponda a realidade. Mas trata-se de matizes psicológicas que cada julgador entende de seu modo” (CALAMANDREI, 1999).

Destaca-se, nesse sentido, que a liminar concedida em sede de tutela de evidência também é deferível mediante cognição sumária, porém essa cognição é decorrente de uma evidência, diferentemente do que ocorre nos juízos de aparência (possibilidade e verossimilhança) peculiares às tutelas de urgência, em que a tutela concedida não exaure a matéria (FUX, 1996).

No mesmo sentido do posicionamento de Luiz Fux, aparece Luiz Guilherme Marinoni (1994) que admite a possibilidade de deferimento de tutela urgente, com cognição exauriente, com sumariedade só formal e não material.

Assim, tem-se que o direito é evidente quando tiver um grau de probabilidade elevado e por ser mais do que verossímil, de modo a poder ser demonstrado por qualquer meio de prova. Ou seja, ele é mais do que a simples aparência de possibilidade, prevista para as cautelares e supera a “verossimilhança” exigida pelo art. 273, *caput*, do CPC (PLANALTO, 2015), para a concessão da tutela antecipada. Ademais, tem-se que o direito evidente pode ser deferido sob a forma de uma liminar, antecipando-se, assim, efeitos da provável sentença de procedência. Pode, inclusive, em sendo antecipado, ser capaz de resolver todo o mérito, mesmo que tenha sido deferido, inicialmente, com base em cognição não sujeita ao contraditório. Já no que se refere à urgência, necessário esclarecer que a tutela de evidência, desde o CPC de 1973, já considerava desnecessária sua demonstração – vide, por exemplo, o Art. 273, II, CPC/73 (PLANALTO, 2015).

Com efeito, com a criação do novo CPC, a tutela de evidência foi tratada com mais veemência e a desnecessidade de se demonstrar a urgência ficou ainda mais clara. Dito isso, não se pode olvidar de que existem dois tipos de perigo de dano: o perigo de dano iminente e irreparável, que é elemento do conceito da cautelar, porque gera a possibilidade de não realização do direito afirmado pela parte; e, também, o perigo que decorre do tempo do processo, ou seja, da demora do processo, o qual, ao seu turno, encontra-se vinculado às tutelas antecipatórias, que, por sua vez, são deferidas, como já mencionado, a partir de verossimilhança, e não de simples aparência (MARINONI, 2007).

Entretanto, como dito alhures, há hipóteses em que o perigo de dano não existe e em que a urgência não é um elemento determinante para a concessão da tutela de forma sumária, conforme consta do inciso II do art. 273 do CPC: “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (PLANALTO, 2015). Para Mitidiero, a previsão do art. 273, II, CPC:

[...] constitui sede normativa para tutela antecipatória fundada na evidência da posição jurídica de uma das partes e cujo pressuposto de aplicação reside na ausência de defesa séria articulada pelo demandado” (MITIDIERO, 2010).

Sobre o mesmo tema, Fux aduz que:

Assente-se, ainda, por oportuno, que não é preciso ao juízo aguardar a defesa para considerá-la abusiva, haja vista que nos casos de evidência é

lícito atender o requerimento de tutela antecipada, tal como se faz quando se analisa o pedido liminar de mandado de segurança, proteção possessória etc. A insubsistência da defesa exercitável ou exercida, em resumo, configura, para a lei, caso de direito evidente, passível de receber a antecipação final após longo e oneroso procedimento (FUX, 1996).

Ocorre que, com a criação do novo CPC, a questão relacionada à possibilidade de concessão da tutela de evidência foi expressa no Art. 311 (PLANALTO, 2015), *in verbis*:

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

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

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

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

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

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

Porém, uma das questões que mais preocupam a doutrina é com relação à interpretação que se dará ao artigo acima transcrito, na medida em que passa uma ideia inicial de taxatividade do rol apresentado. Nesse diapasão, destaca-se que, mesmo quando o código ainda não tinha sido publicado, Marinoni (2010) já fizera severas críticas à redação do dispositivo transcrito, sugerindo como melhor alternativa uma previsão geral da tutela de evidência, seguida de um rol exemplificativo, de modo a facilitar a sua aplicação pelo juiz no caso concreto, inclusive, o autor também sugeriu a possibilidade da concessão da referida tutela com base em firme precedente nos tribunais superiores no sentido do pedido, o que facilitaria sobremaneira a celeridade e a instrumentalidade processual.

3. CONCLUSÃO

Em consideração ao contexto histórico em que se desenvolveram os conceitos de devido processo legal e de instrumentalidade das formas, em especial em

observância ao formalismo-valorativo amplamente disseminado em abalizada doutrina e ao status constitucional do devido processo legal no Brasil, chega-se à conclusão de que, cada vez mais, há um afastamento do processo do plano meramente conceitual e técnico, para inseri-lo com muito mais afinco na própria realidade política e social.

Diante disso, ao se interpretarem as normas do código de processo civil, seja as do atual, seja as do novo código, revela-se necessário o seu aproveitamento de modo a garantir ao maior número de jurisdicionados a aplicação equânime e isonômica de todos os princípios garantias fundamentais, mas sempre de modo a perquirir a resolução da crise de direito material instaurada, na medida em que o processo não se revela um fim em si mesmo.

Posto isso, se o processo é um instrumento que visa, sempre que possível, a solucionar a crise de direito material que o instaurou, imperiosa se torna sua aplicação, com vistas a dar efetividade às tutelas jurisdicionais em detrimento do tempo.

Nesse passo, considerando-se que princípios fundamentais como o da ampla defesa e o do contraditório já foram e ainda são mitigados/diferidos quando se trata de aplicação de tutelas de urgência, não se pode olvidar de que, quanto à aplicação das tutelas de evidência, o tratamento não pode ser diverso, até porque estas tratam de tutela de probabilidade, enquanto aquelas tratam de tutela de aparência.

Necessário destacar, outrossim, que engessar as possibilidades de se conceder tutelas de evidência ao se considerar como taxativo o rol do Art. 311 do novo código processual civil iria de encontro a toda a evolução histórica traçada pelo processo civil e, além disso, consubstanciar-se-ia em um claro retrocesso em relação à evolução do formalismo-valorativo.

A título de exemplo, note-se que em casos em que a discussão é somente de direito e que, sobre a matéria, haja posicionamento firme da jurisprudência a respeito, haverá uma necessidade meramente formal de postergação da resolução do conflito até que sejam cumpridos os ritos processuais e, enfim, seja proferida sentença, haja vista que essa hipótese não se encontraria no rol do dispositivo legal em comento.

Em casos como esse, haveria, na verdade, uma verdadeira demonstração de formalismo exacerbado que, a rigor, viola as garantias a um processo célere e até mesmo à razoável duração do processo.

Ex positis, a conclusão lógica sobre a hermenêutica do Art. 311 do novo código é a de que suas hipóteses são meramente exemplificativas e de que o gênero “tutelas de evidência” comporta aplicação em todos os casos em que seu requisito de probabilidade seja cumprido, sob pena de violação à própria instrumentalidade do processo e, conseqüentemente, ao próprio devido processo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo. 6ª Edição. Malheiros Editores. 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade* – Rio de Janeiro: Forense, 2006, p 12-14.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63.

CALAMANDREI. Piero. *Direito Processual Civil*, v.III. Tradução: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

DÓRIA, A. de Sampaio. *Direito constitucional – curso e comentários à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1953. v. 2.

Friede, Reis; Klipel, Rodrigo; Albani Thiago. *A tutela de Urgência no Processo Civil Brasileiro*. Niterói, 2009. Editora Impetus.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm, visitado em 05/08/2015.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046,
visitado em 05/08/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto da CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALMON DE PASSOS, J.J. "O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição", *Revista Forense* (277):2.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, v.3 2.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.