



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 3

PROCESSO CIVIL

COORDENAÇÃO DO TOMO 3

Cassio Scarpinella Bueno

Olavo de Oliveira Neto

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
PROCESSO CIVIL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE PROCESSO CIVIL | ISBN 978-85-60453-43-6

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo III (recurso eletrônico)

: processo civil / coords. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto - São Paulo:
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

TUTELA DE EVIDÊNCIA

Leonardo Carneiro da Cunha

INTRODUÇÃO

A evidência é um estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas. Há quem afirme ser a evidência “o direito evidenciado por provas”;¹ há provas que colocam o direito da parte em evidência, tal como ocorre com o direito líquido e certo no mandado de segurança ou com o título executivo no processo de execução.² Também há situações de evidência quando os fatos são notórios, incontrovertidos, confessados em outro processo, bem como os demonstrados por prova emprestada ou antecipada.³

A evidência é um fato jurídico processual, podendo ser tutelada judicialmente. A evidência não é um tipo de tutela jurisdicional.⁴

A evidência é um fato processual que autoriza a utilização de uma técnica diferenciada para a obtenção de uma tutela jurisdicional. Em outras palavras, a evidência é um pressuposto de fato de uma técnica processual para a obtenção de tutela jurisdicional. A urgência também pode servir como pressuposto de fato de uma técnica processual para a obtenção de tutela jurisdicional.

É possível, então, que a evidência seja o pressuposto de fato de uma técnica processual, ou a urgência, ou ambas.⁵

A evidência pode ser vir tanto às tutelas definitivas como às tutelas provisórias.

¹ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, pp. 311-313.

² *Idem*, p. 305.

³ *Idem*, p. 313 ss.

⁴ A tutela jurisdicional pode ser classificada sob os mais diversos critérios. Considerando que o termo *tutela jurisdicional* relaciona-se com proteção, satisfação ou efetivação do direito, é interessante mencionar a classificação cunhada por Marcelo Lima Guerra, que divide a tutela jurisdicional em declaratória, constitutiva e executiva. As sentenças declaratórias e constitutivas protegem, por si mesmas, o direito; já a condenatória, em si, não contém proteção ou satisfação, sendo necessária a existência de atividade posterior para execução ou efetivação do direito. Daí preferir afirmar que não há tutela condenatória, mas tutela executiva (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, pp. 18-27).

⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*, p. 331.

SUMÁRIO

Introdução	2
1. Tutela de evidência e tutela provisória de evidência	3
2. A tutela provisória de evidência.....	4
2.1. A tutela provisória no CPC	4
2.2. Hipóteses de tutela provisória de evidência	6
2.3. Momento para concessão da tutela provisória de evidência	10
2.3.1. Tutela provisória de evidência liminar. Exceções ao contraditório prévio.....	10
2.3.2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.492 e as alegações contra e a favor da tutela provisória de evidência liminar.....	12
2.3.3. Tutela provisória de evidência na sentença	18
2.3.4. Tutela provisória de evidência em grau recursal	18
2.4. Impossibilidade de concessão de ofício da tutela provisória de evidência	20
2.5. Decisão concessiva da tutela provisória de evidência.....	20
2.6. Competência para a tutela provisória de evidência	21
2.7. Recursos cabíveis contra a decisão que versa sobre a tutela provisória de evidência.....	22
2.8. Tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública	26
Referências	27

1. TUTELA DE EVIDÊNCIA E TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA

A evidência não é um tipo de tutela jurisdicional, mas um fato que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional mediante técnica específica ou diferenciada.

A evidência, em outras palavras, é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela.⁶

A evidência é pressuposto que serve tanto à tutela definitiva como à provisória. A evidência serve à tutela definitiva, fundada em cognição exauriente, nos casos, por exemplo, de mandado de segurança, ação monitória. Também serve para autorizar a instauração de execução definitiva por quem disponha de título executivo.⁷

Assim como serve de técnica para a tutela definitiva, também serve à tutela provisória, fundada em cognição sumária. É o caso da tutela provisória de evidência. A evidência é o requisito para a concessão da tutela provisória, sendo dispensada a urgência.

A concessão da tutela provisória de evidência depende da prova das alegações de fato e da demonstração de probabilidade do acolhimento do pedido formulado pela parte. As afirmações de fato e de direito põem-se em estado de evidência, justificando-se a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional postulada, com concretização do princípio da duração razoável. O ônus do tempo do processo é melhor avaliado, beneficiando a parte que aparenta ter razão, por ser muito evidente a probabilidade de acolhimento de sua pretensão.

2. A TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA

2.1. A tutela provisória no CPC

A tutela provisória está disciplinada no Livro V do CPC, mais precisamente nos seus arts. 294 a 311. Ali há regras sobre tutela de urgência cautelar, tutela de urgência satisfativa e tutela de evidência.

A tutela cautelar, embora seja temporária, pode ser concedida por meio de uma medida provisória, a ser confirmada ou não na decisão final. De igual modo, as tutelas satisfativas, de urgência ou de evidência, são provisórias, pois devem ser confirmadas ou não na decisão final.

⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, p. 700.

⁷ *Ibidem*.

A tutela satisfativa de urgência ou de evidência pode ser definitiva. O juiz pode concedê-la na sentença, hipótese em que a apelação não terá efeito suspensivo (CPC, art. 1.012, § 1º, V).

Se a tutela provisória é *gênero*, o Livro V do CPC não contém todas as suas espécies, não dispondo, por exemplo, sobre o cumprimento provisório da sentença, que, previsto nos arts. 520 a 524 do CPC, destina-se a adiantar ou antecipar, de modo resolúvel, a eficácia executiva, com vistas a abreviar o processo e permitir que já se adiante a fase executiva, antes mesmo do trânsito em julgado.

O CPC adotou a expressão *tutela provisória* como gênero, do qual são espécies a tutela conservativa e a tutela satisfativa. A tutela conservativa é cautelar, enquanto a satisfativa é antecipada. A tutela antecipada é uma tutela provisória, caracterizada por ser satisfativa de urgência. Por exclusão, se os textos normativos fossem lidos literalmente, a tutela de evidência não seria uma tutela antecipada e a tutela cautelar não poderia ser, propriamente, prestada por tutela antecipada.⁸

A confusão terminológica pode contribuir para incompreensões.

A cautelar é um tipo de tutela jurisdicional. Já a tutela antecipada é uma técnica processual por meio da qual se determina a produção de efeitos do provimento final antes do momento normalmente a ele reservado. A tutela antecipada pode ser cautelar ou satisfativa.

O antônimo de *tutela provisória* e *tutela definitiva*. Esta última relaciona-se com o resultado do processo, podendo ser cautelar ou satisfativa.

A tutela cautelar e a tutela satisfativa podem ser prestadas antecipadamente. O juiz pode conceder a tutela antecipada cautelar ou a tutela antecipada satisfativa. Pode, em outras palavras, conceder a tutela provisória cautelar ou a tutela provisória satisfativa. A tutela provisória cautelar é sempre de urgência, enquanto a satisfativa pode ser de urgência ou de evidência.

Concedida a tutela provisória, sobrevirá ainda a tutela definitiva, que também pode ser cautelar ou satisfativa. Assim, concedida uma liminar cautelar (ou seja, uma

⁸ Nas palavras de Robson Renault Godinho: “[o] novo CPC, portanto, reserva a expressão ‘tutela provisória’ para disciplinar a tutela jurisdicional cautelar, a técnica da antecipação da tutela e a tutela de evidência, o que já demonstra por si só infelicidade da denominação genérica” (Comentários ao art. 294. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 462). No mesmo sentido: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Comentários ao art. 294. Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 398.

tutela provisória cautelar), esta deve ser confirmada por uma sentença cautelar (ou seja, uma tutela definitiva cautelar). Deferida uma tutela antecipada (ou seja, uma tutela provisória satisfativa), esta deve ser confirmada por uma sentença satisfativa (ou seja, uma tutela definitiva satisfativa).

2.2. Hipóteses de tutela provisória de evidência

O sistema processual prevê, tradicionalmente, casos de tutela provisória de evidência, como, por exemplo, a liminar em ação possessória e a expedição de mandado para pagamento ou cumprimento da obrigação na ação monitória. Em tais hipóteses, a urgência não constitui requisito para a decisão. O juiz decide com base na evidência ou na probabilidade do direito.

Além desses casos e de outros específicos, o Código de Processo Civil prevê a tutela provisória de evidência para a generalidade dos direitos, tutelados pelo procedimento comum.

As hipóteses genéricas de tutela de evidência estão previstas no art. 311 do CPC.

Duas delas já existiam no nosso sistema. Há outras duas que são efetivas novidades.

Já no CPC/1973 previa-se que, além da tutela de *urgência*, a tutela antecipada poderia ser concedida em face da *evidência* do direito postulado em juízo. Nesse caso, não importava o *perigo*, não havendo exame de qualquer *urgência*. Levava-se em conta a consistência das alegações das partes, aplicando-se o inciso II do art. 273 do CPC/1973. A tutela antecipada era, em tal hipótese, concedida em razão do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu.⁹ Na linguagem da legislação francesa, a defesa, nesses casos, não é séria, devendo-se prestigiar a posição do autor que aparenta ter razão.

No CPC/2015, essa hipótese mantém-se e está prevista no inciso I do seu art. 311.

⁹ Para Cassio Scarpinella Bueno, o dispositivo se aplica, não só em situações *endoprocessuais*, mas também em quando haja atos *extraprocessuais* praticados pelo réu, na hipótese, por exemplo, de criar embaraços numa negociação que anteceda a fase judicial, ou nos casos em que já haja precedentes sobre o tema, mas o réu insiste em se opor à pretensão do réu (BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 42).

Há, na doutrina brasileira, quem entenda que essa hipótese de tutela de evidência representa uma *sanção*, tendo por finalidade *punir* o comportamento do litigante de má-fé que abusou do direito de defesa ou apresentou uma manifestação protelatória. A tutela antecipada seria, nesse caso, *sancionatória*.¹⁰ Por outro lado, há os que repelem essa natureza sancionatória, afirmando que se trata, na verdade, de *tutela antecipada fundada na maior probabilidade* de veracidade da posição jurídica assumida pelo autor, conferindo maior *efetividade* ao processo.¹¹ Bastaria, então, que a tese do autor fosse mais provável do que a do réu para que se concedesse a tutela antecipada.¹² É a *evidência* do direito do autor que permite o deferimento da medida, e não o seu comportamento irregular ou de má-fé.¹³ Sua finalidade seria promover a *igualdade substancial* entre as partes, distribuindo a carga do tempo no processo, a depender da maior ou menor probabilidade de ser fundada ou não a postulação do autor. Não haveria natureza sancionatória. Já há a sanção por ato atentatório à dignidade da jurisdição e a responsabilidade por dano processual, previstas, respectivamente, nos arts. 77, § 2º, e 81, ambos do CPC.

As expressões “abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório”, contidas no inciso I do art. 311 do CPC, são indeterminadas, devendo ser determinadas e explicitadas pelo juiz, demonstrando que a conduta do réu se encaixa na previsão normativa, atendendo, assim, à exigência contida no inciso II do § 1º do art. 489 do CPC.

Para que se conceda a medida, é preciso que o ato, além de abusivo, impeça ou retarde o andamento do processo. Se, mesmo abusivo, não impedir, nem retardar a

¹⁰ CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira. Antecipação dos efeitos da tutela por abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu. *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, pp. 1.550-1.559; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela antecipada sancionatória. *Revista dialética de direito processual*. Sobre o tema, SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má-fé*, pp. 313-317.

¹¹ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*.

¹² “O que se dá, com a conduta do réu, nestes casos, é que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que se aproxima da certeza. Se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de alguma contestação séria a opor ao direito do autor. Daí a legitimidade da antecipação da tutela” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de direito processual civil*, p. 142).

¹³ Para José Roberto dos Santos Bedaque, ao examinar o art. 273, II, do CPC-1973, cuja disposição é idêntica ao do art. 311, I, do CPC-2015, essa hipótese de tutela antecipada tem ambas finalidades: coibir a má-fé do réu e conferir maior efetividade ao processo, impedindo que o autor se prejudique com a demora excessiva, causada pelo abuso do direito de defesa do réu. Embora a urgência não seja requisito para sua concessão, há, com a conduta do réu, um *dano marginal* pela demora que causa no processo (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*, pp. 324-330).

sequência dos atos processuais, não deve ser concedida a tutela provisória.¹⁴

A hipótese do inciso III do art. 311 do CPC também não é, rigorosamente, uma novidade. O procedimento especial para ação de depósito, que estava previsto nos arts. 901 a 906 do CPC/1973, deixou de ser previsto no CPC/2015. A ação de depósito passou a submeter-se ao procedimento comum, com a possibilidade de uma tutela provisória de evidência. O pedido de cumprimento de obrigação reipersecutória (ou seja, obrigação de entregar coisa) decorrente de contrato de depósito autoriza a concessão de tutela provisória de evidência.

Já o inciso II do art. 311 do CPC prevê a tutela de evidência fundada em precedente obrigatório. Estando documentalmente provados os fatos alegados pelo autor, poderá ser concedida a tutela de evidência, se houver probabilidade de acolhimento do pedido do autor, decorrente de fundamento respaldado em tese jurídica já firmada em precedente obrigatório, mais propriamente em enunciado de súmula vinculante (CPC, art. 927, II) ou em julgamento de casos repetitivos (CPC, arts. 927, III, e 928).

Nesses casos do inciso II do art. 311 do CPC, o juiz pode, liminarmente inclusive, conceder a tutela de evidência, independentemente de haver demonstração de perigo de dano ou de risco à inutilidade do resultado final do processo. A evidência, em tais hipóteses, revela-se por ser aparentemente *indiscutível*, *indubitável* a pretensão da parte autora, não sendo *seriamente contestável*. Em casos assim, a tutela antecipada somente não será concedida, se a situação do autor, servidor, particular ou interessado não se ajustar à *ratio decidendi* do precedente obrigatório. Quer isso dizer que somente não será concedida a tutela antecipada, se houver a necessidade de ser feita uma distinção no caso, em razão de alguma peculiaridade que afaste a aplicação do precedente. Aliás, em casos assim, a defesa do réu deve restringir-se a demonstrar que há uma situação diferente que impõe o afastamento do precedente, ou que há fatores que não justificam mais a interpretação conferida pelo tribunal superior. Noutros termos, o réu, em casos como esse, deve demonstrar a existência de uma distinção ou a necessidade de ser superado o entendimento firmado. Não havendo tal demonstração, deve já ser julgado procedente o pedido, ou, se houver algum incidente ou outro pedido a ser apreciado.

Em casos repetitivos, pode o juiz já conceder a tutela provisória *inaudita altera*

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, p. 78.

parte, para fazer aplicar o precedente do tribunal (CPC, art. 311, parágrafo único). Há quem sustente a inconstitucionalidade de tal previsão.¹⁵ Não há, porém, inconstitucionalidade. O dispositivo concretiza a duração razoável do processo no âmbito da litigiosidade repetitiva. Ademais, existem, historicamente, tutelas de evidência liminares no sistema brasileiro, como nos casos das ações possessórias, dos embargos de terceiro e da ação monitória, sem que se considere qualquer inconstitucionalidade presente em tais situações.

Por sua vez, o inciso IV do art. 311 do CPC prevê a concessão de tutela de evidência quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”. Nessa hipótese, o autor deve apresentar prova documental que seja suficiente para comprovar os fatos constitutivos do seu direito, sendo-lhe, por essa razão, evidente.

A evidência, que decorre da prova documental apresentada pelo autor, não deve ser desfeita por prova igualmente documental do réu. Se a prova documental apresentada pelo autor for suficiente para comprovar suas alegações, sem que o réu apresente qualquer dúvida razoável, haverá evidência que justifique a concessão da tutela provisória.

Essa é uma hipótese que não permite a concessão liminar da tutela de evidência. Isso porque depende da conduta do réu; ele, ao contestar, não apresenta dúvida razoável às alegações, comprovadas documentalmente, do autor.

A hipótese, na verdade, é de julgamento antecipado do mérito (CPC, art. 355, I). Estando os fatos constitutivos do direito comprovados por documentos, e não sendo necessária mais a produção de qualquer prova, é possível o julgamento antecipado do mérito, mas também é possível a tutela provisória de evidência.

Qual, então, a utilidade da tutela provisória nesse caso? Por que o juiz já não profere a sentença de uma vez? A finalidade e a utilidade da hipótese descrita no inciso IV do art. 311 do CPC relacionam-se com o afastamento do efeito suspensivo da apelação (CPC, art. 1.012, § 1º, V). O juiz pode, na sentença, quando a hipótese for de julgamento antecipado do mérito por serem suficientes os documentos apresentados, antecipar a tutela (desde que haja requerimento da parte), a fim de retirar da apelação

¹⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de processo*, v. 242, pp. 521-549.

seu efeito suspensivo.

As hipóteses de tutela de evidência estão, portanto, previstas no art. 311 do CPC, não tendo relação com a urgência nem com o risco de inutilidade da tutela definitiva.

2.3. Momento para concessão da tutela provisória de evidência

2.3.1. Tutela provisória de evidência liminar. Exceções ao contraditório prévio.

A tutela de evidência pode ser concedida liminarmente, ou seja, sem contraditório prévio, nas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 311 do CPC. É o que dispõe o parágrafo único desse mesmo art. 311. Também assim dispõe o parágrafo único, II, do art. 9º do CPC.

Assim, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, o juiz pode conceder liminarmente a tutela de evidência, mesmo que não haja urgência no caso.

De igual modo, quando 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, o juiz pode conceder liminarmente a tutela de evidência, ainda que não exista urgência no caso.

Além das garantias de ciência e de manifestação, o contraditório também consiste no direito de influência e dever colaborativo. O contraditório, nos tempos atuais, representa o direito de influir, a faculdade da parte de interferir no procedimento e condicionar eficazmente a atuação dos demais sujeitos do processo.¹⁶ O princípio do contraditório, no ambiente da cooperação, confere às partes o direito de influenciar o convencimento do juiz. Por isso que a parte deve ser ouvida antes de uma decisão contra si proferida (CPC, art. 9º), sendo vedada a prolação de decisão-surpresa (CPC, art. 10). Se as partes têm o direito de influência, o juiz tem o dever de consulta (CPC, art. 10) e o

¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio como diritto d'influenza e dovere dibattito. *Rivista di diritto processuale*.

de examinar as alegações por elas apresentadas (CPC, art. 489, § 1º, IV).¹⁷

O art. 9º do CPC consagra o direito da parte de ser ouvida antes de uma decisão proferida contra si. Esta é uma das regras que concretizam o princípio do contraditório. O dispositivo não consagra o princípio do contraditório, mas uma das *regras* que o concretizam. O art. 10 consagra outra, que a proibição de decisão-surpresa.

A regra prevista no art. 9º do CPC exige a oitiva prévia da parte para que se profira uma decisão que lhe seja *contrária*. Sendo a decisão *favorável*, não incide a regra, não havendo necessidade de ser ouvida a parte. Daí ser possível o indeferimento da petição inicial (CPC, art. 330), sem que haja prévia citação do réu. De igual modo, a improcedência liminar do pedido prescinde de citação ou de audiência prévia do réu (CPC, art. 332). O relator pode negar provimento ou não admitir o recurso sem intimação prévia do recorrido (CPC, art. 932, III e IV), mas somente lhe pode dar provimento “depois de facultada a apresentação de contrarrazões” (CPC, art. 932, V). Não há normalmente contrarrazões em embargos de declaração, a não ser que a decisão embargada possa ser modificada (CPC, art. 1.023, § 2º).

A regra que impõe a audiência prévia da parte adversa para que se proferida decisão contrária comporta algumas exceções previstas no próprio art. 9º do CPC. Nos casos de tutela provisória de urgência, a fim de atender à situação emergencial e garantir a efetividade da jurisdição, o juiz pode dispensar a oitiva prévia e conceder a medida, diferindo o contraditório para um momento posterior. Também pode ser protraído contraditório para um momento seguinte quando se o caso de se conceder tutela provisória de evidência que aplique tese firmada em julgamento de caso repetitivo ou quando se tratar de pedido reiperçussório fundado em contrato de depósito (CPC, art. 311, parágrafo único). É, ainda, possível diferir o contraditório no caso de expedição de mandado para cumprimento da obrigação em ação monitória (CPC, arts. 701 e 702).

As exceções previstas no art. 9º do CPC constituem um rol exemplificativo. São casos em que o legislador, já se antecipando a uma ponderação de interesses que pudesse ser feita pelo juiz concretamente, faz prevalecer a efetividade em detrimento do contraditório prévio. Além dessas hipóteses, é possível que surja qualquer outra não

¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de processo*, v. 168, p. 55.

imaginada pelo legislador que exija apreciação imediata, não havendo tempo para se instaurar o prévio contraditório, sob pena de suprimir do provimento jurisdicional a efetividade que dele possa resultar. Nesse caso, e para garantir a efetividade do comando judicial postulado, poderá o juiz, imediatamente, deferir o pedido formulado pela parte, dispensando o prévio contraditório.

Afora as exceções previstas no próprio art. 9º do CPC, há outras previstas nos arts. 562 e 854, ambos do CPC. Realmente, segundo dispõe o art. 562 do CPC, o juiz, caso a petição inicial esteja devidamente instruída, poderá, sem ouvir o réu, determinar a expedição de mandado liminar de manutenção ou de reintegração de posse. E, segundo o disposto no art. 854 do CPC, “[p]ara possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras (...), que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado”.

2.3.2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.492 e as alegações contra e a favor da tutela provisória de evidência liminar

O Governador do Rio de Janeiro ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.492, por meio da qual requer a proclamação de inconstitucionalidade de alguns dispositivos do Código de Processo Civil de 2015.

Entre os dispositivos cuja constitucionalidade foi questionada na referida Ação Direta, estão o inciso II do parágrafo único do art. 9º e o parágrafo único do art. 311. Naquela Ação Direta, afirma-se que a concessão liminar da tutela provisória de evidência, admitida no inciso II do parágrafo único do art. 9º, bem como no parágrafo único do art. 311, ambos do CPC-2015, seria inconstitucional, por violar o princípio do contraditório.

Por causa da pertinência temática relativa à legitimidade do Governador do Estado, a Ação Direta questiona apenas a tutela de evidência liminar do inciso II do art. 311 do CPC, ou seja, aquela concedida com base em precedente obrigatório firmado em julgamento caso repetitivo ou com base em súmula vinculante.

Não haveria, segundo ali se defende, justificativa para diferimento do contraditório nesses casos, pois só a urgência poderia permitir que se protraísse o contraditório num processo judicial.¹⁸

Para quem assim entende, a previsão do art. 311, parágrafo único, do CPC seria inconstitucional, por autorizar a decisão *liminar* que conceda a antecipação da tutela fundada em evidência do direito alegado, por violação ao princípio do contraditório. O contraditório há de ser, sempre que possível, prévio, sempre excepcional a possibilidade de sua postergação.

Nos casos de tutela de *urgência*, justamente para evitar o perecimento do bem postulado ou do direito invocado, é possível postergar o contraditório. O princípio da efetividade há de prevalecer, afastando, momentaneamente, o contraditório, que é diferido para oportunidade mais à frente. O contraditório há de ser prévio, mas diante da urgência e do grave risco de dano, ele é postergado, atendendo ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Nos casos de tutela de evidência, não haveria, para essa corrente doutrinária – que respalda as alegações contidas na petição inicial da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade –, qualquer perigo da demora, urgência ou qualidade da situação material que justificasse a postergação do contraditório, direito fundamental do réu que deve ser preservado quando outras razões de igual dignidade não imponham o contrário. Em outras palavras, entende-se que, nos casos de evidência, não há urgência. E, não havendo urgência, o autor da demanda judicial pode aguardar pela resposta do réu, que poderá trazer elementos relevantes para elidir a pretensão à aplicação da técnica processual ou mesmo à tutela do direito, sem qualquer prejuízo.

Há, porém, argumentos favoráveis à concessão liminar da tutela de evidência, que afastam a alegação de sua inconstitucionalidade.

Historicamente, há vários casos de tutela de evidência liminar, largamente aceitos. A liminar em ação possessória, por exemplo, não exige urgência e pode ser concedida *inaudita altera parte*. Essa é uma possibilidade secular, não havendo qualquer inconstitucionalidade. Também é possível a concessão de mandado injuntivo, na ação

¹⁸ Na doutrina, assim entende: MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, p. 479 e ss.

monitória, para cumprimento imediato da obrigação, sem que haja qualquer urgência alegada ou justificada. Não há, também aí, qualquer inconstitucionalidade.

Na verdade, o direito processual é, como se sabe, instrumental, devendo adaptar-se às realidades do direito material. Em razão das peculiaridades do direito material, é possível haver inversões ou diferimentos do contraditório, sem que isso contrarie a exigência constitucional de observância ao devido processo legal e ao próprio contraditório.

O processo de execução, como se sabe, é estruturado para que o contraditório seja invertido: ao executado cabe, caso queira defender-se, propor uma demanda cognitiva, chamada embargos à execução. Não raramente, a execução é fundada em um simples documento, que preenche um tipo legal ou algumas exigências previstas em lei. No caso da execução fiscal, o título executivo é, até mesmo, constituído unilateralmente pelo credor, que pode propor a execução e haverá penhora e atos de constrição sem qualquer contraditório. Isso, evidentemente, não é inconstitucional.

Perceba que há documentos que, mesmo sem maiores rigores ou exigências formais, são dotados de força executiva e permitem atos materiais de constrição, sem que haja contraditório prévio. Não há, aí, urgência, mas o contraditório é invertido, não havendo qualquer inconstitucionalidade.

Alguns títulos executivos extrajudiciais são formalmente mais “frágeis” que uma escritura pública de propriedade imobiliária, mas permitem já a constrição de bens sem qualquer contraditório prévio. Um documento muito simples permite a busca e apreensão de um veículo em casos de alienação fiduciária em garantia, sem que haja contraditório prévio, nem demonstração de urgência. Não há, também aí, qualquer inconstitucionalidade.

Por sua vez, uma ação reivindicatória, fundada em escritura pública de propriedade imobiliária (documento muito mais exigente em termos formais que muitos títulos executivos extrajudiciais ou que um contrato de alienação fiduciária em garantia), exige contraditório prévio e o encerramento de todas as fases processuais para que se reconheça o direito à posse do autor.

Isso tudo está a demonstrar que o contraditório é exercido de formas variadas, podendo o legislador invertê-lo, diferi-lo e estabelecê-lo, a depender das vicissitudes e particularidades do direito material envolvido.

Em regra, o contraditório há de ser prévio, mas há hipóteses, como no processo de execução, na ação de busca e apreensão de bem em alienação fiduciária, na ação possessória de força nova, na ação monitória, em que ele é invertido ou diferido, mesmo sem urgência, não havendo inconstitucionalidade nisso. A inversão ou o diferimento é compatível com a realidade do direito material.

No caso da tutela provisória de evidência, ela pode ser deferida liminarmente quando já houver súmula vinculante ou precedente obrigatório firmado em julgamento de casos repetitivos. A legislação processual disciplina, tradicionalmente, o processo individual: as normas que disciplinam o processo civil foram estruturadas de modo a considerar *única* cada demanda, veiculando um litígio específico entre duas pessoas. Nesses casos, o contraditório há de ser, em regra, prévio, com a ressalva dos casos urgentes e de hipóteses tradicionais, compatíveis com o direito material envolvido.

Embora as ações coletivas não sejam uma novidade, havendo registro de ação popular no Direito Romano e no período medieval, o desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série de bens acentuou a necessidade mais recente de disciplinar o processo para as demandas coletivas. Mesmo com a implantação de um regime próprio para os processos coletivos, persistem as demandas repetitivas, que se multiplicam a cada dia. Por causa disso, criou-se uma técnica processual para a solução, com força de precedente obrigatório, de uma questão que se repete no foro (“questão repetitiva”), seja ela de direito material (individual ou coletivo), seja ela de direito processual. Essa técnica, que se chama “julgamento de casos repetitivos”, serve à solução de uma questão repetitiva (CPC, art. 928, parágrafo único).

Essa técnica é estruturalmente diferente da ação coletiva, como se vê, pois seu objetivo é produzir um precedente obrigatório, e não a coisa julgada sobre a questão repetitiva. Só que ambas servem, afinal, para a tutela coletiva – tutela de direitos de grupo. O julgamento de casos repetitivos é incidente processual que tem natureza de processo coletivo – tutela-se o grupo daqueles interessados na solução de uma questão de direito repetitiva. Mas o julgamento de casos repetitivos não se confunde com a ação coletiva.

Há, então, duas espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: o processo coletivo das ações coletivas e o processo coletivo do julgamento de casos repetitivos.¹⁹

O objetivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos recursos repetitivos é conferir tratamento prioritário, adequado e racional às questões repetitivas. Tais instrumentos destinam-se, em outras palavras, a *gerir e decidir os casos repetitivos*. Além de gerir os casos repetitivos, o IRDR e os recursos repetitivos também se destinam a *formar precedentes obrigatórios*, que vinculam o próprio tribunal, seus órgãos e os juízos a ele subordinados. Quer isso dizer que o julgamento de casos repetitivos é gênero de incidentes que possuem natureza híbrida: servem para gerir e julgar casos repetitivos e, também, para formar precedentes obrigatórios. Por isso, esses incidentes pertencem a *dois* microssistemas: o de gestão e julgamento de casos repetitivos e o de formação concentrada de precedentes obrigatórios. Esses microssistemas são compostos pelas normas do CPC e, igualmente, pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT que foram inseridas pela Lei 13.015/2014, a respeito de julgamento de casos repetitivos.

Essa dupla função é facilmente visualizada no art. 985 do CPC, que cuida do IRDR:

“Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986”.

O art. 1.039 do CPC, que cuida do julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivo, consagra a função de julgar casos repetitivos pendentes. O art. 1.040, I (função de formar precedente obrigatório) e III (função de gerir e julgar casos repetitivos pendentes), vai na mesma linha.

Aplicam-se ao IRDR e aos recursos repetitivos, enfim, tanto as normas relativas à gestão e ao julgamento de casos repetitivos (a exemplo da paralisação de processos à

¹⁹ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções”. *Revista de processo*, nº 256.

espera da decisão-paradigma) como as que dizem respeito à função de formação e aplicação de precedentes obrigatórios.

O microsistema de formação e aplicação de precedentes obrigatórios é formado pelo IRDR, pelos recursos repetitivos e, ainda, pelo incidente de assunção de competência. A formação de precedentes é o objetivo desse microsistema. Formado o precedente obrigatório, tanto no incidente de assunção de competência como no julgamento de casos repetitivos, os juízos e tribunais devem observá-lo, proferindo julgamento de improcedência liminar (CPC, art. 332, II e III), dispensando a remessa necessária (CPC, art. 496, § 4º, II e III), autorizando a tutela provisória de evidência (CPC, art. 311, II) e conferindo-se ao relator o poder de decidir monocraticamente (CPC, art. 932, IV, “b” e “c”, V, “b” e “c”; art. 955, parágrafo único, II). Cabe reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (CPC, art. 988, IV e § 5º), sendo considerada omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (CPC, art. 1.022, parágrafo único, I).

O microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios contém normas que determinam a ampliação da cognição e da participação, qualificando o debate para a formação do precedente, a fundamentação reforçada e a ampla publicidade. Essas normas compõem o núcleo desse microsistema.

Além das normas relativas à *formação* do precedente, o referido microsistema compõe-se também das normas concernentes à *aplicação* do precedente.

Na formação do precedente, há contraditório e ele é prévio, substancial e ampliado. Imagine-se que a Administração Pública resista a acolher a pretensão de algum particular, servidor ou contribuinte, deixando de seguir o entendimento manifestado no precedente obrigatório ou na súmula vinculante. Nessa hipótese, caso o particular, servidor ou contribuinte proponha sua demanda judicial, sem que haja visivelmente qualquer distinção ou diferença que afaste a súmula ou o precedente, poderá o juiz conceder, liminarmente, a tutela provisória de evidência.

A hipótese é compatível com o regime jurídico das situações de massa, isomórficas, que caracterizam as causas repetitivas. Não há qualquer

inconstitucionalidade na concessão liminar dessa tutela provisória de evidência. É uma adequação processual a uma situação de massa, repetitiva.

As peculiaridades da situação de direito material permitem a concessão liminar da tutela de evidência. A técnica antecipatória é, como visto, excepcional e só pode ocorrer de modo justificado. No caso, há justificativa, decorrente da situação de direito material, inserida no âmbito da litigância de massa.

2.3.3. Tutela provisória de evidência na sentença

A tutela de evidência pode ser concedida liminarmente nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do CPC (CPC, art. 9º, parágrafo único, II, e art. 311, parágrafo único). Também pode ser concedida no curso do procedimento, após a contestação do réu.

É possível, ainda, que a tutela provisória de evidência seja somente concedida na sentença. Em tal hipótese, a cognição do juiz já não será mais sumária, e sim exauriente. Poder-se-ia questionar qual a razão ou utilidade para a concessão da tutela de evidência somente na sentença, se esta já está sendo proferida. Não custa lembrar que a tutela provisória não consiste na antecipação da sentença, mas na dos efeitos de só seriam produzidos após o trânsito em julgado ou após outro momento futuro no processo.

Se o juiz concede, na sentença, a tutela provisória de evidência, ele está a afastar o efeito suspensivo da apelação a ser interposta, permitindo que a sentença já produza efeitos imediatos. Nesse caso, o juiz vale-se de uma técnica para retirar o efeito suspensivo da apelação.

É exatamente por isso que o inciso V do § 1º do art. 1.012 do CPC dispõe não haver efeito suspensivo na apelação, quando o juiz concede, na sentença, a tutela provisória. A regra aplica-se à tutela provisória de evidência.

2.3.4. Tutela provisória de evidência em grau recursal

A tutela provisória pode ser concedida também em grau recursal. Há recursos que não desfrutam de efeito suspensivo. É possível, porém, ser concedido ao recurso efeito suspensivo pelo relator, se da sua imediata produção de efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de

provimento do recurso (CPC, art. 995, parágrafo único).

Pela leitura do dispositivo, poder-se-ia concluir que o efeito suspensivo ao recurso decorreria da concessão de uma tutela de urgência, e não de uma tutela provisória de evidência. Só que a evidência também pode ser pressuposto para a concessão de efeito suspensivo a recurso.

Nos termos do § 4º do art. 1.012 do CPC, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação. Perceba que há, no dispositivo, a previsão de duas hipóteses: a de uma tutela de evidência e a de uma tutela de urgência. Se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso, há aí uma tutela de evidência. Por outro lado, se o apelante demonstrar que, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação, haverá, então, uma tutela de urgência a permitir a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

No agravo de instrumento, o pedido de tutela de evidência recursal há de ser feito diretamente ao relator, a quem caberá examinar para deferi-lo ou indeferi-lo (CPC, art. 1.019, I). Na apelação, o pedido de concessão de efeito suspensivo é sempre formulado ao relator (CPC, art. 1.012, § 3º). Enquanto não distribuída, ou seja, no período compreendido entre a sua interposição e sua distribuição, o pedido será distribuído livremente, ficando o relator designado para seu exame preventivo para julgá-la (CPC, art. 1.012, § 3º, I). Caso já tenha havido, naquele processo, algum agravo de instrumento, o seu relator ficará preventivo para a apelação (CPC, art. 930, parágrafo único), cabendo-lhe apreciar o pedido de efeito suspensivo. Se a apelação já tiver sido distribuída, o pedido de efeito suspensivo será dirigido ao próprio relator (CPC, art. 1.012, § 3º, II).

No caso do recurso especial, enquanto não tiver sido admitido, a competência é do presidente ou vice-presidente do tribunal de origem para apreciar o pedido de concessão de efeito suspensivo (Súmulas do STF, 634 e 635). Se já tiver sido admitido, o pedido de efeito suspensivo há de ser dirigido a um ministro, que ficará preventivo para processar e julgar o recurso. Se já tiver havido distribuição, o pedido é dirigido ao relator do recurso. Nesse sentido dispõe o art. 1.029, § 5º, III, do CPC.

Em todos esses casos, é possível pedir ao relator para suspender os efeitos da decisão proferida ou para que conceda o que foi negado ou antecipe efeitos de provável

provimento recursal. Enfim, é possível haver a concessão de efeito suspensivo ou de tutela antecipada recursal, que pode ser tanto de urgência como de evidência. Aliás, o art. 1.019, I, do CPC dispõe caber ao relator, no agravo de instrumento, conceder o efeito suspensivo ou antecipar, no todo ou em parte, a tutela recursal.

Enfim, é possível haver, no âmbito recursal, tutela provisória de evidência.

2.4. Impossibilidade de concessão de ofício da tutela provisória de evidência

Para que se conceda a tutela provisória de evidência, é preciso que haja requerimento da parte interessada. O juiz não deve concedê-la de ofício.

O Código de Processo Civil adota, nos seus art. 2º, 141 e 492, a regra da congruência. Em razão dessa regra, não é possível ao juiz conceder a tutela provisória de ofício.

Além disso, o art. 295 do CPC dispõe que a tutela provisória será *requerida*, a indicar a exigência de requerimento para que seja deferida.

Há quem defenda ser possível a concessão de ofício da tutela provisória, quando o juiz perceber a necessidade de evitar perecimento do direito, preservando a utilidade da tutela jurisdicional pretendida.²⁰ Tal entendimento, contudo, é apenas compatível com a tutela provisória de urgência, não guardando pertinência com a de evidência.

A tutela provisória de evidência não deve, enfim, ser concedida de ofício, devendo sempre haver requerimento da parte interessada.

2.5. Decisão concessiva da tutela provisória de evidência

A tutela provisória de evidência é, geralmente, concedida por meio de uma decisão interlocutória. Tal decisão há de ser devidamente fundamentada, com a demonstração de que o caso se enquadra na hipótese legal incidente.

A tutela provisória pode ser confirmada ou revogada na sentença. Nesse caso, a apelação interposta não tem efeito suspensivo (CPC, art. 1.012, § 1º, V).

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*, pp. 371-373; BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*, p. 33.

Embora normalmente seja concedida em decisão interlocutória, a tutela provisória de evidência pode ser deferida na sentença. É possível que o juiz só verifique a presença de seus pressupostos quando da prolação da sentença, hipótese em que a cognição será exauriente, e não mais sumária. O objetivo da concessão da tutela provisória de evidência na sentença é afastar o efeito suspensivo da apelação (CPC, art. 1.012, § 1º, V).

Nos tribunais, a tutela provisória é, via de regra, concedida por decisão singular do relator, podendo o colegiado revê-la, quando ele a submete ao colegiado para referendo ou quando haja interposição de agravo interno (CPC, art. 1.021). Nos termos do art. 10 da Lei 13.188/2015, a tutela provisória, nos processos que versem sobre direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, há de ser concedida por decisão colegiada, e não por decisão singular do relator. Tramitam, no Supremo Tribunal Federal, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.415, 5.418 e 5.436, nas quais se questiona a constitucionalidade desse art. 10. Não houve apreciação da liminar postulada, devendo o mérito de tais ações diretas ser julgado diretamente.

2.6. Competência para a tutela provisória de evidência

Diferentemente da tutela provisória de urgência, que pode ser antecedente ou incidental, a tutela provisória de evidência é sempre incidental, sendo requerida na petição inicial, na petição recursal ou em petição avulsa.

Realmente, a tutela de urgência, cautelar ou satisfativa, pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental. Quando a urgência é contemporânea à propositura da demanda ou efetivamente não há como aguardar, a tutela de urgência pode ser requerida em caráter antecedente, devendo, posteriormente, ser aditada a petição inicial ou formulado o pedido principal.

A tutela de urgência requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas, devendo ser proposta perante o próprio juízo que conduz o processo.²¹ Quando

²¹ Nos termos do enunciado 29 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “[a] decisão que condicionar a apreciação da tutela provisória incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento”.

anterior, será proposta perante o juízo competente, que ficará prevento para conhecer do pedido principal.

Também pode haver tutela provisória no tribunal, seja no âmbito recursal, seja em sede de ação originária, cabendo ao relator analisar para deferi-la ou não (CPC, art. 932, II). Se for requerida em caráter antecedente, o pedido deve ser distribuído, ficando o relator prevento para o recurso ou ação. Quando requerida em caráter incidental, o pedido deve ser formulado ao relator do recurso ou da ação originária.

A tutela provisória requerida em caráter antecedente não se confunde com a tutela provisória liminar ou concedida *inaudita altera parte*. Tanto a tutela provisória requerida em caráter antecedente como a requerida em caráter incidental podem ser concedidas liminarmente ou somente depois de instaurado o contraditório. Aliás, o contraditório há de ser a regra (CPC, art. 9º, *caput*). Se, porém, não for possível aguardar a manifestação do réu ou sua citação, o juiz deve conceder a medida liminarmente (CPC, art. 9º, I). E isso independentemente de a tutela de urgência ser requerida em caráter antecedente ou incidental.

Como já se disse, tal diferença não existe no tocante à tutela provisória de evidência. Esta é requerida sempre em caráter incidental, na própria petição inicial, na própria petição recursal ou em petição avulsa, num processo em curso. O juízo competente para apreciar o pedido de tutela provisória de evidência é o próprio juízo competente para julgar a causa ou o recurso.

2.7. Recursos cabíveis contra a decisão que versa sobre a tutela provisória de evidência

Concedida ou negada a tutela provisória de evidência por decisão interlocutória, cabe agravo de instrumento para o respectivo tribunal (CPC, art. 1.015, I), em cujo julgamento é permitida a sustentação oral (CPC, art. 937, VIII).

Concedida a tutela provisória de evidência na sentença, o recurso cabível é mesmo a apelação. Não é possível interpor agravo de instrumento contra o capítulo concessivo da tutela provisória e, a um só tempo, apelação contra os demais capítulos da sentença. A regra da singularidade reforça o cabimento de apenas um recurso. De todo modo, o § 5º do art. 1.013 do CPC estabelece que o capítulo da sentença que concede a

tutela provisória é impugnável na apelação. A disposição tem a confirmá-la o § 3º do art. 1.009 do CPC, segundo o qual cabe apelação mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 (e a tutela provisória é a primeira delas) integrarem capítulo da sentença.

Se a tutela provisória for deferida ou indeferida por decisão de relator em tribunal, cabe agravo interno (CPC, art. 1.021). É possível que a decisão seja do colegiado do tribunal. Nesse caso, cumpre investigar se cabem recursos especial e extraordinário.

De acordo com os arts. 102, III, e 105, III, ambos da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm competência para, em recurso extraordinário e em recurso especial, respectivamente, julgar as *causas* decididas em *única* ou *última* instância, quando a decisão recorrida, além de outras hipóteses, violar norma constitucional (no caso do recurso extraordinário) ou de lei federal (no caso do recurso especial).

Considerando que os referidos dispositivos constitucionais aludem ao julgamento de *causas*, parte da doutrina e da jurisprudência passou a entender que não seria possível interpor recurso especial ou extraordinário contra acórdão proferido em agravo de instrumento.²² É que, segundo tal entendimento, quando se referem à *causa*, os dispositivos constitucionais estão a tratar da extinção do processo com ou sem resolução do mérito, não abrangendo as decisões que versam sobre incidentes processuais.

Tal entendimento, contudo, não prevaleceu e, à luz do CPC-2015, é simplesmente equivocado, tendo em vista a expressa possibilidade de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias de mérito definitivas (CPC, art. 1.015, II).

De todo modo, o Superior Tribunal de Justiça editou, há anos, o enunciado 86 de sua súmula de jurisprudência: “cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”. Dessa orientação não dissentiu o Supremo Tribunal Federal, consoante se verifica do julgamento proferido no Recurso Extraordinário 153.831-7-SP, em que se consignam alguns precedentes da própria Corte Suprema e se conclui que “o termo ‘causa’ empregado no art. 105, III, da CF compreende qualquer questão federal resolvida em única ou última instância, pelos Tribunais

²² REINALDO, Demócrito Ramos. O recurso especial e as decisões interlocutórias desafiadas por agravo de instrumento. *Revista de processo*, nº 78, pp. 09-18.

Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios, ainda que mediante decisão interlocutória”.²³

Enfim, assentou-se o entendimento segundo o qual o termo *causa* constante do texto constitucional abrange não somente o julgamento final da demanda, como também a resolução de qualquer incidente no processo, de sorte que se afigura cabível o recurso extraordinário ou o recurso especial contra qualquer acórdão.

Não obstante a definição de tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado 735 de sua súmula: “não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”.

Os precedentes que deram origem a tal enunciado denotam quais as *rationes decidendi* que fundamentam o entendimento: a aferição da existência dos requisitos para a concessão da tutela provisória situa-se na esfera de avaliação subjetiva do órgão julgador, além de não ser manifestação conclusiva ou definitiva do caso, não se enquadrando na hipótese do art. 102, III, da Constituição Federal, de forma a ser insuscetível de apreciação no âmbito do recurso extraordinário.

Primeiramente, não é correto afirmar que a concessão de tutela provisória se situa na esfera de avaliação subjetiva do órgão julgador. A concessão ou a denegação de provimento provisório encontra balizamento em regras específicas da legislação processual, devendo o juiz, ao proferir sua decisão, fundamentá-la, demonstrando as razões pelas quais estão preenchidos ou não os seus pressupostos. A verificação da presença de tais pressupostos rende ensejo à revisão pelos tribunais, pois se trata de atividade interpretativa.

O enunciado 735 da súmula do STF estabelece que não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere liminar. A razão do entendimento repousa na circunstância de o julgamento assim proferido decorrer de um juízo de cognição sumária, sendo provisório. O recurso extraordinário estaria a reclamar providência definitiva para instaurar o contencioso constitucional. Na verdade, continua sendo cabível o recurso extraordinário contra decisão interlocutória. Somente não cabe o recurso extraordinário

²³ STF, RE 153.831-7-SP, 1ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. 03.12.2002, *Revista de processo*, nº 112, p. 339.

se o provimento for provisório, fundado em mera probabilidade ou verossimilhança; enfim, se se tratar de provimento decorrente de cognição sumária.

A inviabilidade do extraordinário, porém, não resulta do argumento que vem fundamentando os precedentes que deram origem ao enunciado 735 da súmula do STF. O fato de a decisão ser provisória e estar fundada em cognição sumária não a afasta do conceito de *causa* encartado no art. 102, III, da Constituição Federal. Na verdade, o recurso extraordinário revelar-se-ia incabível na espécie, porque envolve reexame de fatos ou provas.²⁴ Além disso, é *reflexa* ou *indireta* a alegada violação a dispositivo constitucional.

Ainda que a liminar se fundamente em dispositivo constitucional, para demonstrar a suposta violação pelo acórdão recorrido a qualquer norma da Constituição Federal, o recorrente terá que discorrer sobre o dispositivo legal que trata dos pressupostos para a concessão da tutela provisória (CPC, art. 300, por exemplo). Como se percebe, os dispositivos que estabelecem os pressupostos para a concessão de tutela provisória inserem-se na legislação infraconstitucional, escapando, pois, do âmbito do extraordinário.

É possível, porém, imaginar o cabimento de recurso extraordinário contra esse tipo de acórdão, fato que contraria o enunciado da súmula: pense-se no caso de acórdão que violasse regra de competência prevista na Constituição ou não tivesse fundamentação adequada (CF, art. 93, IX). Nesses casos, a despeito de tratar-se de acórdão sobre medida liminar, há possibilidade de utilização do recurso extraordinário para o STF.

O Superior Tribunal de Justiça segue, em princípio, o entendimento do STF e aplica o enunciado 735 de sua súmula. Com efeito, o “STJ, em sintonia com o disposto no enunciado da súmula 735 do STF, entende que, via de regra, não é cabível recurso especial para reexaminar decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, em razão da natureza precária da decisão, por falta de cumprimento do requisito do exaurimento de instância”.²⁵ Não se pode, porém, afastar, de modo absoluto, o cabimento

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 1090.

²⁵ STJ, AgRg no AREsp 620.462/SP, 3ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 20.10.2015, DJe 23.10.2015. No mesmo sentido, STJ, AgRg no AREsp 764.603/PR, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.10.2015, DJe 05.11.2015.

do recurso especial contra provimentos de urgência, sendo cabível quando impossível a medida ou em razão da violação a alguma regra que vede ou restrinja sua concessão.

2.8. Tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública

É possível a tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública. Se a Fazenda Pública abusa do direito de defesa, é possível haver a concessão da tutela provisória.

Não é comum – sendo até improvável – pensar numa hipótese de ação de depósito contra a Fazenda Pública. De todo modo, se for proposta uma ação de depósito contra a Fazenda Pública, cabe a tutela provisória de evidência prevista no inciso III do art. 311 do CPC.

A hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC equivale ao caso de mandado de segurança. Com efeito, a evidência serve à tutela definitiva, fundada em cognição exauriente, no procedimento do mandado de segurança, cuja concessão é desafiada por apelação sem efeito suspensivo. De igual modo, havendo evidência documental numa ação de procedimento comum contra a Fazenda Pública em que não haja dúvida razoável oposta ao documento, é possível o juiz conceder a tutela de evidência para afastar o efeito suspensivo da apelação, desde que não incidam, no caso, as hipóteses legais de vedação de tutela provisória.

Significa que as vedações legais à tutela antecipada contra a Fazenda Pública aplicam-se no caso do inciso IV do art. 311 do CPC. É preciso conciliar o art. 1.059 com o art. 311, IV, ambos do CPC. O juiz, na hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC, pode conceder a tutela de evidência para afastar o efeito suspensivo da apelação numa ação contra a Fazenda Pública, desde que isso não implique pagamento ou expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor.

Sempre que houver julgamento antecipado do mérito por suficiência da prova documental, será possível a tutela provisória contra a Fazenda Pública, desde que a hipótese não se enquadre numa das vedações legais. Nos casos em que está vedada a tutela provisória, não é possível a tutela de evidência fundada no inciso IV do art. 311 do CPC contra a Fazenda Pública.

Também é possível a tutela de evidência contra a Fazenda Pública na hipótese

prevista no inciso II do art. 311 do CPC.

A propósito, convém observar que o enunciado 35 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis assim estabelece: “[a]s vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência”.²⁶ Tal enunciado deve ser lido com a necessária adaptação: as vedações legais aplicam-se na hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC.

A decisão concessiva de tutela antecipada que se apoie em entendimento já consolidado no STF não sofre a incidência do disposto no art. 1º da Lei 9.494/1997, podendo haver determinação ao Poder Público de pagamento imediato de vantagens a servidores. Tal entendimento – manifestado em vários precedentes do STF – confirma a ampla possibilidade da tutela de evidência, fundada no inciso II do art. 311 do CPC, contra a Fazenda Pública, sem que haja a incidência das vedações contidas em diversos dispositivos legais.

Essa hipótese do inciso II do art. 311 do CPC insere-se no conjunto de regras que tutelam a segurança jurídica e o respeito ao sistema de precedentes, exigindo que o Judiciário cumpra com os deveres de uniformidade, estabilidade, coerência e integridade (CPC, art. 926). Ao Poder Público, nesse mesmo sentido, cumpre atender aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade (CF, art. 37), que se relacionam diretamente com o respeito aos precedentes e à integridade e à coerência do sistema.

Enfim, cabe a tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública, ressalvados os casos de vedação legal quanto à hipótese do inciso IV do art. 311 do CPC.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio como diritto*

²⁶ Em sentido contrário, o enunciado 14 do Fórum Nacional do Poder Público: “[n]ão é cabível concessão de tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública nas hipóteses mencionadas no art. 1.059 do CPC”.

d'influenza e dovere dibattito. *Rivista di diritto processuale*, nº 2, ano LX., abr./jul., 2005.

CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira. Antecipação dos efeitos da tutela por abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu. *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Rodrigo Mazzei, Teresa Arruda Alvim Wambier e Thereza Alvim (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao art. 294. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (orgs.). Alexandre Freire (coord. exec.). São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. Volume 2.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de processo*, nº 256. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GODINHO, Robson Renault. Comentários ao art. 294. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de processo*, v. 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr., 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela antecipada sancionatória. *Revista dialética de direito processual*, v. 43. São Paulo: Dialética, out., 2006.

REINALDO, Demócrito Ramos. O recurso especial e as decisões interlocutórias desafiadas por agravo de instrumento. *Revista de processo*, nº 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Volume 1.

SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Volume 3.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.