



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A EXISTÊNCIA DE HIPÓTESES DE TUTELAS DE EVIDÊNCIA ATÍPICAS NO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Matheus Duarte Alves

Rio de Janeiro
2021

MATTHEUS DUARTE ALVES

A EXISTÊNCIA DE HIPÓTESES DE TUTELAS DE EVIDÊNCIA ATÍPICAS NO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

A EXISTÊNCIA DE HIPÓTESES DE TUTELAS DE EVIDÊNCIA ATÍPICAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Mattheus Duarte Alves

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado.

Resumo – As hipóteses de tutelas de evidências atípicas estão intimamente ligadas à uma interpretação sistemática do direito processual civil brasileiro no que diz respeito ao alcance de uma proteção estatal mais efetiva. Embora seja assunto pouco abordado nos estudos atinentes à essa matéria, sua análise é imprescindível para que se compreenda a dinâmica e o real alcance das tutelas de evidência. Objetiva-se com o presente trabalho abordar as disposições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, bem como os fundamentos para que as tutelas de evidência atípicas sejam reconhecidas e aceitas no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras Chave – Tutelas Provisórias. Tutelas de Evidência. Tutelas de Evidência Atípicas.

Sumário - Introdução. 1. Tutelas provisórias como garantia de efetividade do processo. 2. As hipóteses de tutelas de evidências típicas no Código de Processo Civil de 2015. 3. A existência de tutelas de evidência atípicas à luz do direito processual civil brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende analisar a possibilidade de tutelas de evidência atípicas no direito processual brasileiro. Procura-se demonstrar que a aplicação desse instituto não depende de um rol de hipóteses previsto em lei, bastando que suas características estejam presentes de forma a justificar uma resposta estatal com maior rapidez.

Para tanto, serão analisadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, bem com a exposição dos motivos que geram tal controvérsia.

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece em seu artigo 311 quatro hipóteses em que deve ser reconhecido como evidente o direito de quem pleiteia em juízo. Tendo em vista que o Código de Processo Civil de 1973 não tratava do assunto de forma expressa, muito se discutiu no meio acadêmico a respeito de ser ou não uma novidade no direito processual brasileiro e se o rol previsto pelo referido artigo é taxativo ou exemplificativo.

O tema é pouco abordado nos manuais de direito processual civil e pouco aceito pela jurisprudência, que se limita a analisar de forma literal o dispositivo processual que aborda esse assunto.

Para melhor compreensão do tema, busca-se analisar o conceito do instituto, suas principais características, e uma abordagem crítica a respeito da possibilidade de serem reconhecidas tutelas de evidência mesmo fora do Código de Processo Civil.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho conceituando as tutelas provisórias, do qual são espécies a tutela de urgência e a tutela de evidência, assim como demonstrando a sua relação com o contraditório e o que justifica sua aplicação no âmbito do direito processual brasileiro.

Segue-se demonstrando, no segundo capítulo, como são aplicadas as tutelas de evidência típicas, com uma análise pormenorizada do art. 311 do Código de Processo Civil de 2015.

O terceiro capítulo aborda a existência das tutelas de evidência à luz do Código de Processo Civil de 1973, bem como a possibilidade de tutelas de evidência atípicas no direito processual brasileiro atual.

Procura-se explicitar como é possível sua aplicação fora das hipóteses legais e o reconhecimento por parte da doutrina de hipóteses que configuram, na prática, esse instituto.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisa e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. TUTELAS PROVISÓRIAS COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE DO PROCESSO

Entre uma de suas acepções, a palavra tutela pode ser conceituada como a ação de proteger, vigiar ou defender alguém ou algo mais fraco¹. Por sua vez, provisório é aquilo que não tem caráter definitivo. Assim, em um primeiro momento, é possível assimilar a ideia de tutela provisória como uma proteção estatal que, marcada pela não definitividade, pode ser modificada ou mesmo revogada a qualquer tempo².

¹ MICHAELIS. *Tutela*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=tutela>> Acesso em: 29 set. 2020.

² BRASIL. *Código de Processo Civil*. “Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

Segundo Marinoni, “tutela é a proteção que o Estado deve dar aos direitos, seja mediante normas (tutela normativa), atividades fático-administrativas (tutela administrativa) ou mediante decisões judiciais (tutela jurisdicional)³. No caso do presente trabalho, ante a necessidade de provocação do Poder Judiciário para o exercício do direito pretendido, a tutela provisória terá sempre caráter jurisdicional.

O que justifica a concessão de uma tutela em caráter provisório é o fato de o julgador exercer uma cognição sumária diante da questão, isto é, decidir com base em um juízo de mera probabilidade de o direito existir. Significa dizer que o juiz, ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica⁴. Chama-se cognição sumária, portanto, pois o conflito é conhecido resumidamente, de maneira breve⁵.

Tal situação ocorre, pois, assim como leciona Humberto Theodoro Júnior, “[...] há situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou riscos de prejuízos para uma das partes, os quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da Justiça”.⁶

Nesse sentido, uma das principais características da tutela provisória é o fato de o juiz poder decidir a favor de um sem mesmo ter ouvido o outro contra quem se decide. Trata-se, contudo, de situação excepcional, pois a regra no direito processual brasileiro é que toda decisão proferida seja fruto de uma prévia discussão dialética por parte dos sujeitos envolvidos.

Ocorre que mesmo nessas hipóteses não será possível a supressão total do contraditório. Por essa razão, a doutrina aponta que nesses casos haverá o chamado contraditório diferido ou postecipado, isto é, aquele realizado após a tomada de decisão. Sendo excepcional o contraditório diferido, só deve ser admitido se o respeito ao contraditório tradicional representar concretamente um sério risco à efetividade da tutela a ser concedida⁷.

Em contrapartida, o exercício da cognição exauriente, típico das decisões definitivas, é fundada em um juízo de certeza, por meio do qual os sujeitos envolvidos no conflito utilizam todos os meios admitidos em lei para formar o convencimento do juiz. Exaurir é o mesmo que

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 17.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 483.

⁵ MICHAELIS. *Sumário*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sum%C3%A1rio/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 60. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 646.

⁷ NEVES, op. cit., p. 181.

esgotar completamente⁸. Por isso, é possível afirmar que a tutela de cognição exauriente garante a realização plena do princípio do contraditório⁹.

Contudo, é importante não confundir o caráter provisório com a qualidade de ser temporário. Isso porque toda tutela provisória visa um dia ser aplicada de forma definitiva, isto é, de ser confirmada após uma análise mais aprofundada da questão, com plena participação dos sujeitos envolvidos.

Nesse sentido, dispõe Daniel Amorim Assumpção Neves que “temporário também tem um tempo de duração predeterminado, não durando eternamente, mas, ao contrário da tutela provisória, não é substituída pela tutela definitiva; simplesmente deixa de existir, nada vindo tomar seu lugar”¹⁰.

Diante dessas considerações, torna-se imperiosa a análise das espécies de tutela provisória à luz do direito processual brasileiro.

A primeira delas é a tutela de urgência que, como o nome sugere, pressupõe uma situação emergencial para sua aplicação. Por essa razão, a doutrina e o Código de Processo Civil¹¹ apontam que são dois os seus requisitos: o *fumo boni iuris*, literalmente “fumaça do bom direito”, e o *periculum in mora*, que significa “perigo na demora”.

A fumaça do bom direito consiste na aparência de que ele realmente exista. Apesar de não ser possível afirmar com certeza, há indícios que indicam uma probabilidade de sua existência. Para sua análise, o juízo necessário não é o de certeza, mas o de verossimilhança, efetuado sumária e provisoriamente à luz dos elementos produzidos pela parte¹².

Por sua vez, o perigo na demora consiste na análise de efetividade levando em consideração o tempo de duração do processo. Em outras palavras, caso aquela decisão não seja tomada naquele momento, há sérios riscos de o direito perecer, tornando-se inútil ou prejudicial sua aplicação em tempo posterior.

Uma vez presentes seus requisitos, portanto, a tutela de urgência deve ser reconhecida e concedida para que seja efetiva a prestação jurisdicional. Além disso, ela poderá ser classificada como cautelar ou antecipada a depender da forma como for instituída para a preservação do direito.

⁸ MICHAELIS. *Exaurir*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/exaurir/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁹ MARINONI, op. cit., p. 14.

¹⁰ NEVES, op. cit., p. 484.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

¹² THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 663.

A tutela de urgência será cautelar quando for destinada a assegurar o resultado útil do processo, nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade¹³. Chama-se cautelar, pois consiste em um cuidado ou precaução para evitar um mal¹⁴.

Dessa forma, assim dispõe Alexandre Câmara¹⁵:

Pense-se, por exemplo, no caso de um devedor que, antes de vencida sua dívida, tente desfazer-se de todos os bens penhoráveis. Não obstante a alienação desses bens não comprometa a existência do direito de crédito, certo é que o futuro processo de execução não será capaz de realizar na prática o direito substancial do credor se não houver no patrimônio do devedor bens suficientes para a realização do crédito. Verifica-se, aí, uma situação de perigo para a efetividade do processo [...].

Já a tutela de urgência antecipada consiste no adiantamento de um provimento judicial que só seria dado, naturalmente, ao final do processo. Nessa lógica, a parte poderá usufruir do direito material desde já, mesmo que ele ainda esteja sendo discutido.

O exemplo clássico dessa situação é o caso em que uma pessoa é internada correndo risco de morte e o plano de saúde não libera o tratamento necessário para a preservação de sua vida. Nesse caso, como a demora pode trazer prejuízos irreparáveis, é comum que os juízes determinem, de forma provisória, o tratamento em favor daquele que se encontra necessitado.

Cabe destacar que, mesmo nessa hipótese, caso fique provado que a pessoa beneficiária da decisão provisória não tinha real direito ao tratamento do qual usufruiu, nada impede que o plano de saúde ajuíze demanda pleiteando os valores que foram desembolsados.

A segunda espécie de tutela provisória é chamada de tutela de evidência, caso em que não é preciso demonstrar o perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. Por essa razão, afirma Alexandre Câmara que “trata-se de técnica de aceleração do resultado do processo, criada para casos em que se afigura evidente (isto é, dotada de probabilidade máxima) a existência do direito material”¹⁶.

Com efeito, são hipóteses em que o direito do autor é tão evidente que não seria coerente ou mesmo efetivo ter que esperar todo o trâmite processual para que lhe seja assegurado o bem da vida pretendido.

A respeito desse instituto, assim dispõe Marinoni¹⁷:

O código de 2015, na linha do art. 273, II, do código de 1973, institui uma técnica processual destinada a viabilizar a tutela do direito do autor quando os fatos

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 173.

¹⁴ MICHAELIS. *Cautela*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/cautela/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁵ *Ibid.*, p. 173.

¹⁶ *Ibid.*, p. 185.

¹⁷ MARINONI, op. cit., p. 193.

constitutivos do direito são incontroversos ou evidentes e a defesa é infundada e, portanto, quando o exercício da defesa pode ser visto como um abuso.

As suas hipóteses expressas estão previstas de forma ordenada no artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015 ao longo de quatro incisos, as quais serão analisadas de forma específica no próximo capítulo do presente trabalho, a fim de tornar compreensível o estudo das tutelas de evidência atípicas no capítulo subsequente.

2. AS HIPÓTESES DE TUTELAS DE EVIDÊNCIAS TÍPICAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015, diferentemente de seu antecessor, o Código de Processo Civil de 1973, trouxe de forma expressa um título dedicado integralmente às tutelas de evidência, abordadas em seu artigo 311. Com isso, é possível analisar quatro hipóteses em que a tutela não se funda na urgência do caso, e sim na evidência do sistema jurídico¹⁸.

Nessa lógica, ensina Elpídio Donizetti¹⁹:

Para a concessão da tutela provisória fundamentada na evidência não é necessário demonstrar a existência de qualquer perigo ou risco para o processo ou para o direito invocado pela parte (art. 311). Isso ocorre porque o perigo (ou risco de perigo) está inserido na própria noção de evidência. O direito da parte é tão cristalino que a demora na sua execução, por mera e inócua atenção aos atos procedimentais do método, já se torna indevida.

A primeira possibilidade de tutela de evidência surge quando “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”²⁰. Tal previsão é chamada pela doutrina de tutela provisória sancionatória, na medida em que visa a condenar a má-fé do demandado em razão de sua postura abusiva ou protelatória dentro do processo.

Isso ocorre, por exemplo, quando o réu apresenta defesa que contraria fatos notórios, ou se baseia em lei já declarada inconstitucional pelo STF.²¹ Seria o caso também do réu que requer expedição de cartas rogatórias para diversos países, ficando evidenciado que só pretendia procrastinar o andamento do feito.²²

¹⁸ LAMY, Eduardo. *Tutela Provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 25.

¹⁹ DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 578.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 2. “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”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²¹ CÂMARA, op. cit., p. 186.

²² DONIZETTI, op. cit., p. 580.

De fato, a maioria dos atos tipificados como litigância de má-fé pelo art. 80 do CPC também poderão configurar o abuso do direito de defesa exigido pela tutela antecipada sancionatória²³.

Por essa razão, Humberto Theodoro Júnior aponta que “[...] a versão do autor, que em si já era verossímil, passa a revestir-se, enfim, da qualidade de certeza, diante da resistência inconsistente e maliciosa do réu”²⁴.

Além disso, conclui Eduardo Lamy afirmando que “[...] é necessária defesa para que verifiquem as hipóteses deste inciso I, aqui não há como sequer analisar-se o pedido de tutela evidente antes da efetivação do contraditório, não havendo que se cogitar sua concessão *inaudita altera parte*”²⁵.

A segunda hipótese de tutela de evidência prevista no artigo em comento ocorrerá quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”²⁶. Portanto, a lei exige dois requisitos para sua concessão, um de caráter fático e outro de cunho jurídico.

Em relação ao primeiro, há situação equivalente àquela do mandado de segurança, cuja concessão exige a demonstração de direito líquido e certo (assim compreendido aquele direito cujo fato constitutivo é demonstrável através de prova exclusivamente documental e preconstituída)²⁷.

No tocante ao segundo, o Código de Processo Civil privilegia o sistema de precedentes vinculantes, associados ao princípio constitucional da isonomia²⁸ e da segurança jurídica, consubstanciados na ideia de que decisões semelhantes devem ser aplicadas a casos semelhantes.

²³ NEVES, op. cit., p. 560.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 730.

²⁵ LAMY, op. cit., p. 26.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²⁷ CÂMARA, op. cit., p. 186.

²⁸ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

Sendo assim, na hipótese deste inciso, com a demonstração dos dois requisitos há uma alta probabilidade de que o autor tenha de fato o direito alegado no caso concreto capaz de justificar a concessão da tutela provisória de evidência.

A título de exemplo, assim aponta Elpídio Donizetti:²⁹

Essa prova documental pode consistir, por exemplo, num contrato bancário, juntado com a inicial, cujas cláusulas pretende o demandante que sejam declaradas abusivas. Sobre a cláusula abusiva deve haver julgamento firmado em casos repetitivos – por exemplo, recurso extraordinário ou recurso especial repetitivos ou ainda incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como em súmula vinculante.

Contudo, há de se observar que ainda não se está concedendo uma tutela definitiva, porque as alegações de fato podem se mostrar falsas no encerramento da instrução probatória e o réu poderá se defender juridicamente alegando a distinção do caso em análise da tese jurídica já firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (*distinguish*)³⁰.

Prosseguindo, dispõe o terceiro inciso sobre a hipótese de “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”³¹.

Por pedido reipersecutório deve-se entender a pretensão de tutela que tem por objetivo reaver (perseguir) a coisa³². Portanto, trata-se de pedido em que o demandante visa a restituição da coisa depositada, desde que comprovado seu direito por meio de prova documental.

Segundo o Código Civil, “pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”³³. Sendo assim, se o depositário não devolver a coisa quando acionada para tanto, poderá o depositante propor ação em face daquele, pleiteando a concessão da tutela provisória fundamentada na evidência do direito previsto no contrato³⁴.

²⁹ DONIZETTI, op. cit., p. 581.

³⁰ NEVES, op. cit., p. 562.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: 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”. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.html>. Acesso em: 17 mar. 2021.

³² DONIZETTI, op. cit., p. 581.

³³ BRASIL. *Código Civil*. “Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

³⁴ *Ibid.*, p. 582.

Por fim, a quarta hipótese capaz de justificar a concessão da tutela de evidência ocorre se “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”³⁵.

De acordo com Eduardo Lamy, “este inciso é aquele que mais se aproxima da lógica essencial à tutela de evidência”³⁶. Implica dizer que a razão de ser da tutela de evidência é justamente o fato de o autor demonstrar um direito tão evidente e suficiente capaz de permitir que o provimento postulado lhe seja concedido de forma provisória.

Como bem delineado no inciso, a tutela de evidência só poderá ser concedida após a manifestação do réu, pois é justamente o seu comportamento de não opor prova capaz de gerar dúvida razoável que tornará o direito do autor evidente. Por isso, não é possível confundir o julgamento antecipado do mérito³⁷ com o inciso quarto do artigo 311 do Código de Processo Civil, na medida em que o último só confirmará a evidência após a contestação do réu.

Uma vez concluída a análise das hipóteses expressas do artigo em questão, é necessário analisar se existem outras hipóteses de tutela de evidência no direito processual brasileiro, bem como se tal instituto jurídico já existia de forma implícita a luz do Código de Processo Civil de 1973, tema abordado no próximo capítulo.

3. A EXISTÊNCIA DE TUTELAS DE EVIDÊNCIA ATÍPICAS À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência acerca de uma possível inovação legislativa quanto às tutelas de evidência em relação ao Código de Processo Civil 1973 ou mesmo se é possível encontrar esse instituto fora do artigo 311 da norma processual vigente.

Quanto ao primeiro questionamento, é possível sustentar que houve uma inovação legislativa formal, mas não material, pois a essência do que viria a se chamar tutela de evidência já existia à luz da legislação processual anterior. No tocante ao segundo, há diversos exemplos que demonstram a possibilidade de tutelas de evidência atípicas, como será analisado adiante.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: 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”. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.html>. Acesso em: 17 mar. 2021.

³⁶ LAMY, op. cit., p. 28.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas; II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349”.

Em verdade, atípico significa aquilo que se afasta do que é típico, comum; anômalo, incomum, inusitado³⁸. No Direito, é recorrente o uso da expressão quando há necessidade de fazer referência a algo não previsto especificamente nos moldes legais, como acontece com os contratos atípicos no Direito Civil, os direitos fundamentais atípicos no Direito Constitucional e a conduta atípica no Direito Penal, por exemplo.

Dessa forma, deve ser considerada como atípica toda situação de tutela de evidência não prevista expressamente no artigo 311 do Código de Processo Civil, mas que demonstre a probabilidade máxima do direito daquele que postula em juízo.

Nesse sentido, assim dispõe Daniel Assumpção³⁹:

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

Um exemplo disso é a chamada liminar possessória, atualmente prevista no artigo 562 do Código de Processo Civil de 2015⁴⁰, mas que já era prevista com idêntico teor no artigo 928 do Código de Processo Civil de 1973⁴¹. Por meio dela, é autorizado o deferimento da expedição de mandado liminar de manutenção ou de reintegração de posse quando restar evidente o direito do autor, ainda que o réu não tenha sido previamente ouvido.

Nesse caso, a evidência será demonstrada por meio dos requisitos específicos previstos no artigo 561 do Código de Processo Civil de 2015⁴², hipótese em que será conferida máxima probabilidade ao direito alegado, a ensejar a concessão da respectiva liminar possessória.

³⁸ MICHAELIS. *Atípico*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/at%C3%ADpico/>> Acesso em: 06 abr. 2021.

³⁹ NEVES, op. cit., p. 564.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁴¹ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. “Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impresao.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 561. Incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

Portanto, apesar de não estar situada no artigo 311 do Código de Processo Civil, trata-se de claro exemplo de tutela de evidência atípica reconhecida por doutrinadores como Alexandre Câmara⁴³ e Daniel Assumpção⁴⁴ e que já existia mesmo antes da entrada em vigor novo diploma processual.

Outra situação semelhante ocorre na ação monitória⁴⁵, procedimento especial pelo qual aquele que possui crédito fundado em documento escrito poderá transformá-la em título executivo líquido e exigível por meio da sua propositura⁴⁶.

Nessa hipótese, a lei autoriza a expedição do denominado mandado monitório caso fique demonstrado ser evidente o direito do autor⁴⁷, segundo a prova escrita que instruir a petição inicial. Isso se justifica para conferir mais celeridade ao processo.

Com efeito, assim leciona Marinoni⁴⁸:

O legislador apostou no procedimento monitório como técnica destinada a propiciar a aceleração da realização dos direitos e, assim, capaz de evitar o custo do procedimento comum. Partindo da premissa de que um direito evidenciado mediante “prova escrita” em regra não deve sofrer contestação, o procedimento monitório objetiva, através da inversão do ônus de instaurar a discussão do direito, desestimular as defesas infundadas e permitir a tutela do direito sem as delongas do procedimento comum.

Há também exemplos de tutelas de evidência atípicas fora do Código de Processo Civil, assim como defende Eduardo Lamy ao sustentar que “[...] fica claro que como o rol do art. 311 é meramente exemplificativo, as decisões havidas em ações de controle de constitucionalidade também tratam de importante hipótese legal de tutela de evidência (ADI, ADC e ADPF, reguladas pelas Leis nº 9.882/99 e 9.896/99)”⁴⁹. Tal conclusão é possível em razão do caráter vinculante de tais decisões, o que também tornaria evidente o direito do autor.

Ademais, Alexandre Câmara sustenta que outro exemplo de tutela de evidência atípica em legislação extravagante seria a fixação de aluguel provisório em ação revisional de

⁴³ CÂMARA, op. cit., p. 189.

⁴⁴ NEVES, op. cit., p. 564.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 700. A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz: I - o pagamento de quantia em dinheiro; II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel; III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁴⁶ LAMY, op. cit., p. 33.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 2. “Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁴⁸ MARINONI, op. cit., p. 207.

⁴⁹ LAMY, op. cit., p. 33.

aluguel,⁵⁰ pela qual o juiz pode fixar aluguel provisório com base nos elementos trazido aos autos pelo locador e pelo locatário⁵¹.

Entretanto, apesar das lições trazidas pela doutrina, há certa resistência da jurisprudência em reconhecer como exemplificativo o rol do artigo 311 do Código de Processo Civil, como é o caso deste julgado recente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁵²:

[...] É certo que a concessão da tutela de evidência exige o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 311 do Novo Código de Processo Civil. Verifica-se, todavia, que não estão presentes os requisitos para concessão de tutela de evidência, tendo em vista que a hipótese em apreço não se adequa a qualquer dos incisos do rol taxativo do artigo 311 da lei processual civil [...]

Como se percebe pelo trecho da ementa, o magistrado fundamenta sua decisão no sentido de que a tutela de evidência estaria sendo negada naquele caso concreto, pois estaria fora das hipóteses do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015, o que levaria a crer se tratar de um dispositivo com um rol taxativo que não permite outras hipóteses além das quatro ali previstas.

Apesar da controvérsia, é perfeitamente possível identificar a tutela de evidência tanto fora das hipóteses do artigo em comento, quanto fora, inclusive, do Código de Processo Civil. Para tanto, basta que haja coerência e se respeite a essência do instituto que, como já abordado, tem aplicação desde o Código de Processo Civil de 1973 sem que houvesse um rol fechado.

A respeito do artigo ser taxativo ou exemplificativo, defende Cristiane Druve Tavares Fagundes que a “taxatividade não conduz à aceitação da assertiva segundo a qual o rol previsto no artigo 311, do CPC, conteria todas as hipóteses autorizadoras de tutela de evidência”⁵³. Para a professora, o rol é taxativo, mas isso não o limita apenas às hipóteses elencadas no artigo 311.

Portanto, em que pese posições contrárias, a tutela de evidência atípica deve sim ser considerada como possibilidade real no direito processual civil, pois suas hipóteses vão além

⁵⁰ CÂMARA, op. cit., p. 189.

⁵¹ BRASIL. *Lei nº 8.245/91*, de 08 de outubro de 1991. “Art. 68. Na ação revisional de aluguel, que terá o rito sumário, observar-se-á o seguinte: II – ao designar a audiência de conciliação, o juiz, se houver pedido e com base nos elementos fornecidos tanto pelo locador como pelo locatário, ou nos que indicar, fixará aluguel provisório, que será devido desde a citação, nos seguintes moldes: [...]”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 00072890-34.2020.8.19.0000*. Relator Desembargador: Arthur Narciso de Oliveira Neto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.12.0>>. Acesso em: 22 set. 2020.

⁵³ FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Breves apontamentos sobre a tutela de evidência no NCPC*. Empório do Direito. São Paulo. 11 jul. 2017. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/breves-apontamentos-sobre-a-tutela-de-evidencia-no-ncpc-por-cristiane-druve-tavares-fagundes>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

da manifestação expressa do legislador nesse sentido, bastando que haja seus requisitos autorizadores.

CONCLUSÃO

Por meio da análise das tutelas de evidência prevista no artigo 311 do Código de Processo Civil, foi possível constatar que há diversas outras hipóteses práticas não amparadas pelo legislador no mesmo diploma processual, mas que também devem ser consideradas como pertencentes à essa mesma categoria.

Nesse sentido, surgem as tutelas de evidências atípicas que, assim como as típicas ou taxativas, também merece atenção dos doutrinadores e reconhecimento por parte da jurisprudência para que sua aplicação não fique condicionada apenas a um dispositivo legal ou ao próprio Código de Processo Civil.

Contudo, conforme demonstrado, ainda há grande resistência por parte dos Tribunais em aplicar tal entendimento, de forma que é possível falar atualmente em um rol fechado que não se coaduna com a realidade desse instituto processual civil.

Com efeito, a presente pesquisa pretendeu abordar diversos exemplos em que as tutelas de evidência atípicas devem ser reconhecidas por parte dos estudiosos do direito, sobretudo para trazer mais efetividade à prestação jurisdicional e resguardar a finalidade dessa espécie de tutela provisória.

Por fim, independentemente de estar previsto no Código de Processo Civil ou em leis extravagantes, a tutela de evidência deve ser reconhecida sempre que o direito for dotado de probabilidade máxima, não cabendo ao legislador tentar limitar todas as hipóteses em que o direito do demandante se demonstrar evidente à luz do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ATÍPICO: Dicionário online Michaelis, 06 abr. 2021. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/at%C3%ADpico/>>. Acesso em: 29. abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.245/91*, de 08 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impresao.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Agravo de Instrumento nº 00072890-34.2020.8.19.0000. Relator Desembargador: Arthur Narciso de Oliveira Neto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.12.0>>. Acesso em: 22 set. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAUTELA: Dicionário online Michaelis, 29 set. 2020. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/cautela/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

EXAURIR: Dicionário online Michaelis, 01 out. 2020. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/exaurir/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Breves apontamentos sobre a tutela de evidência no NCPC*. Empório do Direito. São Paulo. 11 jul. 2017. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/breves-apontamentos-sobre-a-tutela-de-evidencia-no-ncpc-por-cristiane-druve-tavares-fagundes>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

LAMY, Eduardo. *Tutela Provisória*. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SUMÁRIO: Dicionário online Michaelis, 01 out. 2020. <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sum%C3%A1rio/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 60. Ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TUTELA: Dicionário online Michaelis, 29 set. 2020. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=tutela>>. Acesso em: 29 set. 2020.