



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ - UESPI
CAMPUS TORQUATO NETO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO



JHESSYCA DYRA DUARTE ROCHA

**A UTILIDADE DA TUTELA DA EVIDÊNCIA PUNITIVA E DOCUMENTADA COMO
INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE PROCESSUAL**

Teresina

2017

Jhessyca Dyra Duarte Rocha

**A UTILIDADE DA TUTELA DA EVIDÊNCIA PUNITIVA E DOCUMENTADA COMO
INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE PROCESSUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual do Piauí como requisito
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Espec. Thiago Brandão de
Almeida

Teresina

2017

Jhessyca Dyra Duarte Rocha

**A UTILIDADE DA TUTELA DA EVIDÊNCIA PUNITIVA E DOCUMENTADA COMO
INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE PROCESSUAL**

Monografia apresentada ao Curso de
Bacharelado em Direito na Universidade
Estadual do Piauí como exigência para a
conclusão do Curso de Bacharelado em Direito.

Prof. Espec. Thiago Brandão de Almeida – UESPI (Orientador)

Prof^a. M.^a Lya Rachel Brandão e Mendes Pinheiro – UESPI (Banca Examinadora)

Prof. M.e Virgílio Madeira Martins Filho – UESPI (Banca Examinadora)

Teresina, 12 de janeiro de 2018.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A aprovação desta Monografia não significará endosso do Professor orientador, da banca examinadora ou da Universidade Estadual do Piauí – UESPI às ideias, opiniões e ideologias constantes no trabalho. A responsabilidade é inteiramente da autora.

Teresina, 12 de janeiro de 2018.

Jhessyca Dyra Duarte Rocha

AGRADECIMENTOS

Àqueles professores que, verdadeiramente, moldaram meus conhecimentos jurídicos e a minha forma de enxergar o Direito.

Ao meu orientador de iniciação científica, que abriu as portas que me permitiram conhecer o Direito Processual Civil.

Ao orientador deste trabalho, que, ao lecionar a matéria, me permitiu pensar o processo.

Ao meu colega de estágio que, embora sem saber, me ensinou a questionar a lógica processual.

*A justiça tardia é simplesmente
Rematada injustiça e nada mais!*

Rui Barbosa

RESUMO

Na década de 90 Marinoni trouxe importante contribuição ao direito processual brasileiro, mormente quanto à enfadonha problemática da efetividade processual. Interpretando o inciso II do art. 273, CPC/73, o processualista inspirou a introdução do § 6º ao art. 273, CPC/73. Segundo a tese, com base nesse dispositivo, poderia a parte requerer a antecipação da apreciação do mérito pelo magistrado, uma vez se tratando a questão de direito incontroverso. Por conta dessas discussões doutrinárias, o inciso II do art. 273 transformou-se, com algumas modificações, na tutela da evidência do art. 311, CPC/15. Enquanto isso, o §6º do art. 273, CPC/73 deu origem ao julgamento antecipado parcial de mérito, previsto no art. 356, CPC/15. Pela possibilidade de sua concessão *inaudita altera parte* ou após o contraditório, a tutela da evidência tem sido enxergada como avanço no que diz respeito à efetividade processual. Entretanto, porque originários de um mesmo artigo, torna-se difícil diferenciá-los na prática, divergindo a doutrina quanto a utilidade da tutela da evidência concedida com base nos incisos I e IV. Nesse viés, o presente trabalho se propôs a discutir a utilidade da tutela da evidência nos casos dos referidos incisos, com o intuito de verificar se, de fato, a concessão de tutela da evidência com base nesses incisos gera, inevitavelmente, um julgamento antecipado (total ou parcial) de mérito, ou se há possibilidade de se atribuir aos dispositivos interpretação diversa.

Palavras-chave: Tutela da Evidência. Julgamento Antecipado Parcial de Mérito. Utilidade. Instrumentos de Efetividade Processual.

ABSTRACT

In the 90's, Marinoni made an important contribution to Brazilian procedural law, especially regarding the problematic boredom of procedural effectiveness. Interpreting subsection II of art. 273, CPC/73, he inspired the introduction of § 6º to art. 273, CPC/73. According to the thesis, based on that provision, the part could request the magistrate's assessment of merit to be anticipated, once the issue was about uncontroversial right. Due to these doctrinal issues, section II of art. 273 became, with some modifications, evidence tutelage of art. 311, CPC/15. Meanwhile, §6º of art. 273, CPC/73 gave rise to the early partial judgment of merit, provided in art. 356, CPC/15. Due to the possibility of its concession *inaudita altera parte* or after the contradictory, the protection of the evidence has been seen as an advance to procedural effectiveness. However, because they originate from the same article, it becomes difficult to differentiate them in practice, diverging the doctrine as to the usefulness of the protection of the evidence based on subsections I and IV. In this bias, the present work has proposed to discuss the usefulness of the protection of the evidence in the cases of the mentioned sections, in order to verify if, in fact, the granting of protection of evidence based on these items inevitably leads to an early judgment (total or partial) of merit, or whether it is possible to attribute to the devices different interpretation.

Keywords: Evidence Tutelage. Erly Partial Judgment of Merit. Usefulness. Procedural Effectiveness Instruments.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 A ORIGEM PROCESSUAL COMUM DA TUTELA DA EVIDÊNCIA E DO JULGAMENTO ANTECIPADO (PARCIAL) DE MÉRITO	11
1.1 As tutelas satisfativa e cautelar no CPC/73	12
1.2 A tutela antecipatória através do julgamento parcial	15
<i>1.2.1 A cognição na hipótese de tutela antecipatória em julgamento antecipado</i>	<i>17</i>
<i>1.2.2 O julgamento antecipado de parcela do direito</i>	<i>18</i>
<i>1.2.3 A introdução do § 6º ao art. 273, do CPC/73</i>	<i>18</i>
2 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA E DO JULGAMENTO ANTECIPADO (PARCIAL) DE MÉRITO	21
2.1 A tutela provisória da evidência	22
<i>2.1.1 Dos incisos II e III do art. 311, do CPC/15</i>	<i>24</i>
<i>2.1.2 Do inciso I do art. 311 do CPC/15: tutela da evidência punitiva</i>	<i>25</i>
<i>2.1.3 Do inciso IV do art. 311 do CPC/15: tutela da evidência documentada na ausência de contraprova documental suficiente</i>	<i>28</i>
2.2 O julgamento antecipado e o julgamento antecipado parcial de mérito	30
<i>2.2.1 A incontrovérsia</i>	<i>31</i>
<i>2.2.2 Desnecessidade de dilação probatória (art. 356, II, do CPC/15)</i>	<i>32</i>
3 A UTILIDADE DA TUTELA DA EVIDÊNCIA PUNITIVA E DOCUMENTADA COM BASE NOS INCISOS I E IV, ART. 311, CPC/15	33
3.1 As interpretações dos incisos I e IV do art. 311, do CPC/15	33
3.2 Decisão que julga parcialmente o mérito versus decisão que concede a tutela da evidência	37
<i>3.2.1 Natureza jurídica</i>	<i>38</i>
<i>3.2.2 Decisão que julga parcialmente o mérito em pedido de tutela provisória da evidência</i>	<i>40</i>
3.3 A utilidade da tutela da evidência como instrumento de efetividade processual	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

A noção de tempo é relativa. Décadas atrás os processualistas entendiam que o processo, como ferramenta, servia, primordialmente, a uma satisfação *segura* do direito, independentemente do lapso temporal decorrido até o efetivo cumprimento daquilo que se pleiteia. Tempo não parecia ser, necessariamente, um problema.

Entrementes, com o amadurecimento de algumas questões sociais, processuais e, finalmente, com a incorporação do *Pacto de San Jose da Costa Rica* (assinado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969) ao ordenamento jurídico brasileiro – quando passou-se a estar diante de uma norma constitucional que impunha a decisão judicial em prazo razoável –, os operadores do direito foram se conscientizando de que o tempo, em verdade, influencia diretamente na obtenção da resposta jurisdicional esperada.

Com efeito, na sociedade moderna, de relações frenéticas e mutáveis, o maior desafio do direito processual é conciliar o direito à tempestividade da tutela jurisdicional com o tempo necessário para o amadurecimento da convicção judicial. Por conta disso, tem-se priorizado processos sincréticos e objetivos numa tentativa de harmonização do trinômio rapidez-segurança-efetividade.

Mas, uma vez que esse trinômio exige o encurtamento – ou até mesmo a extinção – de algumas etapas procedimentais para um alcance *diligente* da tutela final, é de se prever a complexidade da tarefa de formular – ou mesmo aperfeiçoar – técnicas que assim o façam.

Enxergando essa problemática, o professor Luiz Guilherme Marinoni, décadas atrás, expôs em seu livro *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, publicado pela primeira vez em 1997, a antecipação pela técnica do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido, que inspirou a introdução do §6º ao art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), resultando, *a posteriori*, juntamente com o inciso II do mesmo dispositivo, na construção de dois instrumentos expressamente previstos no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15): a tutela provisória da evidência e o julgamento antecipado parcial de mérito.

Nesse sentido, o presente trabalho se propôs a analisar o supramencionado art. 273, II e § 6º, do já revogado Código Buzaid – que deu origem aos referidos instrumentos de efetividade processual –, para diferenciar a tutela da evidência do julgamento antecipado (parcial) de mérito, a despeito de sua origem aparentemente

comum. Assim, com base nos aspectos procedimentais detalhados ao longo do texto, analisou-se a utilidade da tutela da evidência concedida com base nos incisos I e IV do art. 311, do CPC/15, em razão da divergência doutrinária que há sobre o tema.

Desse modo, buscou-se delinear, logo no primeiro capítulo, o surgimento da tutela da evidência e do julgamento antecipado parcial de mérito, abordando a origem comum dos institutos, tendo em vista que ambos surgiram do mesmo art. 273, do CPC/73, em razão da interpretação atribuída por Marinoni ao inciso II do mesmo dispositivo.

Por sua vez, o segundo capítulo encarregou-se de traçar os aspectos procedimentais que gravam a tutela da evidência e o julgamento antecipado (parcial) de mérito, diferenciando-os, a despeito de sua origem comum.

Em seguida, ainda nesse capítulo, explanou-se a divergência doutrinária acerca da interpretação quanto à utilidade da tutela da evidência concedida com base nos incisos I e IV do art. 311, do CPC/15.

O último capítulo encarregou-se de discutir, efetivamente, a utilidade da mencionada tutela provisória da evidência, avaliando as interpretações apresentadas, de modo a buscar o melhor sentido a ser atribuído à norma.

Por fim, ainda no terceiro capítulo, analisou-se, com base no arcabouço doutrinário trazido ao longo da pesquisa, se houve, de fato, uma evolução quanto à efetividade processual com base nos incisos estudados.

Para tanto, foi realizada pesquisa eminentemente bibliográfica e qualitativa, com base no método hipotético dedutivo, tomando como ponto de partida a técnica do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido – pensada pelo professor Luiz Guilherme Marinoni como uma técnica de antecipação de tutela –, elaborando um diálogo crítico com base no entendimento divergente acerca do tema.

1 A ORIGEM PROCESSUAL COMUM DA TUTELA DA EVIDÊNCIA E DO JULGAMENTO ANTECIPADO (PARCIAL) DE MÉRITO

Preocupada com a construção de um processo justo e isonômico, a doutrina processual civil foi, ao longo dos anos, elucidando algumas questões ainda pendentes, de modo a apresentar ao legislador soluções para problemas recorrentes, mormente aos relacionados à prestação *efetiva* dos direitos materiais¹. Nessa sintonia, inúmeras técnicas de distribuição racional do tempo do processo foram pensadas, efetivamente elaboradas e, algumas, posteriormente, vieram a ser expressamente previstas na legislação pátria.

A própria forma de tutela dos direitos também foi sendo aprimorada², a fim de que fosse materializada uma relação de adequação entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais já desenvolvidas. Desse modo, ter-se-ia em mãos técnicas prontas a prestar as formas de tutela anunciadas pelo direito material (MARINONI, 2017).

De todo modo, essas transformações pelas quais a legislação processual civil passou tiveram como intuito evitar que atitudes reprováveis praticadas pelas partes – como litigância de má-fé ou abuso do direito de defesa, comumente experimentadas pelos magistrados no dia a dia forense – se proliferassem ainda mais, prejudicando o desenrolar natural do processo, já habitualmente afetado pelas suas conhecidas “etapas mortas”³.

¹ Sobre a demora na solução judicial, advertem Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “[...] em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma solução exequível (sic). Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito” (1988, p. 20).

² Sobre a questão, o professor Marinoni leciona que técnica processual não se confunde com a tutela dos direitos em si, de modo que: “Quando se indaga sobre a efetividade do processo já se identificou a forma de tutela prometida pelo direito material, restando verificar se as técnicas processuais são capazes de propiciar a sua efetiva prestação. Ao se propor o binômio técnica processual-tutela dos direitos não se quer simplesmente reafirmar a velha história da necessidade de adequação do processo ao direito material. Deseja-se, isto sim, a partir de uma postura dogmática preocupada com as posições jurídicas protegidas e com as formas de tutela necessárias para lhes dar proteção – e não mais apenas com as normas atributivas de direitos –, chegar a uma verdadeira análise crítica da ação e do processo, mediante a verificação da idoneidade das técnicas processuais para prestar as formas de tutela prometidas pelo direito material” (2017, p. 28).

³ Ronaldo Brêtas (2013, p. 135) expõe que tais etapas configuram dilações indevidas no processo, “[...] resultantes dos períodos prolongados em que não são praticados atos no processo ou o são fora da previsão legal do tempo em que deveriam ser realizados [...]”

Nesse sentido, o presente capítulo aborda, em sua essência, a origem processual comum da tutela da evidência e do julgamento antecipado (parcial) de mérito, tomando como base o texto do artigo 273 do CPC/73, bem como a teoria pensada por Luiz Guilherme Marinoni, de antecipação pela técnica do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido.

1.1 O surgimento das tutelas satisfativa e cautelar no CPC/73

O processo, qualquer que seja, é imbuído de *interesse público*. Dessarte, com fito de *proteger o próprio processo*, o CPC de 1973 previu a tutela cautelar acompanhada de uma ação própria. Aqui fala-se em “proteger o próprio processo” porque a medida cautelar, se concedida, visa tutelar de forma *imediata* a existência desse processo. Protegido este, uma vez que o direito seja posteriormente reconhecido, a medida tomada terá protegido, mediatemente, o próprio bem da vida objeto da discussão judicial⁴.

A previsibilidade legal de que os juízes podem e devem (*poder-dever*) conceder medidas cautelares, exercendo a tutela cautelar, está inserida no poder geral de cautela. Assim, o Estado-juiz detém esse poder geral – que é deferido aos magistrados mediante lei – por meio do qual, em situações de urgência, ao juiz cabe tomar providências para preservar o objeto de um determinado processo. Por conta desse dito interesse público, o poder geral de cautela autoriza o julgador, inclusive, a utilizá-lo de ofício, bastando, para tanto, que haja um processo em tramitação⁵.

Essa alternativa apresentada pelo CPC/73 ao formalismo lento do processo ordinário de cognição, embasou a irresistível preferência dos aplicadores do direito pelas formas sumárias de tutela jurisdicional, que se constituíam em processos mais simplificados, justificando a posterior proliferação das medidas cautelares, bem como

⁴ Didier Jr. explica que o bem da vida – o resultado prático que se almeja com o ajuizamento da ação – é o pedido mediato do processo, porque é o que o demandante espera conseguir por meio da tomada da providência requerida ao juízo – pedido imediato – qual seja, a condenação do réu, a expedição de uma ordem, etc (2014, p. 461).

⁵ Embora se trate de questão já pacificada, é interessante ressaltar que o fato do juiz agir de ofício determinando uma providência cautelar que, em um primeiro momento, vai preservar o interesse de uma das partes, não macula, necessariamente, sua imparcialidade, visto que estará agindo em nome do interesse público, mesmo que, aparentemente, num primeiro momento, aquela medida seja benéfica a uma das partes.

a concessão, em grande escala, de provimentos judiciais pautados em uma cognição superficial⁶ (MARINONI, 1992) – as chamadas *liminares*⁷.

Entrementes, em decorrência das exigências, cada vez maiores, dessa sociedade urbana de massa, a tutela cautelar já não bastava mais para assegurar a proteção do direito material em litígio, de modo que o desenvolvimento de outras tutelas alternativas se mostrou necessário⁸.

Com esse intuito, a Lei nº. 8.952/94 modificou a redação do art. 273⁹ – que até então apenas falava de forma extremamente genérica acerca dos procedimentos especial e sumaríssimo – para introduzir a possibilidade de concessão de medidas de natureza satisfativa, equivocadamente apeladas de *tutela antecipada*¹⁰.

A partir daí, a tutela dos direitos passou a ser realizada tanto de forma satisfativa quanto cautelar, com a existência de uma “tutela antecipada”, que tanto poderia ser satisfativa como não-satisfativa (cautelar), e de uma tutela propriamente cautelar – acautelatória (DIDIER JR., 2014b).

Todavia, pela própria natureza *temporária*¹¹ dos efeitos das decisões, concessivas da tutela cautelar e pela provisoriedade da tutela antecipada, a situação fático-jurídica que lhes servia de base ainda era instável (MITIDIERO, 2011 apud

⁶ Sobre o juízo de cognição superficial pode-se dizer que: “[...] É a cognição própria dos juízos de verossimilhança. Trata-se da cognição típica das liminares proferidas em atenção à verossimilhança de que o fato afirmado existente possa vir a ser provado durante a instrução sumária” (MARINONI, 1992).

⁷ É interessante ressaltar que nem toda liminar é concedida com base em uma cognição superficial, como é o caso, por exemplo, das *liminares* em mandado de segurança.

⁸ O professor Marinoni, em seu trabalho acerca da tutela cautelar e antecipatória, explica que: “Se o processo cautelar tradicional não pode, sozinho, preencher os espaços para que tal meta seja atingida, outras vias de tutela devem ser estabelecidas. Desta forma, aliás, poderíamos controlar a epidemia – lembrada por Giovanni Verde – da utilização indiscriminada das medias cautelares em nossa prática forense. É que as novas formas de tutela diminuiriam, pelo menos em parte, os reclamos à tutela jurisdicional cautelar” (1992, p. 19).

⁹ Art. 273. O procedimento especial e o procedimento sumaríssimo regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário (redação original do artigo) .

¹⁰ Didier Jr., ao tentar esclarecer a diferença entre o que propriamente seriam as tutela antecipada e cautelar, ainda antes do CPC/15, explica que: “A *tutela antecipada* é decisão *provisória* (sumária e precária) que antecipa os efeitos da tutela definitiva (satisfativa ou não) – permite o seu gozo imediato. E a *tutela cautelar* é decisão *definitiva* (exauriente, malgrado com eficácia temporária) que garante os futuros efeitos da tutela definitiva satisfativa. Nesse contexto, nota distintiva é a *temporiedade* ou não de seus efeitos. A *tutela cautelar*, malgrado definitiva, tem eficácia *temporária*. Já a tutela antecipada, embora *provisória*, pode ter seus efeitos perenizados se *satisfativa* e confirmada por tutela *definitiva*” (grifos do autor) (2014, p. 466-467).

¹¹ Didier Jr. assevera que a decisão que concede uma tutela provisória, na verdade é *definitiva*. Seus efeitos, entretanto, são *temporários*. Assim, “temporários são apenas seus efeitos práticos. A cautelar perde sua eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado ou quando ele não for reconhecido, mas a decisão que a concedeu, ainda assim, permanece imutável, inalterável em seu dispositivo” (2015, p. 565).

DIDIER JR., 2015b). Ou seja, verificada a normalização da situação que gerou sua concessão, a medida satistativa ou cautelar seria revogada, de modo que, mesmo face a situações em que o bem da vida pleiteado tivesse sido parcialmente reconhecido pelo réu como sendo do autor, não era possível concedê-lo ao autor de modo a ter-se uma decisão com efeitos definitivos.

Assim, uma vez que a ação não pudesse ser *inteiramente* julgada de forma antecipada, como previa o art. 330 do CPC/73¹², à parte cabia requerer tutela satisfativa com base nos incisos I ou II do art. 273, CPC/73, submetendo-se a uma decisão que poderia ter seus efeitos revertidos enquanto não resolvido o mérito da causa em sentença. Isso porque a interpretação aceita pelos tribunais pátrios quanto ao art. 330 – como se explicará adiante – não permitia que a antecipação do julgamento da lide alcançasse apenas parte dos pedidos.

Pautando-se no princípio, formulado por Chiovenda, de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, Marinoni, em sua obra intitulada “*Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*” (1998), esboçou o que chamou de *tutela antecipatória através das técnicas da não contestação e do reconhecimento jurídico parcial do pedido*.

Com base nas mencionadas técnicas, formuladas a partir de suas observações ao inciso II do art. 273, o autor abordou, na mencionada obra, a possibilidade da concessão da tutela antecipatória através do julgamento antecipado (parcial).

Na situação proposta pelo autor, a tutela antecipatória estaria antecipando o momento do julgamento do pedido. Exatamente por isso, não seria ela fundada em cognição sumária, mas em cognição exauriente, de modo que faria coisa julgada material.

Defendia que, uma vez que era possível que a tutela antecipatória fosse concedida com base em um juízo de probabilidade, com mais razão poderia ela ser concedida quando o direito não mais fosse controvertido. Isso porque o § 5º do art. 273 previa que “concedida ou não a antecipação de tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”, de modo que, para o autor tal dispositivo deixava claro que,

¹² Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

II - quando ocorrer a revelia (art. 319). **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

concedida a tutela antecipatória de parcela do direito, o processo somente prosseguiria quanto à parcela restante.

Assim, quando o § 4º¹³ mencionava a temporariedade dos efeitos da decisão concessiva da tutela em comento, isso não se aplicaria na hipótese de concessão com base nas técnicas da não contestação¹⁴ e do reconhecimento jurídico do pedido. Nesse sentido, uma vez concedida em sede de cognição sumária, a “tutela antecipada” poderia ser modificada ou mesmo revogada, desde que mediante decisão fundamentada.

Todavia, em se tratando de hipótese de reconhecimento jurídico ou de não contestação, os efeitos da decisão concessiva da tutela seriam definitivos, prosseguindo o processo apenas quanto à parcela controversa.

1.2 A tutela antecipatória através do julgamento parcial

Estando um ou alguns dos pedidos do autor maduros para julgamento, seja porque tratam “unicamente” de matéria de direito ou porque dispensam instrução probatória, a prestação jurisdicional não pode ser longa a ponto de onerar o autor que tem razão a suportar o tempo do processo. Assim, evidenciado o direito do autor, seria possível antecipar o momento do julgamento desses pedidos, que haviam sido cumulados exatamente com o intuito de evitar a demora processual (MARINONI, 1998).

Segundo dispunha o art. 292, *caput*, do CPC/73, e hoje dispõe o art. 327, do CPC/15, é possível que haja a cumulação, em um mesmo processo e contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que sem conexão entre si, desde que preenchidos os requisitos previstos nos dispositivos supramencionados.

Essa cumulação de pedidos pode ser: (a) simples, quando tem-se apenas as partes em comum (e.g. ação de cobrança de dívidas oriundas de contratos diversos); (b) sucessiva, quando existe um pedido principal que, uma vez indeferido prejudica a análise do segundo (e.g. ação de resolução de contrato cumulada com perdas e

¹³ Art. 273 [...] § 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

¹⁴ Segundo explica Marinoni (1998, p. 91), “a não contestação não requer apenas um comportamento passivo do réu acerca do fato, mas também a falta de outras afirmações que possam, ainda que implicitamente, demonstrar a vontade de contestar o fato afirmado”, o que a diferenciaria da confissão, por exemplo, a qual, “[...] por si só, é hábil para dispensar a prova sobre o fato confessado”.

danos); ou mesmo (c) alternativa, na qual o pedido secundário (subsidiário) somente será analisado uma vez indeferido o pedido principal (e.g. ação em que o autor requer o abatimento do preço do automóvel que se deteriorou ou a rescisão do contrato) (DIDIER JR., 2014a).

Assim, tomando por base as noções básicas de cumulação de pedidos expostas acima, somente seria possível a tutela antecipatória através do julgamento antecipado se um ou mais dos pedidos cumulados estivesse maduro para julgamento¹⁵, e os demais exigissem, ainda, dilação probatória (MARINONI, 1998).

Como exemplo, tome-se a seguinte situação:

O autor, vítima de um acidente automobilístico, pede que o réu seja condenado a pagar: i) danos emergentes; ii) lucros cessantes; e iii) danos morais.

O réu, aceitando a culpa, contesta os danos emergentes e os lucros cessantes e afirma que a doutrina e a jurisprudência não admitem a indenização por danos morais. A prova documental, contudo, é suficiente para demonstrar os danos emergentes, afigurando-se a defesa apresentada pelo réu, neste particular, meramente protelatória. Em relação aos lucros cessantes é necessária instrução dilatória, tendo o autor requerido prova pericial (MARINONI, 1998, p. 146).

No caso narrado acima, consoante a teoria em análise, seria cabível o julgamento antecipado do primeiro e do último pedido. Entretanto, para que restasse configurado o direito da parte aos lucros cessantes, seria necessária a instrução probatória.

Simplificadamente, poderia-se imaginar que, ao ajuizar ação de cunho indenizatório, o autor requer a importância de R\$ 10.000,00. O réu, por sua vez, ao contestar, reconhece que é devedor, porém afirma que o valor devido é, na verdade, R\$ 4.000,00. Nesse sentido, os quatro mil reais reconhecidos pelo réu já poderiam ser concedidos ao autor, restando controversos apenas os seis mil reais restantes, que demandariam a abertura de uma fase probatória. Isso porque, segundo Marinoni (1998), uma vez evidenciada parcela do direito, não se poderia agravar a situação do autor, impondo-lhe o *ônus do tempo do processo*.

¹⁵ Trocando em miúdos, Marinoni explica: “É imprescindível, em outras palavras, que ao menos um dos pedidos diga respeito apenas a matéria de direito ou não precise de instrução dilatória e que um outro exija o prosseguimento do processo rumo à audiência de instrução e julgamento” (1998, p. 146).

Entendida a lógica da chamada “tutela antecipatória através do julgamento antecipado (parcial)”, pode-se passar à análise do tipo de cognição em que se funda, segundo o entendimento trazido na obra (MARINONI, 1998).

1.2.1 A cognição na hipótese de tutela antecipatória em julgamento antecipado (parcial)

A tutela jurisdicional pode ser provisória ou definitiva. Diz-se definitiva aquela concedida com base em um juízo de cognição exauriente, com respeito ao contraditório – aí abrangida a ampla defesa – estando, portanto, predisposta a fazer coisa julgada material (DIDIER, 2014b).

Essa tutela definitiva, sob a égide do Código Buzaid, poderia ser satisfativa ou não satisfativa. Em sendo satisfativa, a tutela definitiva se presta a satisfazer, com característica de imutabilidade, o direito material pleiteado, podendo certificar direitos e efetivá-los.

Entretanto, porque demorada, não se pode esperar que a tutela satisfativa somente seja concedida ao final do processo, de modo que é possível à parte requerer sua concessão de forma antecipada com base em um juízo de cognição sumária, ou mesmo superficial, no qual o magistrado analisa o objeto da causa com base em um juízo de probabilidade.

Na hipótese do julgamento antecipado de parcela dos pedidos cumulados, a decisão do juiz não seria concedida com base em uma cognição sumária, porque não se fundamentaria em mera probabilidade, se tratando de cognição mais aprofundada em sentido vertical.

Neste viés, a tutela antecipatória através do julgamento parcial – da mesma forma que o julgamento antecipado de mérito – se fundaria em uma *cognição exauriente*, porque não antecipa de forma provisória os efeitos da tutela final – como o faz a antecipação de tutela -, mas de forma definitiva, decidindo, desde logo, parte do mérito da causa. Desse modo, apesar de concedida antes da sentença, se trataria de uma *tutela satisfativa definitiva*, estando apta a formar coisa julgada material (MARINONI, 1998).

1.2.2 O julgamento antecipado de parcela do direito

Consoante já destacado anteriormente, é possível que, no decorrer do processo, reste evidenciada uma parcela do direito alegado pelo autor. Segundo Marinoni (1998), configurado esse tipo de situação, é possível abreviar o tempo necessário para que seja realizado o direito do credor¹⁶, numa espécie de julgamento antecipado parcial do pedido.

Nas precisas palavras do autor (p. 154), “a tutela antecipatória é concedida porque parcela do *quantum* é desde logo evidenciada, ao passo que o restante necessita de mais tempo para ser demonstrado”, permitindo-se a fragmentação do julgamento dos pedidos, porque seria injusto e ao mesmo tempo abusivo levar o autor que tem razão a esperar para ver concedido um direito não controvertido.

Explica, ainda, que essa fragmentação do julgamento não traz riscos ao contraditório nem à ampla defesa, porque o juiz exerce aí uma cognição aprofundada em sentido vertical. Desse modo, a decisão que cinde o julgamento respeita os princípios constitucionais, garantindo o direito a uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.

Assim, porque exauriente, a decisão não precisaria, aos olhos do doutrinador, ser confirmada em sede de sentença, conservando sua eficácia mesmo após a extinção do processo.

1.2.3 A introdução do § 6º ao art. 273 do CPC/73

Inspirado na obra doutrinária de Luiz Guilherme Marinoni “*Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*”, o legislador, segundo mencionado anteriormente, introduziu o §6^{o17} ao art. 273 do CPC/73.

Conforme já detalhado, a referida localização topográfica se justifica porque o autor entendia se tratar de uma técnica relacionada à antecipação de tutela. Entretanto, apesar de ter sido originariamente assim criada, sua classificação como tal apresentava certa incoerência (DIDIER JR., 2014b).

¹⁶ Marinoni explica que: A tutela antecipatória, ao possibilitar o julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados, evita que o réu seja tentado a abusar do seu direito de defesa apenas para protelar a tutela de todos os direitos postulados pelo autor” (grifos do autor) (1998, p. 159).

¹⁷ § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. **(Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

De fato, como ressaltado por Marinoni (1998), se a questão não é controvertida, não há que se falar em cognição sumária. Trata-se, portanto, de uma decisão baseada em cognição exauriente, porque apresenta solução definitiva da lide trazida ao conhecimento do juiz.

Entretanto, essa decisão não possui natureza de tutela antecipada, mas de julgamento da lide, porque resolve o mérito. O magistrado, ao fazê-lo, não está antecipando os efeitos da tutela, mas emitindo uma solução judicial definitiva (DIDIER JR., 2014b).

O que acontece é que, com o que ficou denominado como “tutela antecipatória da parte incontroversa”, tem-se a antecipação do momento da concessão da tutela final¹⁸. Dessarte, a tutela final, que normalmente é concedida ao final da fase cognitiva, passa a ser concedida em momento anterior, justamente porque a questão já se encontra pronta para julgamento (MARINONI, 2007).

Assim, antecipa-se apenas o momento em que a tutela final seria deferida, porque percebe-se desnecessária e contraproducente a espera por sua concessão apenas quando da prolação da sentença que põe “fim” à fase cognitiva.

Diferentemente, na tutela satisfativa provisória o que se antecipa é a própria tutela final, que deveria, *a priori*, ser concedida apenas quando formado o juízo de cognição exauriente. Entretanto, por razões de urgência ou mesmo de abuso do direito de defesa do réu, o magistrado a antecipa, a fim de proteger, de forma mediata, o próprio processo, que, como já ressaltado, se encontra envolto de interesse público.

Desse modo, caso se seguisse a linha de raciocínio que gerou a inclusão do §6º ao art. 273, se estaria concedendo ao autor um direito incontroverso, reconhecido pelo réu como tal, em uma decisão travestida de antecipação de tutela, como uma tutela antecipada fundada em cognição exauriente (MARINONI, 1998).

Exatamente por isso que, posteriormente à sua previsão legal, a topografia do instituto foi severamente atacada em meio às discussões no âmbito doutrinário¹⁹. Afinal, a decisão que reconhecia parcialmente a lide o fazia como decisão de mérito,

¹⁸ “[...] Melhor explicando: enquanto a tutela antecipatória, tal como idealizada em 1994, antecipa a tutela final, a tutela antecipatória da parte incontroversa *presta a própria tutela final em momento adequado e tempestivo*, garantindo a realização do direito fundamental à duração razoável e aos meios que garantam a celeridade do processo” (MARINONI, 2007). (grifos do autor)

¹⁹ Justamente por isso, Didier Jr. foi bastante incisivo em dizer que o dispositivo carecia de urgente intervenção legislativa. Em suas palavras: “[...] Trata-se de alteração legislativa que somente atingirá os almejados resultados se os operadores do direito atentarem para este erro topográfico e passarem a aplicar o instituto de acordo com a sua finalidade: fracionar a resolução do mérito” (2014, p. 527).

fundando-se em cognição exauriente e mostrando-se apta a fazer coisa julgada material (DIDIER JR., 2014b).

Assim, com o aperfeiçoamento da teoria do reconhecimento parcial do pedido, surgiu a chamada resolução parcial do mérito. O magistrado, face a pedidos cumulados, nos quais um ou alguns deles se mostrassem incontroversos, poderia fracionar a lide decidindo, definitivamente, parte do objeto do processo e encerrando, com relação a essa parcela, sua atividade jurisdicional cognitiva.

Entendia-se que essa decisão, por resolver o mérito, faria coisa julgada, podendo ser desconstituída mediante ação rescisória. Entrementes, em decorrência da ausência de previsão legal, os tribunais pátrios não acompanharam a doutrina²⁰.

Com a chegada do Código de Processo Civil de 2015, esse cenário modificou-se drasticamente. A ideia, que antes era apenas relegada à teoria, de fracionamento da lide, virou realidade, atendendo aos clamores de boa parte da doutrina processual civil. Ademais, a própria tutela provisória, em especial a satisfativa, sofreu algumas modificações em sua estrutura de modo a facilitar sua utilização, contribuindo para uma maior efetividade processual, como se estudará a seguir.

²⁰ Como exemplo, tomemos a ementa do **REsp 1281978 RS 2011/0224837-2**, julgado pela terceira turma do STJ, em 2015: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. **REFORMA PROCESSUAL. LEI Nº 11.232/2005. ADOÇÃO DO PROCESSO SINCRÉTICO. ALTERAÇÃO DO CONCEITO DE SENTENÇA. INCLUSÃO DE MAIS UM REQUISITO NA DEFINIÇÃO. CONTEÚDO DO ATO JUDICIAL. MANUTENÇÃO DO PARÂMETRO TOPOLÓGICO OU FINALÍSTICO. TEORIA DA UNIDADE ESTRUTURAL DA SENTENÇA. PROLAÇÃO DE SENTENÇA PARCIAL DE MÉRITO. INADMISSIBILIDADE. CISÃO INDEVIDA DO ATO SENTENCIAL. ART. 273, § 6º, DO CPC E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE [...]** 5. A sentença parcial de mérito é incompatível com o direito processual civil brasileiro atualmente em vigor, sendo vedado ao juiz proferir, no curso do processo, tantas sentenças de mérito/terminativas quantos forem os capítulos (pedidos cumulados) apresentados pelo autor da demanda. 6. Inaplicabilidade do art. 273, § 6º, do CPC, que admite, em certas circunstâncias, a decisão interlocutória definitiva de mérito, visto que não foram cumpridos seus requisitos. Ademais, apesar de o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que entrará em vigor no dia 17 de março de 2016, ter disciplinado o tema com maior amplitude no art. 356, permitindo o julgamento antecipado parcial do mérito quando um ou mais dos pedidos formulados na inicial ou parcela deles (i) mostrar-se incontroverso ou (ii) estiver em condições de imediato julgamento, não pode incidir de forma imediata ou retroativa, haja vista os princípios do devido processo legal, da legalidade e do **tempus regit actum**. 7. Recurso especial não provido (grifos nossos).

2 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA E DO JULGAMENTO ANTECIPADO (PARCIAL) DE MÉRITO

A princípio, existem inúmeras características que permitem diferenciar a tutela provisória da evidência do julgamento antecipado parcial de mérito.

Há de se notar que a principal característica que os une é a natureza satisfativa dos dois provimentos, porque ambos são voltados à satisfação dos direitos materiais discutidos (DIDIER JR., 2015b).

A tutela da evidência, como espécie do gênero tutelas provisórias (ALVIM, 2017), satisfaz o direito de forma provisória, com base em cognição sumária, de modo que não pode ser imunizada pela coisa julgada material.

Visa prestigiar a celeridade e efetividade processuais, porque, assim como a antecipação de tutela (DIDIER JR., 2014b), satisfaz de imediato a pretensão da parte, protegendo, diretamente, o bem da vida pleiteado para que, indiretamente, o processo seja salvaguardado. Desse modo, o que se adianta com a tutela provisória da evidência não é o provimento final, mas meramente seus efeitos, podendo ser revertida se necessário.

Ao revés, a decisão que julga antecipada e parcialmente o mérito o faz em sede de cognição exauriente, predispondo-se a formar coisa julgada. É tutela jurisdicional definitiva. Fala-se em julgamento antecipado em razão do encurtamento da atividade cognitiva, vez que dispensa a fase instrutória, de modo que o que se antecipa é o próprio provimento final, ou, em outras palavras, antecipa-se o momento da concessão da tutela final, porque “presta a própria tutela final em momento adequado e tempestivo, garantindo a realização do direito fundamental à duração razoável e aos meios que garantam a celeridade do processo” (MARINONI, 2007, p. 210).

Entrementes, destaque-se a possibilidade de que os requisitos da tutela provisória da evidência e do julgamento parcial de mérito estejam concomitantemente presentes, tornando-se possível cumulá-las, para antecipar os efeitos da decisão ao mesmo tempo em que se julga parcialmente o mérito, “o que despiria eventual recurso de apelação de eficácia suspensiva, conferindo eficácia imediata à sentença” (CARNEIRO, 2004, p. 26). É o que se verá no capítulo seguinte.

Todavia, na prática legislativa, essa tarefa, aparentemente, torna-se um tanto espinhosa. É que, assim como ocorria no Código de Processo Civil de 1973 com relação à antecipação de tutela, existem, mesmo no CPC/15, algumas situações

previstas pelo legislador que causam certa desordem na interpretação dos dois institutos. Desse modo, neste capítulo traçou-se os aspectos procedimentais que gravam a tutela da evidência e o julgamento antecipado (parcial) de mérito, diferenciando-os, a despeito de sua origem comum, voltando o olhar, rapidamente, para a divergência doutrinária acerca da interpretação quanto à utilidade da tutela da evidência concedida com base nos incisos I e IV do art. 311, do CPC/15.

2.1 A tutela provisória da evidência

A temporariedade, como ressaltado alhures, é característica inerente à tutela cautelar: em razão da urgência presente, o bem da vida ameaçado é protegido sem que seja satisfeito. Esta distingue-se das tutelas urgente satisfativa e urgente provisional.

Na tutela urgente satisfativa o direito material é plenamente satisfeito (e.g. ação em que se pleiteia a realização de cirurgia urgente), sem que possa ser verdadeiramente revertido. Enquanto isso, na tutela urgente provisional o direito é satisfeito de forma interina, de modo que, a depender dos elementos de convicção colhidos no decorrer do processo, é possível ao magistrado modificar seu entendimento, revertendo o provimento deferido anteriormente (ASSIS, 2015).

De todo modo, é inquestionável que, face a uma situação de urgência faz-se necessária pronta resposta jurisdicional, protegendo ou, em casos mais críticos, desde logo satisfazendo, definitiva ou provisionalmente, o direito em litígio.

De fato, é possível que a pretensão deduzida pelo autor apresente-se, para além de verossímil, quase certa, revelando-se inócuos ou mesmo protelatórios os argumentos levantados pela parte contrária. Nesse caso, o tempo despendido para a realização da cognição processual e efetiva execução da pretensão ao final do processo (nas hipóteses de procedência) revela-se injusto. Assim, a despeito da ausência de urgência, é imperativo que se preste uma tutela imediata à parte que traz a juízo a evidência do direito (MARINONI, 1998).

Desse modo, o CPC/15 reorganizou a *jurisdição de urgência* (ASSIS, 2015). Os institutos já existentes receberam novas denominações e excluiu-se o processo cautelar, antigo Livro III do CPC de 1973. Agora, o Livro V da Parte Geral do código disciplina a denominada Tutela Provisória, que baseia-se na urgência ou na evidência, aquela ensejando medidas cautelares ou satisfativas (a serem requeridas incidental

ou anteriormente), enquanto estas ensejam medidas de natureza satisfativa, dispensando, para sua obtenção, a urgência.

Destarte, a previsão legal da tutela da evidência no CPC/15 não foi uma inovação legislativa. Surgiu da necessidade de separar a tutela satisfativa pautada na urgência daquela pautada na mera evidência do direito. Isso, como já visto alhures, encontrava-se, arcaicamente, positivado no inciso II do art. 273, do CPC/73, como uma hipótese de antecipação de tutela com base no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu.

Assim, em decorrência de sua origem e natureza, o CPC/15 posicionou-a em uma classificação diferenciada. Nesse sentido, andou bem o legislador ao criar um gênero, que chamou *tutela provisória* – denominação esta deveras controvertida²¹ –, subdividindo-o em *urgência* e *evidência*, de modo que, presente o requisito *urgência*, as tutelas *cautelar* e *satisfativa* previstas nos arts. 300 a 310 mostram-se mais adequadas à proteção do direito em litígio; e, uma vez ausente a urgência, porém presente de forma bastante palpável a probabilidade do direito da parte que o pleiteia, o uso da *tutela da evidência*, com base no art. 311, se revela oportuno.

Destarte, a tutela da evidência trata-se de uma espécie do gênero *tutela provisória* por meio da qual, com base na *evidência* do direito postulado em juízo, é possível ao magistrado satisfazer a pretensão da parte, antecipando-a, com base nas situações dispostas nos incisos I a IV do art. 311 do CPC/15 (DIDIER JR., 2015b).

O que sustenta a concessão de uma medida pautada na evidência é o *status* de *inconsistência* da defesa do réu, ou seja, é possível antecipar a tutela final uma vez sendo – ou com alta probabilidade de vir a ser – a defesa articulada pelo réu visivelmente rasa. Entrementes, ainda que pautada na evidência do direito, a tutela da evidência é fundada em cognição sumária, de modo que a decisão que a concede não é suscetível de coisa julgada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Desse modo, o legislador previu cinco situações, dispostas em quatro incisos (art. 311, I a IV, do CPC/15), que permitem a concessão da tutela da evidência, a serem analisadas a seguir.

²¹ Alguns doutrinadores (ASSIS, 2015; DIDIER JR., 2015) entendem que o termo *tutela provisória* foi, em verdade, uma infeliz escolha do legislador, vez que a pretensão à segurança é temporária, e não provisória, como faz crer a terminologia empregada.

2.1.1. Dos incisos II e III do art. 311 do CPC/15

Segundo o inciso II do art. 311, do CPC/15, é possível à parte requerer tutela da evidência uma vez que “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Apesar do dispositivo prever, expressamente, que a antecipação de tutela sem urgência pode ocorrer quando a tese do autor estiver firmada em “julgamento de casos repetitivos” (leia-se Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Repetitivos) ou em “súmula vinculante”, na verdade, há um equívoco por parte do legislador (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Deve-se entender que o dispositivo autoriza que a tutela da evidência seja concedida com base em alegações que estejam fundamentadas em *precedentes* do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, ou ainda na *jurisprudência* formada dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais de Justiça em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Tais precedentes não necessariamente precisam ser oriundos de casos repetitivos ou mesmo ter uma súmula vinculante espelhada em seus fundamentos.

Já o III²² do art. 311 do CPC/15 prevê uma situação extremamente específica, quando possibilita a concessão da tutela da evidência com base no contrato de depósito. Esse inciso veio para substituir o procedimento especial de depósito, existente na vigência do código de 1973.

Desse modo, esse procedimento especial deixou de existir, passando-se a admitir, em seu lugar, a adoção do procedimento comum para as obrigações de restituir coisa decorrente de contrato de depósito (DIDIER JR., 2015b).

Em ambos os casos (incisos II e III), é possível que o magistrado conceda a medida *inaudita altera parte*. Isso porque, nas situações apresentadas acima, a defesa inconsistente do réu é *presumida*, pois pautada em precedentes e jurisprudência formada em sede de demandas repetitivas, que fortalecem a evidência alegada pelo autor, ao contrário dos demais casos, apresentados a seguir, nos quais a tutela da evidência somente poderá ser concedida após a concretização do contraditório.

²² Art. 311. [...] 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; [...]

2.1.2 Do inciso I do art. 311 do CPC/15: tutela da evidência punitiva

O inciso I do art. 311, do CPC/15 prevê a hipótese de concessão de tutela da evidência pautada no abuso do direito de defesa *ou* no manifesto propósito protelatório da parte. Observa-se, logo de início, que o próprio legislador destacou a desnecessidade de que os requisitos supracitados fossem preenchidos cumulativamente, demonstrando – o conectivo “*ou*” – a alternatividade entre eles.

Em ambas as hipóteses previstas no dispositivo em comento, o magistrado irá conceder a tutela pleiteada com base em situações nas quais restou configurada a atitude reprovável da parte. Entrementes, essa antecipação não é propriamente punitiva (ASSIS, 2015). Com efeito, o que sustenta a concessão desse tipo de tutela é, em si, a evidência do direito. E é exatamente porque presente essa evidência, que a parte, ao praticar atos protelatórios ou abusar de seu direito de defesa, atrai para si uma sanção processual.

Destarte, para a concessão da tutela da evidência pautada no inciso I do art. 331, do CPC/15, não basta ao juiz o mero intuito punitivo. É preciso que a defesa ou recurso manejado pelo réu permitam antever a probabilidade do direito em favor do autor, mostrando-se frágil face os seus argumentos robustos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Ora, o pressuposto genérico para a concessão da evidência é exatamente a probabilidade do direito pleiteado (*fumus boni iuris*), de modo que é imperiosa a presença deste para que seja possível a antecipação sumária da tutela final, ausente a urgência.

Interessante destaque vai para o texto do mencionado dispositivo, que corrigiu o equívoco existente no art. 273, inciso II, do CPC/73. Este previa a possibilidade da concessão da antecipação de tutela em razão do “abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório *do réu*”. Nesse sentido, o CPC/15 trocou o termo “réu” por “parte”, enfatizando que até mesmo contra o próprio autor da ação poderá ser concedida a tutela da evidência. Em que pese o texto da lei no CPC/73, essa interpretação vigorava antes mesmo da chegada do novo código (DIDIER JR., 2014b).

Adentrando ao tema, deve-se esclarecer que não há como determinar concretamente o significado que o legislador quis atribuir às expressões “abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório”. Trata-se de conceitos

indeterminados a serem preenchidos pelo próprio magistrado caso a caso, o que requer cautela quanto à interpretação da finalidade da norma (DIDIER JR., 2014b).

Deveras, ainda que abusivo, se o ato não impedir nem retardar o desenrolar dos atos processuais subsequentes, não restará caracterizada a situação-base para a concessão da tutela provisória da evidência, da mesma forma que, à época do CPC/73, tais atos não legitimavam a medida antecipatória²³ do art. 273, II (ZAVASCKI, 1999).

Ainda sob a égide do Código Buzaid traçava-se interpretações possíveis para os termos contidos no mencionado dispositivo. Dizia-se que (DIDIER JR., 2014b), embora pareçam semelhantes, ambas as expressões apresentam, na verdade, sentidos distintos. Assim, nem sempre o manifesto propósito protelatório será caracterizado pelo exercício de um ato que configure abuso do direito de defesa. Neste constata-se a prática de uma conduta danosa ao processo (intraprocessual), configurada em atos de defesa, seja por meio da contestação ou de métodos outros que permitem a suspensão/interrupção do processo – como é o caso de alguns recursos.

Ao revés, seria possível verificar a ocorrência do manifesto propósito protelatório em qualquer momento do processo, não necessariamente apenas quando da apresentação da defesa.

Alguns doutrinadores, entretanto, (DIDIER JR., 2015b; ZAVASCKI, 1999; NEVES, 2006) argumentam que os atos praticados com manifesto propósito protelatório referem-se aos comportamentos extraprocessuais, de modo que essa seria a principal diferença entre eles. Nesta senda, após a citação do réu seria possível supor a concessão de uma providência, pautada no manifesto propósito protelatório, em decorrência de certos comportamentos da parte anteriores à própria instauração do processo (DIDIER JR., 2014b), ainda que, na prática, esses comportamentos extraprocessuais sejam de difícil comprovação (NEVES, 2006).

Em suma, o art. 311, I, do CPC/15, assim como o fazia o art. 273, II, do CPC/73, “consagra modalidade de tutela da lealdade e seriedade processual” (DIDIER JR., 2014b, p. 503), sendo possível conceder, *initio litis*, a pretensão final, a despeito da

²³ Sobre a questão, Teori Zavascki explicou em sua obra que: “Na verdade, o que justifica a antecipação não é o propósito de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. Nessa compreensão, bem se vê, ‘propósito protelatório’ é expressão que na sua abrangência comportaria, a rigor, também, os ‘abusos de direito de defesa’” (1999, p. 78).

ausência de urgência, bastando, para tanto, que reste caracterizado o uso de métodos protelatórios para retardar o natural deslinde processual. Mesmo com o código de 1973, entendia-se que era uma “tutela antecipada” fundada na evidência do direito, uma *antecipação de tutela pura e de caráter ético* (CARNEIRO, 2004).

Há de se observar, ainda, que o texto do art. 273, do CPC/73, quando trazia tal modalidade de antecipação de tutela, não permitia plenamente sua utilização. É que, para que restassem preenchidos os pressupostos que embasavam sua concessão, necessário seria a presença de prova inequívoca – substituída, com o CPC/15, pela mera probabilidade do direito (evidência) – que, somada ao abuso do direito de defesa ou ao manifesto propósito protelatório, permitiriam sua concessão.

Era, portanto, extremamente difícil atingir tal desiderato, pois a antecipação dos efeitos da tutela final com base na evidência do direito ainda confundia-se com a ideia de julgamento parcial de mérito²⁴.

Ora, se para atingir a pretensão veiculada no art. 273, II, do CPC/73 era necessária prova inequívoca, consoante se depreendia da leitura do *caput* do dispositivo²⁵, o que mais haveria para ser comprovado/reconhecido quanto àquela questão no decorrer do processo? No máximo, poderia haver a confirmação, pela sentença, daquilo que já ficara inequivocadamente comprovado, concedendo, mediante cognição exauriente aquilo que, embora possuísse ares de cognição sumária era, em si, exauriente.

Assim, mais valia ao juiz – e mesmo à parte – utilizar-se de outros instrumentos processuais para reprimir os comportamentos ardilosos das partes (e.g. aplicação de multa em razão da litigância de má-fé, o indeferimento de pedido de provas ou diligências que verificar serem meramente protelatórias, etc.).

Nesse sentido, ainda que existente e embora com muito potencial, a “antecipação pela evidência” revelava-se pouco eficaz. Exatamente por isso entendia-se que o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do art. 273, II, do CPC/73 conduziam “a um julgamento antecipado da lide e, não, a uma antecipação de tutela” (DIDIER JR., 2014b).

²⁴ Repise-se que é exatamente por isso que tal inciso deu origem ao §6º no art. 273, do CPC/73, o qual culminou, com o advento do CPC/15, na criação do julgamento parcial de mérito.

²⁵ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, **desde que, existindo prova inequívoca**, se convença da verossimilhança da alegação e: (*omissis*)

Deve-se reconhecer que, com a vigência do código de 2015, houve certos avanços. Agora, para que seja concedida a referida medida basta à parte comprovar a probabilidade do bom direito somado ao comportamento reprovável da parte contrária, sendo desnecessária a incontrovérsia, que ficou relegada ao julgamento antecipado (total ou parcial) de mérito.

Não obstante, Didier Jr. (2015b) entende que a hipótese de concessão de tutela da evidência do inciso I ainda pode conduzir, em muitas situações, a um julgamento antecipado do mérito, e não a uma tutela provisória, visto que a fragilidade na manifestação da parte contrária pode ensejar o indeferimento das provas por ele requeridas, porque protelatórias ou inúteis, autorizando o magistrado a julgar antecipadamente o mérito.

2.1.3 Do inciso IV do art. 311 do CPC/15

Há quem defenda que, o inciso IV do art. 311, do CPC/15, ao lado do inciso I, é um dos que mais destoam da intenção do legislador em diferenciar, *satisfatoriamente*, a tutela provisória da antecipação de tutela concedida com base nos §6º e inciso II do art. 273 do CPC/73.

Leia-se o que previu a nova legislação processual:

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

(*omissis*)

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.

A respeito da situação narrada no texto acima, o professor Didier Jr. (2015b) explica que, ao seu ver, para que seja aplicada a hipótese de tutela provisória da evidência exposta na norma jurídica retratada, faz-se necessário o preenchimento de três pressupostos: (a) que a *evidência* efetivamente demonstrada pelo autor não tenha sido abalada pelo réu, mediante o uso *exclusivo* de *prova documental* – ou documentada²⁶; (b) que as provas trazidas pelo requerente sejam suficientes para que

²⁶ “Uma interpretação extensiva permite que se considere aí abrangida a prova documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente), bem como a evidência de fatos que independem de provas ou mais provas (como o notório, o incontroverso e o confessado)” (DIDIER JR., 2015, p. 629).

se caracterize a verossimilhança do direito; e que (c) o réu não apresente *contraprova documental suficiente*, capaz de gerar *dúvida razoável* acerca do fato constitutivo do direito do autor ou acerca do próprio direito do autor.

Para o ilustre doutrinador, se, além da prova documental, o réu não dispuser de nenhum outro meio de prova suficiente, inevitavelmente, o processo culminará em um julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de produção de outras provas (art. 355, I, do CPC/15).

Do contrário, se a contraprova documental for insuficiente, mas o réu solicitar a produção de outros meios de prova, restaria desautorizada a concessão da tutela provisória da evidência, pois tal tutela, na situação em questão, teria como pressuposto uma lide passível de ser resolvida exclusivamente mediante prova documental.

Nesse viés, entende que o art. 311, IV, do CPC/15 “trata-se de hipótese de tutela de evidência inevitavelmente definitiva, que se confunde com o julgamento antecipado do mérito e que fora, equivocadamente, colocada no rol de hipóteses de tutela provisória” (p. 629).

Em sentido diverso, Amaral (2016) sustenta que, na espécie, a concessão ou não da tutela da evidência decorre do juízo de probabilidade realizado pelo juiz diante das provas produzidas por ambas as partes. Nada impediria, portanto, que, após a dilação probatória a parte requeira (mesmo que no curso do processo) a concessão da tutela da evidência, sem que tal medida restasse infrutífera.

Isso porque, para o autor, é possível que, mesmo após a audiência de instrução e julgamento, o magistrado vislumbre que a sentença não possa ser desde logo proferida, em razão da necessária prática de outros atos processuais sem os quais não será possível a prolação da sentença final de mérito (como é o caso, por exemplo, da oitiva de testemunhas por carta rogatória).

Assim, o juiz concederia a tutela da evidência ponderando os valores da *efetividade* e da *segurança jurídica*, deferindo-a ao autor sempre que verificada a probabilidade do bom direito em seu favor, numa comparação entre a verossimilhança de suas alegações com as do réu.

Destarte, caso se interprete que o pedido de produção de outras provas impede a concessão da tutela da evidência, esta somente poderia ser concedida quando não houvesse o requerimento de coleta de outras provas, o que culminaria, inevitavelmente, em hipótese de julgamento antecipado (total ou parcial) da lide

(DIDIER JR., 2015b), tendo sido frustrada a intenção do legislador em distanciar os dois institutos oriundos do art. 273, do CPC/73.

Ao revés, uma vez que se entenda que, mesmo com a ocorrência da fase probatória seja possível a concessão da tutela da evidência, em decorrência de uma interpretação constitucional do dispositivo (AMARAL, 2016), terá o legislador obtido êxito em apartá-los.

2.2 O julgamento antecipado e o julgamento antecipado parcial de mérito

Após tomadas as providências preliminares no processo, o juiz realiza o chamado *julgamento conforme o estado do processo*. O *julgamento antecipado* e o *julgamento antecipado parcial de mérito* são duas decisões passíveis de serem tomadas nesse momento. Ambos geram decisões de mérito fundadas em cognição exauriente nas quais o magistrado reconhece a desnecessidade de produção de outras provas além das já constantes do processo. Desse modo, o procedimento é “antecipado”, ou seja, encurtado, para que se decida, desde já, o mérito da causa (DIDIER JR., 2015a).

O que diferencia ambos os tipos de julgamento conforme o estado do processo é o fato de que no *julgamento antecipado de mérito* o juiz decide todas as questões levantadas no processo em sede de sentença. Já no *julgamento antecipado parcial de mérito*, apenas parcela dos pedidos formulados serão decididos antes da prolação da sentença que põe fim à fase cognitiva, ficando os demais pedidos vinculados à necessidade de produção probatória em fase específica para tal.

Consoante já estudado, foi por meio de uma interpretação extensiva conferida ao inciso II do art. 273, do CPC/73 pela doutrina (MARINONI, 1998) que o legislador acresceu o § 6º ao mesmo artigo.

Entrementes, tal parágrafo acabou por levantar discussões sobre a necessidade de cisão do julgamento da lide. Dessa forma, atento às inúmeras críticas referentes a esse dispositivo e no sentido de aprimorar a legislação processual, o legislador de 2015, enfim, deu base legal àquilo que antes era relegado aos debates doutrinários, possibilitando a cisão do julgamento da lide nas hipóteses de cumulação de pedidos em que um ou mais pudesse ser, de pronto, julgado.

Assim, o Livro I da Parte Especial, em seu Título I, Capítulo X, Seção III, traz a previsão do art. 356, do CPC/15, o qual dispõe, expressamente, *verbis*:

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:
 I – mostrar-se incontroverso;
 II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355²⁷.
 (omissis)

Desse modo, face à situações em que (a) o direito da parte mostrar-se incontroverso, ou nas quais (b) não houver necessidade de produção de outras provas, por serem as existentes suficientes ao deslinde da causa, ou ainda (c) em que o réu, revel, tiver contra si o efeito material da revelia e não houver pedido de produção de provas, nos termos do art. 349, do CPC/15²⁸, será possível ao magistrado julgar antecipada e parcialmente o mérito.

2.2.1 A incontrovérsia (art. 356, I, do CPC/15)

A noção do que seja *incontroverso* mescla-se com aquilo que já se conhece acerca do que é *controvertido*. Nesse sentido, é possível cogitar da existência de situações incontroversas no plano do direito e/ou no plano dos fatos, da mesma forma que acontece com a controvérsia das partes (DIDIER JR., 2014b).

Sem assombro de dúvidas, o termo *incontrovérsia* diz respeito àquilo que dispensa esclarecimentos e que, portanto, não necessita ser objeto de prova. Desse modo, um fato notório ou mesmo confessado pela parte contrária poderia ser tomado por incontroverso (MARINONI, 2007; DINAMARCO, 2002).

Entretanto, em sentido contrário e ainda na vigência do CPC/73, havia quem defendesse (DIDIER JR., 2014b) que a noção de incontrovérsia não dizia respeito, necessariamente, à indiscutibilidade quanto a ocorrência ou não de uma determinada situação fática. Deveras, para aqueles que seguem essa vertente, seria possível a existência de controvérsia quanto aos fatos referentes à causa de pedir e, ainda assim, seria possível que um dos pedidos fosse julgado antecipadamente em razão da desnecessidade de produção de outras provas.

²⁷ 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.

²⁸ Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.

Para estes, a referida incontrovérsia referir-se-ia ao objeto do processo, de modo que o mérito da causa deveria ser acolhido porque certo e provido de fundamento. Assim, no âmbito do julgamento parcial de mérito, isso poderia acontecer não somente quando os fatos referentes à causa fossem certos, mas também quando configurada uma das situações em que, quanto a parcela do pedido, a autocomposição ocorre, havendo renúncia, reconhecimento ou transação parciais.

Esse parece ser o posicionamento adotado pelo legislador para o CPC/15, uma vez que o art. 356 dispõe, expressamente, que o julgamento parcial de mérito ocorrerá quando um ou mais dos *pedidos* ou parcela deles mostrar-se incontroverso.

Para Didier Jr. (2015a, p. 691), esta situação não configura, propriamente, um julgamento antecipado do mérito, mas uma “resolução parcial de mérito, em razão da autocomposição parcial”.

2.2.2 Desnecessidade de dilação probatória (art. 356, II, do CPC/15)

No inciso II o mesmo artigo 356 do CPC/15 permite o julgamento parcial de mérito na hipótese em que um ou mais dos pedidos (ou parcela deles) encontrar-se em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355, do CPC/15.

O artigo ao qual o inciso em questão faz alusão refere-se à hipótese de extinção do processo em razão do julgamento antecipado do mérito. Objetivamente, o mencionado inciso aponta a possibilidade do fracionamento da lide em outras duas situações as quais dispensam a fase probatória: (a) quando as provas documentais já anexadas aos autos forem suficientes, dispensando a produção de outras, e (b) quando, na hipótese de revelia, presumirem-se verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor (art. 344, do CPC/15) e este, ao se fazer representar nos autos, não requerer produção probatória.

Nesta situação, estaria-se, de fato, diante de um julgamento antecipado do mérito da causa, restrito, todavia, apenas a um ou alguns dos pedidos cumulados ou a parcela deles (DIDIER JR., 2015a).

3 A UTILIDADE DA TUTELA DA EVIDÊNCIA PUNITIVA E DOCUMENTADA COM BASE NOS INCISOS I E IV, ART. 311, CPC/15

Consoante exposto alhures, há, em destaque, algumas teorias que trazem interpretações diversas aos incisos I e IV, do art. 311, do CPC/15.

Este capítulo encarregou-se, justamente, de discutir a utilidade da mencionada tutela provisória da evidência com base nas interpretações apresentadas, de modo a buscar o melhor sentido a ser atribuído à norma, verificando, ao final, se houve, de fato, uma evolução quanto à efetividade processual com base nos incisos estudados.

3.1 As interpretações dos incisos I e IV do art. 311, do CPC/15

Rememorando as interpretações atribuídas aos dois incisos (capítulo 2), quanto ao primeiro, Didier Jr. (2015b) defende que, em diversas situações, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório podem ocasionar um julgamento antecipado do mérito, e não a concessão de uma tutela provisória da evidência, como faz parecer o legislador. Desse modo, somente seria útil a tutela da evidência com base nesse inciso nas hipóteses em que essa situação não gerasse um julgamento antecipado da lide.

De fato, é possível enxergar situações em que a tutela da evidência punitiva poderá levar a um julgamento antecipado do mérito, seja total ou parcial. Isso porque, para que seja concedida basta a comprovação da verossimilhança do direito alegado. Assim, caso a parte contrária levante argumentos claramente protelatórios, o magistrado, verificando que a causa versa sobre questão meramente documental, poderá julgar, desde logo, o mérito se verificar que o direito restou amplamente comprovado.

Indo além, em não sendo este o caso, e trazendo o autor somente a fumaça do bom direito, ainda que a defesa da parte seja protelatória deverá seguir-se à fase probatória a fim de que seja possível reconhecer (ou não) como pertencente a uma das partes o direito.

Assim, é possível que a parte abuse de seu direito de defesa ou aja com manifesto propósito protelatório e, ainda assim, seja útil a concessão da tutela da evidência com base no inciso I. Isso porque, o manifesto propósito protelatório, como já destacado, não se confunde, necessariamente, com o abuso do direito de defesa.

Nesse sentido, é de se cogitar situação na qual o réu pratique atos processuais que deixem transparecer seu propósito de protelar, ao máximo, o desenrolar processual. Verificando tal conduta, poderá o magistrado, com intuito punitivo e, ciente de que a parte contrária comprovou meramente a probabilidade do direito, conceder a tutela da evidência. Nessa situação, esse tipo de tutela provisória se mostra bastante eficaz.

Assim, observa-se que, de fato, haverá situações em que a tutela da evidência punitiva acarretará o julgamento antecipado de mérito. Todavia, isso somente poderá ocorrer uma vez que não haja mera evidência, mas prova suficiente de que lhe pertence o direito alegado.

No tocante ao inciso IV, divergem Didier Jr. e Amaral quanto à aplicabilidade da tutela da evidência. Didier Jr. (2015b), conforme já explanado, defende que essa hipótese de tutela da evidência é inevitavelmente definitiva, confundindo-se com o julgamento antecipado de mérito (parcial ou total).

A uma, porque se a contraprova documental do réu for insuficiente, mas este requerer a produção de outros meios de prova, não seria, aos olhos do processualista, autorizada a concessão da tutela provisória, pois entende que esta somente poderia ser concedida com base em prova exclusivamente documental. Desse modo, o juiz apenas prosseguiria com a determinação de coleta de provas em favor do réu.

A duas, porque caso a contraprova apresentada pelo réu seja insuficiente e este não requerer a coleta de outras, ficaria, a seu ver, autorizado o julgamento antecipado da lide, mediante decisão definitiva, de cognição exauriente.

Data venia a posição do ilustre doutrinador (e aproveitando o ensejo para acrescentar à interpretação do inciso alguns elementos relevantes), há de se ponderar que nem sempre aquilo que o réu pede é, efetivamente, o que o processo necessita. Para tanto, basta relembrar o que foi abordado acima.

Nessa toada, é possível que a parte, abusando de seu direito de defesa, requeira providência que sabe ser protelatória. Em situações como essa, cabe ao magistrado, no exercício de seus poderes e velando pela duração razoável do processo, indeferir as postulações que ele constata serem manifestamente protelatórias (art. 139, do CPC/15).

Noutro sentido, reconhecendo que há embasamento no pedido de dilação probatória, ainda assim seria possível cogitar da concessão da medida pleiteada, desde que o juiz entenda que o pedido de produção de provas é válido, porém não

suficiente para derrubar a verossimilhança apresentada pela parte por meio das provas documentais juntadas.

Assim, mais uma vez, caberia ao magistrado, na análise do caso concreto, verificar se o pedido de provas realizado pela parte contrária gera ou não *dúvida razoável*²⁹.

Caso se entenda que basta ao réu requer a produção de outras provas para que não seja concedida a tutela da evidência com base no inciso IV, quebra-se toda a lógica que sustenta a concessão da tutela provisória da evidência. Como já visto no capítulo 1, a tutela da evidência foi construída para que se pudesse conceder à parte direito que alega ser seu, sem que haja urgência, bastando, para tanto, comprovar desde logo, o *fumus boni iuris*. Dessa forma, não haveria sentido a negativa por parte do juiz da concessão da tutela da evidência uma vez comprovada a verossimilhança do direito.

Ora, se a fumaça do bom direito foi apresentada e o réu não opôs contraprova que gere dúvida razoável, se limitando a requer a produção de novas provas, o juiz, no caso concreto, avaliaria o pedido de dilação probatória, ponderando o direito em litígio e verificando se há ou não a possibilidade de concessão da tutela da evidência, posto se tratar de tutela provisória e não definitiva.

Verificando-se que, de fato, há necessidade de dilação probatória, restaria ao magistrado, ao final da fase probatória, julgar definitivamente a questão, com uma sentença de procedência (total ou parcial) ou mesmo de improcedência do pedido, sendo possível, em caso de procedência da demanda, cogitar na concessão, em sede de sentença, da tutela provisória requerida do início do processo, a fim de remover o efeito suspensivo que, como regra, figura no recurso de apelação, consoante prevê o art. 1.012, §1º, do CPC/15.

Do contrário, em sendo constatado o intuito protelatório no pedido de dilação probatória, é possível imaginar a concessão da tutela da evidência pautada no inciso

²⁹ Mesmo na exposição de motivos do CPC/15 deixou-se claro que a intenção, quando da concessão de tutela de natureza satisfativa desprovida de urgência, seria evitar o agravamento do dano porque ausente razão relevante para tanto. Assim, presente tal razão, não seria prudente a concessão da tutela provisória da evidência. Expressamente: “[...] Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, **por não haver razão relevante para a espera**, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano” (grifos nossos).

I do art. 311 do CPC/15. Ainda assim, nesse tipo de situação, caso visivelmente desnecessária a produção de provas, de fato, estar-se-ia diante de hipótese de julgamento antecipado da lide ou de julgamento antecipado parcial de mérito, a depender da quantidade de pedidos requeridos pela parte (consoante já visto anteriormente).

De todo modo, se tratando de julgamento antecipado do mérito, seria possível, consoante já afirmado, a concessão da tutela da evidência em sede de sentença, a fim de afastar o efeito suspensivo da apelação. Da mesma forma, caso o réu não possua, efetivamente, forma alguma de provar o contrário daquilo que se alega, sequer requerendo prova alguma, e restando suficientemente provado o direito (ou parte dele) alegado pelo autor, também se estaria diante de um caso de julgamento antecipado total ou parcial do mérito em razão da desnecessidade de produção de outras provas.

Partindo de outro ponto de vista, Amaral (2016) defende que mesmo após a audiência de instrução e julgamento poderá o juiz conceder a tutela da evidência, caso vislumbre que a sentença não possa ser desde logo proferida, em razão da necessária prática de outros atos processuais sem os quais não será possível a prolação da sentença final de mérito (como é o caso, por exemplo, da oitiva de testemunhas por carta rogatória).

Assim, o magistrado concederia a tutela provisória da evidência ponderando os valores da *efetividade* e da *segurança jurídica*, deferindo-a ao autor sempre que verificada a probabilidade do bom direito em seu favor, numa comparação entre a verossimilhança de suas alegações com as do réu.

Tal interpretação parece bastante sensata. Não haveria porque limitar a incidência da tutela da evidência apenas ao momento anterior à fase probatória, tendo em vista a possibilidade de que seja requerida, incidentalmente, em qualquer fase do processo, mesmo em âmbito recursal (art. 299, parágrafo único).

Nesse linear, se mesmo após a dilação probatória não houver ainda decisão final imediata, por necessidade de se aguardar a prática de alguns atos procedimentais, nada impediria o pedido incidental de concessão de tutela provisória da evidência apenas para antecipar os efeitos da tutela final. Isso não se confunde com o julgamento antecipado parcial de mérito, tendo em vista que não há mais mérito a ser decidido posteriormente. Apenas se estaria antecipando os efeitos da tutela final em razão da própria necessidade de se utilizar um elemento de efetividade

processual, tornando útil o provimento jurisdicional a despeito da demora processual enraizada nas suas etapas.

Analisando, portanto, os entendimentos doutrinários divergentes e coadunando-os com as considerações particulares acrescentadas pela autora desta monografia, pode-se chegar à conclusão de que haverá casos em que, de fato, as situações previstas nos incisos I e IV como hipóteses de concessão de tutela da evidência culminarão em um julgamento antecipado (total ou parcial) de mérito, pois, apesar de serem institutos diferentes, desde sua origem era difícil diferenciá-los em razão da natureza satisfativa inerente a ambos.

Enquanto a tutela da evidência satisfaz o direito provisoriamente, *antecipando os efeitos da tutela final*, o julgamento antecipado (total ou parcial) do mérito satisfaz definitivamente o direito em litígio, *antecipando o momento da concessão da tutela final*³⁰ que, ao invés de ser concedida apenas após a fase probatória, é concedida antes, contribuindo para a construção de um processo de duração razoável.

Dessa forma, seria possível pensar a concessão da tutela provisória da evidência com base nos incisos I e IV antes, após a dilação probatória e mesmo na durante a sentença.

3.2 Decisão que julga parcialmente o mérito *versus* decisão que concede a tutela da evidência

Consoante já abordado, em razão da origem processual comum dos institutos objeto do presente estudo, diferenciá-los na prática torna-se tarefa mais complexa do que fazê-lo apenas na teoria.

Entretanto, algumas situações parecem permitir uma interpretação caso a caso, de modo que, ainda que a norma expressamente permita que, configurada uma determinada situação, a aplicação de um deles se faz correta, é possível que o magistrado aplique ambos, cumulativamente.

³⁰ É possível chegar a essa interpretação analisando o que Marinoni (2007, p. 210) afirma quanto à antecipação dos efeitos da tutela final: “[...] De modo que a tutela antecipatória da parte incontroversa está longe de significar a *antecipação da tutela final*, representando, na verdade, a antecipação do *momento da concessão da tutela final*. Melhor explicando: enquanto a tutela antecipatória, tal qual idealizada em 1994, antecipa a tutela final, a tutela antecipatória da parte *incontroversa presta a própria tutela final em momento adequado e tempestivo*, garantindo a realização do direito fundamental à duração razoável e aos meios que garantam a celeridade do processo” (grifos do autor)

3.2.1 Natureza jurídica

Até pouco tempo atrás muito se discutia acerca da natureza jurídica da decisão que julgaria parcialmente o mérito, porque ausente previsão legal permissiva da cisão da lide, não passando de uma construção doutrinária com base na interpretação extraída do § 6º do art. 273 do CPC/73 bem como da intenção do professor Marinoni (1998) ao sugerir a inclusão do mencionado parágrafo ao código.

Sob a égide desse código, a ideia de cisão do julgamento da lide levava alguns a crerem na necessidade da prolação de mais de uma sentença dentro de um mesmo processo, o que esbarrava em uma série de outros artigos.

A redação original do art. 162, § 1º previa que “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. A extinção do processo, por sua vez poderia acontecer quando o juiz acolhesse ou rejeitasse o pedido do autor (art. 269, I, CPC/73) ou mesmo quando o réu reconhecesse a procedência do pedido do autor (art. 269, II, CPC/73). Ademais, o art. 459, do CPC/73 dispunha que a sentença se tratava de ato por meio do qual o juiz acolhia ou rejeitava, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor³¹.

Nesse molde, não seria possível cogitar da prolação de duas sentenças em um mesmo processo, cabendo, portanto, a um único ato decidir todas as pretensões processuais e extinguir o processo. Às decisões interlocutórias cabia resolver questões incidentais, não podendo se sujeitar, portanto, à coisa julgada material, mesmo porque o art. 485, do CPC/73 somente permitia o manejo da ação rescisória às sentenças de mérito, não atingindo, portanto, decisões interlocutórias.

Destarte, ainda que, com base na incontrovérsia do direito fosse concedida a antecipação de tutela (art. 273, §6º, do CPC/73), com conteúdo de mérito e apta a resolver, definitivamente, parcela da demanda, não se tratava de sentença, de modo que não faria coisa julgada material. Entretanto, havia alguns em defesa do cabimento da ação rescisória em face de decisões interlocutórias de mérito, aptas a fazer coisa

³¹ Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.

julgada material³² em razão do seu conteúdo de sentença, mormente depois da alteração da redação do §1º do art. 162 e *caput* do art. 269, ambos do CPC/73.

O código de 2015 sanou tal controvérsia. Determinou que, em regra, o recurso cabível contra as decisões proferidas no curso do processo é a apelação, o que se depreende pela leitura do teor do art. 1.009, *caput* e §1º, que assim dispõe:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, **se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação**, eventualmente interposta contra a decisão final ou as contrarrazões (grifos nossos).

Desse modo, apenas excepcionalmente é cabível o agravo de instrumento, para o qual foi reservado um rol taxativo de matérias agraváveis (art. 1.015, CPC/15). Todavia o art. 356, em seu § 5º, expõe expressamente que a decisão de julga parcialmente o mérito é impugnável por agravo de instrumento. Em razão disso, há de se crer que a decisão que julga antecipada e parcialmente o mérito trata-se de decisão interlocutória (DIDIER JR., 2015b), e não de sentença.

Isso porque o art. 203, §1º expressa que a sentença é um pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, *põe fim à fase cognitiva do procedimento comum* e extingue a execução. Já o seu § 2º revela que a decisão interlocutória, por sua vez, é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadra no §1º. Assim, o que determina a natureza do provimento não é, necessariamente, o seu conteúdo, mas o momento da sua prolação.

Uma vez que a decisão que julga antecipada e parcialmente o mérito não o faz pondo fim à fase cognitiva, não é possível enquadrá-la como sentença.

Outrossim, aparentemente buscando reforçar a natureza interlocutória da decisão em comento, o legislador sublinhou, no art. 966, do CPC/15, que a ação rescisória é manejável não mais em face de sentenças de mérito, mas em face de *decisões de mérito transitadas em julgado*, assim que não somente as sentenças podem decidir o mérito, mas também as decisões interlocutórias³³.

³² O próprio STJ assim já o decidiu, admitindo, em situações específicas e excepcionais, a rescisória contra decisão interlocutória, como por exemplo, no julgamento do Resp nº. 628.464-GO, 3ª Turma, Rel. Nancy Andrigui, julgado em: 05.10.2006.

³³ Mesmo antes do CPC/15 o professor Didier Jr. (2014b) entendia se tratar de decisão interlocutória que versa sobre parcela do mérito com força de definitividade, fundada em cognição exauriente e apta a fazer coisa julgada material, sendo passível de execução definitiva.

No tocante à decisão que concede a tutela provisória da evidência, não resta dúvidas acerca de sua natureza de decisão interlocutória, desde que concedida antes do final da fase cognitiva. Isso porque é possível cogitar da concessão da tutela da evidência não apenas em sede de decisão interlocutória, como também em sentença, visando cortar o efeito suspensivo que via de regra acompanha o recurso de apelação, propiciando a execução imediata da sentença.

Nesse viés, diz-se que a decisão que julga antecipada e parcialmente o mérito possui natureza jurídica de decisão interlocutória, em razão do teor dos arts. 203, §1º, 356, §5º e 966, *caput*, todos do CPC/15. Enquanto isso, a decisão que concede a tutela da evidência poderá fazê-lo tanto em sede de decisão interlocutória como em sede de sentença, evitando o efeito suspensivo do recurso, consoante preleciona o art 1.012, §1º, V, do CPC/15.

3.2.2 Decisão que julga parcialmente o mérito em pedido de tutela provisória da evidência

Como visto, a incontrovérsia prevista no texto da lei deixou de ser característica apta a permitir a concessão da antecipação dos efeitos da tutela final, prevista no art. 273, § 6º, do CPC/73, tornando-se característica permissiva do julgamento parcial de mérito, segundo o teor do art. 356, I, do CPC/15. Desse modo, a presença da incontrovérsia, entendida essa como uma resposta à evidência do direito do autor, atrai o juízo de cognição exauriente, formando coisa julgada.

Não obstante, consoante já visto, é possível que, nas hipóteses dos incisos I e IV do art. 311 do CPC/15 – que preveem as situações que permitem a concessão da tutela da evidência – reste configurada evidência do direito da parte apta a formar coisa julgada material, assim como o faz a presença de direito incontroverso.

Em sendo requerida a concessão de uma tutela provisória da evidência, uma vez que a manifestação da parte contrária se mostre frágil, é possível que o magistrado indefira as provas por ele requeridas, porque protelatórias ou inúteis. Tal ato autoriza o julgamento antecipado da lide (total ou parcial)³⁴ uma vez presentes os

³⁴ Repise-se que esse julgamento será parcial na hipótese em que apenas um dos pedidos cumulados estiver sendo julgado antecipadamente.

pressupostos que permitem seu deferimento, quais sejam, a evidência do direito e a desnecessidade de produção de outras provas (DIDIER JR., 2015b).

Em razão do pedido de dilação probatória ter sido considerado protelatório, subentende-se que nessas situações é desnecessária a fase probatória. Ademais, pela própria natureza da tutela da evidência do inciso I, houve a disponibilização do efetivo contraditório, respeitando o disposto nos arts. 9 e 10, do CPC/15, de modo que o julgamento imediato da lide não violaria o devido processo legal e os princípios dele decorrentes.

No mesmo sentido, na hipótese de tutela da evidência do inciso IV do art. 311, do CPC/15, se, além da prova documental, o réu não dispuser de nenhum outro meio de prova suficiente, inevitavelmente, o processo culminará em um julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de produção de outras provas (art. 355, I, do CPC/15), consoante defende Didier Jr. (2015b).

Em ambas as situações, mesmo em se tratando de hipóteses de concessão de tutela provisória da evidência, é possível que o magistrado julgue antecipada e parcialmente o mérito, concedendo, em sede de cognição exauriente, um provimento que, *a priori*, teria natureza de cognição sumária, porquanto a evolução processual permitiu que o aplicador do direito conferisse definitividade às decisões que ele verifica aptas a fazerem coisa julgada material, harmonizando eficazmente o trinômio rapidez-segurança-efetividade.

3.3 A utilidade da tutela da evidência como instrumento de efetividade processual

Colocando em pauta a atuação do judiciário brasileiro, há quem afirme que este prescinde de *intervenções incisivas* para que possa atingir sua finalidade primordial. Ao tratar sobre o tema, Costa Machado (1998) ressalta que a problemática que atinge diretamente esse poder se encontra em sua vertente administrativa. Isso porque o Poder Judiciário tende à expansão, seja porque a inafastabilidade do controle jurisdicional inevitavelmente atrai para si demandas – as quais, por sua natureza, não

podem ser afastadas –, ou ainda porque a busca pela atuação direta do Estado nas relações entre particulares é cada vez mais frequente³⁵.

Preocupados com essa realidade e com os *significativos sociais da utilização do processo* (MARINONI, 1992), a atenção dos processualistas se voltou à busca por um processo efetivo, o que perpassa, inevitavelmente, pela noção de um processo mais célere – ou melhor dizendo, de duração mais razoável.

Um processo que, ao se finalizar, entrega ao detentor do direito um resultado que possui efeitos e está apto a produzi-los, atingiu sua eficácia. Todavia, se este mesmo processo não produzir essas consequências que se comprometeu a produzir, não há que se falar em efetividade, posto que não funciona efetivamente.

Ao antecipar os efeitos da tutela final, o magistrado assegura à parte que aquela providência permitirá o gozo imediato do direito que alega ser seu, abrandando, portanto, os males do tempo e garantindo a efetividade da jurisdição (DIDIER JR., 2015b).

Nesta toada, ainda que concedida nas hipóteses dos incisos I e IV, a tutela da evidência, como um instrumento de efetividade processual, vai ao encontro dos anseios da comunidade processualista, mostrando-se útil e servindo a que veio.

É inevitável que, em alguns casos, as situações previstas nesses incisos também possam se mostrar como servientes ao julgamento antecipado (parcial ou total) do mérito. Realizando-se uma interpretação constitucional sobre os dispositivos, é possível verificar que isso não implica dizer que essas situações são inúteis à tutela da evidência. Ao revés, são hipóteses úteis a ambos, tutela da evidência e julgamento antecipado (total ou parcial) de mérito, desde que restem caracterizadas as particularidades de cada um.

³⁵ Ao tratar sobre os obstáculos à atuação do Judiciário numa ótica comparativa, Costa Machado (1998, p. 11-12) ressalta: “Tal dicotomia tendencial [entre executivo e judiciário] se explica pelo fato de ser possível, numa ótica de racionalidade, desregulamentar e desburocratizar atividades particulares e reduzir a função fiscalizatória administrativa ao mínimo necessário, à luz de critérios razoáveis de conveniência pública, ou seja, é viável eliminar volume significativo de trabalho do âmbito das atribuições da Administração Federal. Já no Judiciário, não só não se pode cogitar de excluir conflitos da sua competência, sob pena de afronta à garantia constitucional do acesso à Justiça – nem mesmo a jurisdição voluntária ou a fiscalização do foro extrajudicial que significaria transferir serviço para a sobrecarregada Administração Estadual – como não se deve em momento algum perder de vista que a crescente demanda de prestação jurisdicional é consequência direta e imediata do desenvolvimento econômico e do crescimento da população de um país, razão por que se trata de fenômeno inevitável. Portanto, enquanto a Administração tende apenas idealmente a encolher (porque isso depende da realização da sonhada Reforma Administrativa que se funde na visão ideal do ‘Estado Mínimo’, mas que na prática esbarra no gigante dos interesses corporativos), o Judiciário tende concreta e inexoravelmente a crescer pelas razões expostas, encontrando como barreira sempre a mesma e velha desculpa da falta de recursos orçamentários”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proliferação das medidas de urgência, em decorrência das exigências do mundo moderno, nada mais é do que um reflexo do imediatismo que infecta a sociedade. É que essa necessidade por respostas cada vez mais rápidas, singularidade que representa a sociedade atual, transformou o processo.

Entrementes, ao contrário do que possa parecer, o fenômeno da sumarização do processo não trouxe consigo, necessariamente, somente impactos negativos na forma de resolução das demandas.

É preciso ter em mente que é o Direito que se amolda aos fatos da vida, e não o contrário. Nesta senda, as deficiências do procedimento ordinário – agora, meramente do procedimento comum – precisavam ser sanadas. Era essencial resguardar, mediata ou imediatamente, o direito – ou bem da vida – contido no processo, em situações nas quais a atuação jurisdicional se mostrava impreterível. Para tanto, a criação do processo cautelar foi primordial, vez que a cognição exauriente do juiz, nessas hipóteses, se mostrava incompatível com a urgência que se supunha existente.

Nada obstante, o surgimento da ideia de um processo sincrético também permeava a busca dos processualistas pela harmonização do binômio rapidez-segurança. Assim, mesmo a ação cautelar, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foi atingida pelo afamado sincretismo processual, o que tornou as medidas de urgência cada vez mais aptas à concretização do efetividade do processo.

Esse mesmo código aperfeiçoou alguns institutos já existentes e acrescentou outros, prezando pela celeridade processual sem que, para isso, o contraditório fosse burlado. Separou-se a tutela da evidência da antecipação de tutela e previu-se o julgamento antecipado parcial de mérito.

Apesar da divergência doutrinária trazida no presente trabalho, foi possível apresentar uma interpretação que harmonizasse ambos os entendimentos, sem deixar de tecer algumas críticas à forma como o instituto da tutela da evidência concedida com base nos incisos I e IV vem sendo interpretado.

Observou-se que as hipóteses de abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório, bem como de prova documentada com ausência de contraprova documental suficiente, também se mostram como situações que, a depender do caso concreto, poderão ensejar um julgamento antecipado (parcial ou

total) do mérito. Isso não implica dizer que essas situações são inúteis à tutela da evidência. Ao contrário, são hipóteses úteis a ambos os institutos, tanto à tutela da evidência quanto ao julgamento antecipado (total ou parcial) de mérito, desde que restem caracterizadas as particularidades de cada um.

De modo geral, é possível concluir que a previsão dessa espécie de tutela provisória no CPC/15 representa, sem sombra de dúvidas, uma evolução processual, mostrando-se útil como instrumento de efetividade processual.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo P. Arruda. Tutela provisória no código de processo civil de 2015: visão geral sobre o tema e a jurisprudência que se forma, **Novo CPC aplicado – visto por processualistas**, 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, vol. 2, tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o código de processo civil**, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 mar., 2015.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 jan., 1973.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, 9. ed., rev., ampl. e at., Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. **Curso de direito processual civil**, vol. 2, 9. ed., rev., ampl. e at., Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, 10. ed., rev., ampl. e at., Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. **Curso de direito processual civil**, vol. 2, 10. ed., rev., ampl. e at., Salvador: JusPodivm, 2015.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2 ed, São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**, 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Manual elementar de processo civil**, 2. ed., rev., ampl. e at., Belo Horizonte: DelRey, 2013.

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