

## TUTELA DE EVIDÊNCIA RECURSAL

Provisional relief granted on the basis of prima facie evidence in civil appeal proceedings  
Revista de Processo | vol. 324/2022 | p. 163 - 181 | Fev / 2022  
DTR\2022\37

### Fernanda Medina Pantoja

Doutora e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professora da PUC-Rio. Pesquisadora Visitante na University of Cambridge e na Queen Mary University of Law (Inglaterra). Membro do Projeto de Pesquisa “Comparative Procedural Law and Justice” (CPLJ), do Max Planck Institute Luxembourg. Integrante da Processualistas. Advogada. fmpantoja@gmail.com

### Felipe Barreto Marçal

Doutorando em Direito Processual pela UFPR. Mestre em Direito Processual pela UERJ. Membro dos Grupos de Pesquisa Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo (UERJ) e Meios Adequados de Solução de Conflitos, dentro e fora do Estado (UFPR), ambos integrantes da Rede ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa – Justiça Civil e Processo Contemporâneo. Advogado. felipe\_marcal@hotmail.com

### Área do Direito: Civil; Processual

**Resumo:** Com base em extensa pesquisa bibliográfica, e a partir da premissa de que as tutelas provisórias constituem instrumento fundamental para mitigar os deletérios e inevitáveis efeitos do tempo no processo, expõem-se os traços gerais da tutela de evidência, como espécie de tutela provisória, e, mais especificamente, examina-se a tutela da evidência recursal, cujas potencialidades mostram-se ainda pouco exploradas, analisando-se o seu cabimento, os requisitos para a sua obtenção e as formas de requerimento, com o fim de lhe conferir maior efetividade.

**Palavras-chave:** Tutela provisória – Tutela de evidência – Recurso – Tutela de evidência recursal

**Abstract:** Drawing on extensive research of the literature and based on the premise that orders for provisional relief play a fundamental role in mitigating the harmful and inevitable effects of delay in the proceedings, the authors set out an overview of a type of provisional relief known as “relief granted in the basis of prima facie evidence” and focus specifically on the relief granted in the basis of prima facie evidence which is available in civil appeal proceedings. This form of relief has not to date been explored and used to its full potential. In this paper the authors seek to demonstrate how it can be used to greater effect, and to this end they analyze the circumstances in which it can be sought, the requisites for the grant of an order and the means and form of application.

**Keywords:** Provisional relief – Appeal – Relief granted in the basis of prima facie evidence – Provisional relief granted on the basis of prima facie evidence in civil appeal proceedings

**Para citar este artigo:** PANTOJA, Fernanda Medina; MARÇAL, Felipe Barreto. Tutela de evidência recursal. *Revista de Processo*. vol. 324. ano 47. p. 163-181. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. Disponível em: [inserir link consultado](#). Acesso em: DD.MM.AAAA.

### Sumário:

1. Tempo, dano marginal e cognição sumária - 2. Tutela de evidência: apontamentos gerais - 3. Tutela de evidência recursal - 4. Conclusão

### 1. Tempo, dano marginal e cognição sumária

O tempo – essa grandeza fundamental que não traduz mais do que uma ilusão<sup>1</sup> – influencia a dinâmica processual em dimensões bastante plurais. No aspecto *subjetivo*, impacta diretamente o comportamento dos sujeitos processuais, moldando as escolhas das partes, como a opção de interpor ou não um recurso e de celebrar ou não um acordo<sup>2</sup>. O espaço temporal decorrido posteriormente à prática de atos processuais pelas partes e pelos julgadores é também responsável por cristalizar a expectativa legítima de manutenção desses mesmos atos, levando à proibição de condutas contraditórias ou, ao menos, no caso dos juízes, à exigência de um maior ônus argumentativo para invalidar uma decisão anterior<sup>3</sup>.

A duração relativa do processo também condiciona, em uma perspectiva *objetiva*, a própria

prestação jurisdicional<sup>4</sup>. De um lado, atua como um fator de *qualidade*, diante da necessidade de um lapso temporal razoável para a plena realização do devido processo legal, para o exaurimento do contraditório e para a adequada cognição judicial. De outro, contudo, configura um fator de irrefutável *prejuízo*, na medida em que o mesmo tempo imprescindível ao desenvolvimento regular do processo pode comprometer a utilidade de seus resultados.

Os fatos que consubstanciam a causa de pedir estabilizam-se em um momento inicial do processo e, no interregno até o julgamento definitivo de mérito, muitas vezes, se distanciam da volúvel realidade do direito material; as estabilidades processuais – em seu sentido clássico – forçam o processo a sempre “seguir adiante” (conforme denota a própria etimologia de “processo”, derivado de *pro cedere*, “caminhar para frente”)<sup>5-6</sup>. A entrega da prestação jurisdicional definitiva pode se revelar, então, completamente imprestável para satisfazer em concreto os interesses das partes, tanto se for “demorada” demais, à vista dos interesses das partes, quanto se ignorar a mutabilidade dos fatos e das situações jurídicas (materiais e processuais)<sup>7</sup>.

Como circunstância agravante, uma parte significativa do tempo consumido no processo extrapola aquele que convém à adequada prestação da tutela jurisdicional. Trata-se de uma demora a que se reputa desproporcional e irrazoável, em geral decorrente da falta de estrutura do Judiciário e das distorções nas condutas dos sujeitos processuais, conforme o diagnóstico preciso de Proto Pisani. O autor, natural de um país cujo Poder Judiciário é conhecido pela sua ineficiência e lentidão<sup>8</sup>, reconhece a existência de uma lentidão *patológica*, advinda justamente dessas mazelas e disfunções, em contraposição ao tempo *fisiológico*, este salutar e proveitoso à desenvolvimento do processo<sup>9</sup>.

Nesse contexto de excessiva dilação procedimental, cujo infortúnio também acomete o sistema judicial brasileiro, ressaí a existência do *dano marginal*<sup>10</sup>, que é aquele sofrido pelo autor em razão do simples transcurso do tempo do processo – não somente pelo risco de um evento que leve à impossibilidade de realização do seu direito, mas porque o mero estado de insatisfação de seus interesses lhe é manifestamente nocivo<sup>11</sup>.

Exatamente para mitigar esses efeitos deletérios do tempo, o legislador vale-se de técnicas de aceleração da prestação jurisdicional ou de alguns de seus efeitos<sup>12</sup>. A primeira técnica compreende mecanismos voltados à *sumarização do procedimento*, a exemplo da improcedência liminar do pedido e do julgamento monocrático do mérito pelo relator; e a segunda abarca técnicas de *sumarização da cognição*, correspondentes às tutelas provisórias<sup>13</sup>. Neste último caso, diz-se que a cognição é sumária<sup>14</sup> porque o juiz deixa de examinar profundamente a matéria litigiosa, e, por força dessas condições precárias, a sua decisão não tem o condão de fazer coisa julgada, surtindo efeitos limitados no tempo<sup>15</sup>, mas que podem ser suficientes para tutelar os interesses das partes<sup>16</sup>.

Uma vez que o ônus do tempo atinge as partes de forma desigual – normalmente prejudicando quem tem razão, já que precisará aguardar o término do processo para satisfazer o seu interesse ou para se ver eximido da turbação do processo para livremente usufruir de seu direito<sup>17</sup> –, as tutelas provisórias servem para *reequilibrá-lo*. Contribuem, assim, para a realização da igualdade substancial entre as partes<sup>18</sup> e para concretizar a promessa, tantas vezes etérea, de efetividade da tutela jurisdicional: a de garantir que a parte possa fruir, no curso e ao final do processo, do direito que lhe foi reconhecido pela sentença<sup>19</sup>.

### 1.1. Tutela provisória

A tutela provisória pode ter por fundamento tanto a urgência quanto a evidência do direito posto em juízo, nos termos do art. 294 do Código de Processo Civil. Com as medidas de *urgência*, afasta-se o perigo de dano iminente enfrentado pela parte enquanto aguarda a composição definitiva do conflito. Esse (risco de) dano, de natureza econômica ou jurídica, pode afetar tanto a eficácia da futura prestação jurisdicional, exigindo uma tutela cautelar para eliminá-lo, quanto o próprio direito material discutido em juízo, dando ensejo, nesse caso, à concessão de uma tutela satisfativa.

Por sua vez, por meio da tutela de *evidência*, outorga-se ao requerente aquilo que *provavelmente* lhe seria assegurado ao final do processo. A tutela de evidência depende, por isso, exclusivamente da demonstração da alta probabilidade do direito invocado, sem a necessidade de provar urgência. Combate-se, desse modo, “a injustiça suportada pela parte que, mesmo demonstrando a evidência de seu direito material, se vê sujeita a privar-se da respectiva usufruição, em face da resistência abusiva do adversário”<sup>20</sup>.

Em alguma medida, portanto, a tutela da evidência também envolve um perigo de dano a ser evitado, embora inconfundível com aquele exigido nas situações urgentes: trata-se do dano marginal. Quanto maior é a demora do processo, e mais tempo o sujeito fica privado do gozo de seu direito, maior é o ônus que lhe é impingido, em indevido benefício da contraparte<sup>21-22</sup>.

Sob essa perspectiva, tanto a tutela de urgência quanto a de evidência destinam-se a minimizar ou eliminar os prejuízos suportados por aquele cuja pretensão está aparentemente tutelada pelo direito (*fumus boni iuris*). Essa premissa é muito importante porque aproxima as espécies de tutela provisória e justifica a sua sistematização, na lei processual civil, dentro de um mesmo *genus*<sup>23</sup>, com o reconhecimento de diversos atributos comuns entre elas, como a exigência de requerimento da parte, a provisoriedade, a instrumentalidade, a revogabilidade, a fungibilidade e a cognição sumária<sup>24</sup>.

## 2. Tutela de evidência: apontamentos gerais

A tutela de evidência não é novidade no sistema jurídico processual brasileiro, que há muito já conhecia diversas hipóteses de concessão de tutela provisória sem o requisito da urgência, como as liminares na busca e apreensão de veículo alienado fiduciariamente (art. 3º do Decreto-lei 911/1969 (LGL\1969\31)), nas demandas possessórias de manutenção ou reintegração de posse, nos embargos de terceiro, nas demandas monitórias (arts. 371 e 709 do CPC/1939 (LGL\1939\3); arts. 928, 1.102.b e 1.051 do CPC/1973 (LGL\1973\5)) e nas demandas de despejo (art. 59, § 1º, da Lei 8.245/1991 (LGL\1991\30)). O Código de Processo Civil de 1973, no § 6º do art. 273, também já previa genericamente a possibilidade de concessão de tutela de evidência, ao autorizar a antecipação de tutela em caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

As novidades do Código de Processo Civil de 2015 foram a de estipular, no art. 311, outras situações em que cabível a tutela de evidência, e de discipliná-la também por meio das disposições gerais sobre as tutelas provisórias, nos artigos 294-299. Além disso, criou a possibilidade de atribuição, com base apenas em evidência, de efeito suspensivo ao recurso, bem como de concessão da tutela provisória recursal (arts. 1.012, § 4º, 1.026, § 1º, do CPC (LGL\2015\1656))<sup>25</sup>.

O direito evidente, em síntese, é aquele construído sobre um juízo de probabilidade, aquele que se pode provar como verdadeiro<sup>26</sup>, ou “*cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-se incontestável ou ao menos impossível de contestação séria*”<sup>27</sup>. Em boa hora, o Código deixou de referir-se à “*verossimilhança*” do direito, cujo termo já ensejou diversas discussões na doutrina, não apenas terminológicas<sup>28</sup>.

De acordo com o art. 311 do CPC (LGL\2015\1656), a tutela de evidência terá cabimento quando (i) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (inciso I); (ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (inciso II); (iii) tratar-se de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa (inciso III); e (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 (inciso IV).

A respeito do art. 311, há alguns pontos importantes a serem destacados. O primeiro é o de que as hipóteses ali indicadas têm em comum o fato de que a prova deve ser robusta o suficiente para sustentar a pretensão da parte<sup>29</sup>. Em outras palavras, a probabilidade do direito exige, necessariamente, a evidência dos fatos que o substanciam<sup>30</sup>.

O segundo é o de que as hipóteses enunciadas no art. 311 devem ser interpretadas para além de sua literalidade. Assim, por exemplo, o inciso IV abarca não apenas o direito evidente a partir de prova documental, como aquele demonstrado por quaisquer outros meios de prova<sup>31</sup>; e o inciso II deve ser interpretado no sentido de incluir não apenas outros casos de direito jurisprudencial, como também a norma não controversa, de aceitação geral, sobre a qual sequer se justificaria a existência de discussão e a criação de um precedente vinculante<sup>32</sup>.

Há, ainda, a possibilidade de criação de tutela da evidência por negócio jurídico processual (art. 190 do CPC (LGL\2015\1656))<sup>33</sup>, bem como quem defenda que o rol do art. 311 do CPC

(LGL\2015\1656) é meramente exemplificativo<sup>34</sup>, havendo uma verdadeira permissão geral de concessão de tutelas de evidência, nas hipóteses em que o juízo considerar suficientemente provadas as alegações dos fatos constitutivos do direito.

O terceiro aspecto que merece ser salientado é o de que, conquanto a tutela de evidência seja eminentemente satisfativa, ao propiciar o mesmo resultado prático a ser obtido com o julgamento final, nada impede que dê ensejo a uma medida de natureza “cautelar”, voltada a garantir o resultado útil e eficaz do processo. O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu, inclusive, que a medida de indisponibilidade de bens, na ação de improbidade administrativa (art. 7º da Lei 8.492/1992), constitui tutela sumária fundada na evidência<sup>35</sup>.

Com efeito, toda e qualquer indisponibilidade de bens pode ser concedida com base apenas em evidência, tal como sequestros de bens (obrigações de dar coisa certa) e arrestos (obrigações de pagar quantia). Afinal, se a evidência permite a fruição do próprio direito, com mais razão, deve autorizar também a concessão de medidas assecuratórias desse direito (conforme a máxima “quem pode o mais pode o menos”).

Além disso, existe uma zona cinzenta entre as medidas conservativas e antecipatórias, como bem identificou Eduardo Talamini, ao tratar especificamente da tutela de urgência<sup>36</sup>, a justificar a existência de fungibilidade entre a tutela cautelar e antecipada. Por exemplo, as tutelas inibitórias antecipadas são concedidas sem a necessidade da demonstração do risco de dano (art. 497, parágrafo único, do CPC (LGL\2015\1656))<sup>37-38</sup>, aproximando-se, portanto, de tutela da evidência. Nesses casos, a interpretação sistemática da lei permite defender que o requerimento de tutela provisória fundado em urgência seja recebido como se fosse fundado em evidência, afastada apenas a possibilidade de concessão desta última em caráter antecedente<sup>39</sup>.

Por fim, a tutela de evidência pode ser concedida liminarmente, nos casos dos incisos II e III (art. 311, parágrafo único, do CPC (LGL\2015\1656)), bem como ao longo de todo o curso do processo, inclusive na sentença. A vantagem de sua concessão na sentença é a de subtrair o pernicioso efeito suspensivo automático da apelação<sup>40</sup>, ao permitir o cumprimento provisório da decisão antes de seu trânsito em julgado<sup>41</sup>. O fundamento, nesse caso, será o do inciso IV, pois “se o juiz proferiu sentença acolhendo os pedidos do autor, é sinal de que após a tramitação do processo de conhecimento formou-se a firme convicção de procedência do direito pretendido em sede de cognição exauriente”<sup>42</sup>.

### 3. Tutela de evidência recursal

#### 3.1. Cabimento da tutela de evidência recursal

Obviamente, sendo admissível ao longo de todo o processo, a tutela de evidência também pode ser concedida em âmbito recursal. Nesse caso, porém, a lei processual civil contenta-se com a demonstração de “probabilidade de provimento do recurso”, cuja expressão está contemplada nas normas que dispõem sobre a possibilidade de concessão de efeito suspensivo à apelação – nas hipóteses excepcionais em que esta não dispõe da suspensividade *ope legis* (art. 1.012, § 4º)<sup>43</sup> – e nos embargos de declaração (art. 1.026, § 1º)<sup>44</sup>.

Em que pese não haver previsão idêntica nas normas sobre os demais recursos em espécie, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, a qualquer espécie recursal pode ser atribuído o efeito suspensivo ou concedida a antecipação da tutela recursal com base na evidência – *rectius*, na probabilidade de provimento do recurso, sem necessidade de demonstração de risco de dano grave ou de difícil reparação.

É bem verdade que o art. 995, parágrafo único, do CPC (LGL\2015\1656), admite aos recursos, de modo geral, o efeito suspensivo fundado em urgência (“[...] *se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação*[...]”), sem aludir à evidência. No entanto, há diversas outras normas na lei processual civil que, sistematicamente consideradas, permitem concluir pelo amplo cabimento da tutela de evidência recursal. Por exemplo, os arts. 299 e 932, II, do CPC (LGL\2015\1656), expressamente, enunciam a possibilidade de concessão de tutela *provisória* recursal, sem fazer qualquer ressalva em relação à tutela da evidência ou qualquer limitação às tutelas de urgência. Além disso, também a partir de uma lógica de um microsistema recursal<sup>45</sup>, as normas que dispõem sobre a tutela da evidência para a apelação e para os embargos de declaração podem ser estendidas aos demais tipos recursais<sup>46</sup>, como ocorre a outras previsões

legais, a exemplo do art. 1.013, § 3º, do CPC (LGL\2015\1656), que dispõe sobre a teoria da causa madura<sup>47</sup>.

A tutela da evidência tem como fundamentos a busca pela duração razoável do processo e pela adequação da tutela jurisdicional, de modo que, não havendo uma norma expressa impeditiva editada pelo legislador, cabe ao intérprete maximizar a eficácia dos princípios e dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CRFB/88). A ausência de previsão legal não pode constituir impedimento para essa compreensão, tanto é que existem normas processuais *consuetudinárias*<sup>48</sup> – em processos de improbidade administrativa, por exemplo, a doutrina e a jurisprudência admitem de modo tranquilo as decisões monocráticas concessivas de tutela para bloqueio de bens, que possuem natureza de tutela de evidência, mesmo sem disposição específica na Lei 8.429/1992 (LGL\1992\19)<sup>49</sup>.

A se entender de modo diverso, incorrer-se-ia em grave incoerência sistêmica e em disfuncionalidade prática. Imagine-se, por exemplo, a hipótese em que, em uma demanda com dois pedidos, seja proferida uma decisão parcial interlocutória de mérito, julgando-se um dos pedidos, reipersecutório, improcedente. O autor interpõe agravo de instrumento contra esse capítulo e, *comprovando justo motivo* (art. 435, § 1º, do CPC (LGL\2015\1656)), apresenta prova documental do contrato de depósito (art. 311, III, do CPC (LGL\2015\1656)). Caso se entenda que a tutela da evidência recursal seria incabível em sede de agravo, o relator não poderia conceder a ordem de entrega do bem. No entanto, fosse o mesmo pedido julgado ao final do processo, seria interposta apelação, e o relator poderia conceder a tutela da evidência. O tratamento desigual das hipóteses é claramente injustificável.

Some-se a isso o fato de que faz pouco sentido limitar os poderes do relator ou do colegiado para conceder a tutela provisória de evidência, quando o juízo de primeiro grau é autorizado a deferi-la, com base no art. 311 do CPC (LGL\2015\1656). Ademais, reforça a possibilidade de concessão pelo tribunal a circunstância de que a lei lhe incumbe rever a decisão concessiva ou denegatória da tutela de evidência proferida pelo juízo de origem. Entender pela impossibilidade de atribuição de tutela da evidência em qualquer recurso significaria admitir, de forma ilógica, que o relator tivesse menos poderes de adequar os efeitos do recurso do que o próprio juízo de primeiro grau<sup>50</sup>.

No mesmo sentido, há outro argumento a favor da tutela da evidência recursal, de difícil refutação: se o relator pode, monocraticamente, julgar o mérito em algumas situações (art. 932, IV e V, do CPC (LGL\2015\1656)) – cuja decisão é impugnável por recurso não dotado de efeito suspensivo –, então, deve poder também o menos, ou seja, retirar o efeito suspensivo do recurso, mediante concessão da tutela de evidência<sup>51</sup>.

Acresça-se que, no âmbito dos tribunais superiores, o Regimento Interno do STJ, em seu art. 288, inserido no Título X, “Dos Processos Incidentes”, também admite a concessão de tutela de evidência mediante “processo incidente” (para fins de autuação), que nesse caso consiste em verdadeiro incidente processual. A medida somente faz sentido quando requerida de forma apartada aos *recursos*, pois, no curso de demandas de competência originária, a tutela de evidência é requerida mediante simples petição.

O STJ, inclusive, já admitiu e deferiu pedido de tutela provisória de evidência, embora tenha utilizado, como fundamento, uma das hipóteses do art. 311 do CPC (LGL\2015\1656)<sup>52</sup>, e não, genericamente, a *probabilidade de provimento do recurso*. A decisão não deixa dúvida sobre o cabimento da tutela de evidência também nos recursos aos tribunais superiores, mas subtiliza o mecanismo, na medida em que o restringe às hipóteses do art. 311 do CPC (LGL\2015\1656).

Parece-nos que a “probabilidade de provimento do recurso” traduz um conceito mais vago e mais abrangente, que pode incluir, por exemplo, a existência de precedente de tribunal superior sobre a questão, de jurisprudência consolidada do próprio Tribunal, de provas robustas não refutadas pela parte, de manifesto erro na decisão (tanto *in procedendo* quanto *in iudicando*) ou, até mesmo, de fatos e provas supervenientes à sentença, entre outros fundamentos que denotem a probabilidade de o recurso ser provido, seja para anular, seja para reformar a decisão impugnada.

### 3.2. Legitimidade do recorrido para requerer a tutela de evidência

Segundo Fredie Didier Jr., “*todo aquele que alega ter direito à tutela jurisdicional (definitiva) está legitimado a requerer a antecipação provisória dos seus efeitos*”<sup>53</sup>. Portanto, uma vez que a tutela



jurisdicional pode beneficiar tanto o autor como o réu, ambos ostentam legitimidade para requerer a antecipação provisória dos seus efeitos. O autor prossegue com vários exemplos nos quais o réu pode ter legitimidade para requerer tutela de evidência, como nas hipóteses em que: i) for reconvinte ou tiver formulado outra demanda contra terceiros (denúnciação da lide, desconsideração da personalidade jurídica, chamamento ao processo); ii) formular, em demandas dúplices, pedido contraposto ao do autor; iii) houver exercido contradireito em defesa (direito de retenção, de compensação *etc.*); e iv) mesmo quando contestar demanda não dúplice, desejar obter a antecipação dos efeitos da tutela declaratória negativa (improcedência do pedido do autor)<sup>54</sup>.

Ademais, não se pode esquecer de que tanto o autor quanto o réu podem ser recorridos, de modo que, diante de seu direito à tutela jurisdicional definitiva (por meio do desprovemento do recurso), possuem legitimidade (*ad actum*)<sup>55</sup> para requerer a tutela da evidência recursal.

Em outras palavras, não é razoável que o ônus do tempo recaia sobre aquele que, em primeira instância, mereceu a tutela jurisdicional, somente podendo iniciar a proteção ao seu interesse se houver urgência, sob pena de o sistema prejudicar, temporariamente, aquele que parece ter razão, em benefício do que parece não ter. A concessão da tutela de evidência faz cessar esse problema, durante a demora até o alcance de uma solução definitiva. Possui, ainda, o condão de afastar o efeito suspensivo da apelação, cuja atribuição *ope legis* sabidamente incentiva a interposição de recursos protelatórios. O uso da tutela da evidência em favor do recorrido contribui justamente para desencorajar essa prática, que prolonga de forma desnecessária e inútil o trânsito em julgado da decisão, em verdadeira e inconveniente “distanásia recursal”.

Importante destacar, ainda, que a hipótese do art. 311, II, do CPC (LGL\2015\1656), funda-se n<sup>o</sup> abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”, cuja regra não encontra qualquer limitação à “contestação” para que seja aplicada. Assim, interpretando-se sistematicamente esse dispositivo à luz das previsões contidas nos arts. 1.012, § 4<sup>o</sup>, 1.026, § 1<sup>o</sup>, do CPC (LGL\2015\1656), é possível concluir que a probabilidade de *desprovemento* do recurso interposto deve ensejar também a concessão de tutela da evidência *em favor do recorrido*.

Entende-se, portanto, perfeitamente possível a concessão de efeito suspensivo ou de tutela provisória recursal, ao recorrente ou ao recorrido, a partir da demonstração apenas da probabilidade de êxito no julgamento do recurso (provimento para o recorrente e desprovemento para o recorrido), sem a necessidade de comprovação de urgência (risco de dano).

### 3.3. Momento de postulação da tutela de evidência recursal

A teor dos arts. 1.012, § 3<sup>o</sup>, e 1.029, § 5<sup>o</sup>, do CPC (LGL\2015\1656), o requerimento de tutela de evidência recursal deve ser dirigido ao tribunal, quando ainda não houver relator designado, ou ao relator, se já houver. O recorrente e o recorrido podem se valer tanto de um requerimento incidental nas razões recursais quanto de uma petição autônoma.

O CPC (LGL\2015\1656) silencia acerca da possibilidade de se requerer a tutela provisória antes de interposto o recurso ou de publicada a decisão. Além de serem cabíveis embargos de declaração (art. 494 do CPC (LGL\2015\1656)), em que podem ser demonstradas as hipóteses do art. 311 do CPC (LGL\2015\1656) para a obtenção da tutela de evidência, é admissível requerê-la também mediante petição autônoma ao tribunal, com a apresentação de um “esboço” das razões recursais, que evidencie, antes mesmo da interposição de recurso, a probabilidade de seu provimento, com o fim de obter medida liminar que obste a produção de efeitos da decisão recorrida (ou de obter desde logo a providência que a decisão negou ao recorrente).

Recorde-se, nesse particular, da célebre lição de Barbosa Moreira, no sentido de que o efeito suspensivo não é propriamente um atributo do recurso, mas *da recorribilidade* da decisão; em outras palavras, a própria possibilidade de interposição de um recurso (dotado de efeito suspensivo automático) já posterga a produção de efeitos da decisão impugnada, mesmo antes da interposição de recurso e até que haja o trânsito em julgado (da própria decisão recorrida ou daquela que julgar o recurso interposto contra ela). Não poderia ser diferente, uma vez que o risco de o vencedor iniciar o cumprimento provisório da decisão nesse mesmo lapso temporal justifica a possibilidade de concessão da tutela da evidência. Nesse sentido, se o efeito suspensivo automático existe antes mesmo da interposição do recurso, também o efeito suspensivo *ope iudicis* pode ser atribuído antes de ter sido interposto o recurso.

Aplicando-se por analogia os arts. 1.012, § 3º, I, e 1.029, § 5º, I, do CPC (LGL\2015\1656), o requerimento nesse caso deverá ser dirigido ao tribunal, que designará um relator para apreciá-lo. Embora o requerimento autônomo de tutela de evidência seja admissível antes da interposição de recurso, a sua manutenção, depois do decurso do prazo recursal, fica condicionada ao efetivo manejo do recurso cabível. Quando o requerimento for formulado pelo sucumbente (eventual recorrente), cessará a eficácia da tutela, caso este não venha a interpor posteriormente nenhum recurso e a decisão recorrida não seja reconsiderada pelo juízo de origem, nas hipóteses em que houver essa possibilidade.

Também se deve admitir que o vencedor em primeiro grau (eventual recorrido) requeira a tutela de evidência antes da interposição do recurso cabível (dotado de efeito suspensivo automático) pela parte adversa, mediante petição autônoma dirigida ao tribunal. A concessão da tutela de evidência pode ter por objeto dar início imediato ao cumprimento provisório de sentença, ou mesmo visar à obtenção de medidas cautelares para garantir a efetividade da decisão. A eventual não interposição pela contraparte levará à possibilidade de execução definitiva da decisão, de modo que aquele que requereu a tutela de evidência perderá o interesse em sua manutenção.

#### 4. Conclusão

Como visto, a tutela de evidência contribui para uma prestação jurisdicional mais adequada e eficiente, ao constituir um instrumento útil para reequilibrar a relação processual, gerindo equitativamente o ônus do tempo no processo. Por meio da tutela de evidência, é possível obter medidas satisfativas e assecuratórias, sendo certo, ainda, que há divergência sobre a taxatividade das hipóteses previstas em lei para sua concessão, as quais, no mínimo, não devem ser interpretadas de forma literal.

No presente trabalho, partiu-se de uma interpretação sistemática dos arts. 295, 311 e 932, II, do CPC (LGL\2015\1656), e da premissa de existência de um microsistema recursal, para chegar à conclusão de que é possível a obtenção da tutela de evidência recursal de forma ampla, seja em relação ao momento de sua postulação (desde antes da interposição e durante o processamento do recurso), seja no que se refere aos tipos recursais cabíveis, mediante a sua admissibilidade em qualquer espécie, e não somente naquelas em que existe expressa previsão legal (como apelação e embargos de declaração), bastando a demonstração de “probabilidade de provimento do recurso”.

Além disso, não há justificativa para privar o recorrido (“vencedor”) de obter uma tutela de evidência recursal (no âmbito do recurso já interposto pela outra parte ou mesmo diante da possibilidade de sua interposição) para fazer cumprir, desde logo, a decisão que lhe foi favorável.

O uso da técnica da tutela de evidência da forma sugerida no trabalho busca lhe conferir máxima efetividade e reduzir o dano (marginal) que a duração do processo faz recair sobre os sujeitos que parecem ter razão. Não se pretendeu esgotar as questões sobre o tema, mas apenas iniciar a discussão sobre as potencialidades desta relevante técnica destinada à tutela do tempo no processo.

---

1 .“Uma ilusão. A distinção entre passado, presente e futuro não passa de uma firme e persistente ilusão.” (Albert Einstein.) No mesmo sentido: “Por outras palavras, a teoria da relatividade acabou com a ideia do tempo absoluto! Parecia que cada observador obtinha a sua própria medida do tempo, registada pelo relógio que utilizava, e que relógios idênticos utilizados por observadores diferentes nem sempre coincidiam [...] Resumindo, as leis da física não distinguem entre tempo para trás e para diante.” (HAWKING, Stephen. *Uma breve história do tempo*. São Paulo: Intrínseca, 2015. p. 23 e 120.)

2 .Sobre a influência do tempo na mecânica dos incentivos para os comportamentos processuais, ABREU, Rafael Sirangelo. *Incentivos processuais*. Economia comportamental e *nudges* no processo civil. Thomson Reuters, 2020.

3 .Antonio do Passo Cabral explica que, na vedação ao *venire contra factum proprium*, corolário da boa-fé objetiva, o fator tempo é de suma importância para configurar a confiança legítima e a

existência de uma expectativa digna de tutela: “com o passar do tempo, toda relação jurídica, inclusive a processual, tende a tornar-se estável e cada vez mais sólida, cristalizando a expectativa de manutenção do comportamento anterior e impedindo, com força igualmente crescente, a contradição da conduta tomada.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 326 e ss.)

4. “Convivemos com vários tempos, simultâneos e assimétricos, e não possuímos qualquer imunidade a essas medidas extrajurídicas. O Direito não mais se relaciona com um só tempo, o jurídico, que efetivamente deixou de ter a proeminência que outrora o caracterizou.” (MOREIRA, Egon Bockmann. O Contrato administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa. *Estudos de contratação pública*, v. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. v. IV, p. 7.)

5. “Preclusão é a perda de uma posição processual. Trata-se de instituto importantíssimo para o desenvolvimento do processo, pois assegura que este não dê passos para atrás, caminhando sempre para a frente, em direção à entrega da prestação jurisdicional. Processo, aliás, vem do latim *pro cedere*, andar para a frente.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013. v. 1, p. 534.) No mesmo sentido: “A preclusão é instituto fundamental para o bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento e, pois, para a delimitação das normas que compõem o formalismo processual. [...] Deve-se caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba: não se admite o retorno para etapas processuais já ultrapassadas, nem se toleram comportamentos incoerentes e contraditórios.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil – Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 418-419.)

6. Antonio do Passo Cabral, a partir de diversas premissas, refuta essa ideia e propõe que o regime de estabilidades permita “retomadas” cognitivas e flexibilização de preclusões (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014).

7. Sobre a necessária e inevitável mutabilidade das situações fáticas e jurídicas, inclusive posteriormente à sentença acobertada pela coisa julgada material: “Ora, a quem observe, com atenção, a realidade da vida jurídica, não pode deixar de impor-se esta verdade muito simples: se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao selo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença. A decisão que acolhe o pedido, na ação renovatória, produz o efeito de estender por certo prazo, e com fixação de determinado aluguel, o vínculo locatício; mas que impede as partes de, no curso desse prazo, de comum acordo, modificarem o aluguel fixado, alterarem esta ou aquela cláusula, e até porém fim à locação? Os cônjuges que hoje se desquitam, (mesmo litigiosamente) podem amanhã restabelecer a sociedade conjugal, como podem os donos de terrenos confinantes estabelecer convencionalmente, para as respectivas áreas, divisa diferente da que se fixara no processo da ação de demarcação. No tocante ao efeito executório, peculiar às sentenças condenatórias, a coisa é de ofuscante evidência: cumprida espontaneamente ou executada a sentença, cessa o efeito, que já nascera com o normal destino de extinguir-se – a ele se aplicaria talvez melhor o epíteto, que Heidegger quis aplicar ao homem, de “ser-para-a-morte”... [...] A imutabilidade (ainda ilimitada) do conteúdo da sentença não importa, é óbvio, na imutabilidade da situação jurídica concreta sobre a qual versou o pronunciamento judicial. Se se julgou que A devia a B certa importância, nada obsta a que, antes ou depois do trânsito em julgado, A pague a dívida, ou B a remita, e assim se extingue a relação de crédito declarada pela sentença. Tal circunstância em nada afeta a autoridade de coisa julgada que esta porventura haja adquirido. A norma sentencial permanece imutável, enquanto norma jurídica concreta referida a uma determinada situação. Evidentemente, se A, que pagou, propõe contra B, que insiste em dizer-se ainda seu credor, ação declaratória negativa, o pedido será acolhido por sentença em que se vai consubstanciar nova regra concreta, diversa da anterior porque formulada para situação jurídica também diversa. Essa nova regra de modo nenhum se porá em conflito com a outra, nem lhe tirará a força vinculativa de que se infunde no que tange à situação sobre a qual versou. As duas coisas julgadas coexistirão pacificamente, em planos distintos. A isso parece reduzir-se o decantado problema dos ‘limites temporais’ da ‘res iudicata’, que tanto preocupa uma parte considerável da doutrina. Trata-se, a rigor, de um pseudo-problema: a autoridade da coisa julgada, como tal, não se subordina a limite temporal



algum. E é por isso mesmo que, tendo efetuado o pagamento, A jamais poderá frutiferamente pleitear a repetição do indébito.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: *Direito processual civil* (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 139 e 143-144.)

8 .CAPONI, Remo. The performance of the Italian Civil Justice System: An Empirical Assessment. In: *The Italian Law Journal*, v. 2, n. 1, p. 15-31, 2016.

9 .PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile. *Rivista di Diritto Civile*, v. 1. Padova: Cedam, p. 112, 1987.

10 .A concepção originária de dano marginal, como aquele que invariavelmente acomete o vencedor do processo ante a demora em usufruir dos efeitos da decisão que lhe foi favorável, surgiu originariamente em um artigo da década de 20, de Enrico Finzi, sobre aspectos relacionados à execução provisória (FINZI, Enrico. Distinzione tra pericolo e danno nel ritardo. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. III, parte II, 1926) antes de ser revisitada pela doutrina italiana mais recente.

11 .Italo Andolina definiu o dano marginal como aquele que “vai progressivamente se adicionando àquele que eventualmente o autor já sofreu antes da propositura da demanda” (ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 17 – tradução livre).

A rigor, a própria explicação de “dano marginal” mostra que ele não é “marginal”, pois o curso do processo pode impactar o próprio direito (levando à sua extinção) e o seu regular exercício durante e depois do processo; trata-se, portanto, de dano *principal*.

12 .DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

13 .A classificação remonta à BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de urgência e efetividade do direito. In: *Temas de direito processual*. 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 91.

14 .Entende-se, como Daniel Mitidiero, que a evidência do direito é aferida mediante cognição sumária e não mediante cognição exauriente (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela – Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 135).

15 .“Tutela provisória é aquela que, em razão da sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva.” (GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XIV, p. 296-330. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index 309]. Acesso em: 20.12.2020.)

Dinamarco explica que a provisoriedade é um contrapeso ao risco das decisões tomadas sem certeza (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de processo civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. v. III, p. 852).

Outro contrapeso ao risco de erro na apreciação superficial da lide é a atribuição, ao beneficiário da medida, de responsabilidade objetiva pelos eventuais danos causados ao adversário em decorrência da efetivação da tutela provisória, que, embora prevista expressamente no art. 302 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) apenas para a hipótese da tutela de urgência, deve ser aplicada também à de evidência, diante dos riscos da execução provisória. Daniel Penteado de Castro já defendia esse posicionamento sob a égide do CPC/1973 (LGL\1973\5) (*Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014).

16 .Não por outro motivo, incluiu-se, no CPC (LGL\2015\1656), a possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente.

17 .Não se pode esquecer de que a própria existência de um processo, tornando litigioso um direito, gera diversos obstáculos ao seu livre exercício, como a impossibilidade de sua oneração e alienação em muitos casos (arts. 77, VI, e 792 do CPC (LGL\2015\1656)).

18 .MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 22.

19 .Se “o processo deve dar, na medida do possível, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que tem direito de conseguir” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*. Roma: Foro Italiano, 1930. v. 1 – *Saggi di diritto processuale civile*, p. 11), então, não basta a fruição do direito *ao final do processo*, sendo indispensável a criação de instrumentos que permitam ao titular do direito exercê-lo também no curso do processo.

20 .THEODORO JR., Humberto. Tutelas provisórias segundo o novo Código de Processo Civil: tutela de urgência e tutela da evidência. In: *Revista Jurídica de Seguros/CNseg*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 12-51, maio 2017. Disponível em: [[https://cnseg.org.br/data/files/03/90/74/15/D5B8B610948677B63A8AA8A8/Revista\\_Juridica\\_Ed-6\\_mai17\\_completo](https://cnseg.org.br/data/files/03/90/74/15/D5B8B610948677B63A8AA8A8/Revista_Juridica_Ed-6_mai17_completo)]. Acesso em: 07.12.2020.

21 .“Em outras palavras, o réu está sendo tutelado até o último momento do processo, por meio da manutenção (indevida ou devida) de fruição de uma titulação jurídica. E a pergunta é: o que genericamente assegura que esta “tutela do réu” até o fim do processo é uma opção não só justa, mas razoável? A outra pergunta é: ao não tutelar imediatamente o autor, não se está a tutelar imediatamente o réu?” (FERREIRA, William Santos; HOLZMEISTER, Verônica Estrella. Tempo, ideologia e graus de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade. In: *Revista de Processo*, v. 296, p. 151-180, esp. p. 3, out. 2019.

22 .“Quanto maior é a demora do processo, mais tempo o bem almejado é mantido no patrimônio do réu. Ou melhor, quanto maior for a demora no processo, maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior o benefício conferido ao réu (MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 18).

23 .“A devida compreensão dos dispositivos constantes dos artigos 295 a 312 impõe a explicação de uma noção, que o novo diploma adota, de abrangência mais ampla do que a de tutela cautelar, a noção de tutela provisória, abrangendo a tutela da urgência, cautelar e antecipada, e a tutela da evidência.” (GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XIV, p. 296-330. Disponível em: [[www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index) 309]. Acesso em: 20.12.2020.)

24 .As normas atinentes às tutelas provisórias estabelecem a possibilidade de obtenção de medida provisória em caráter antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único, do Código de Processo Civil), a última forma isenta de custas (art. 295); a conservação da eficácia da medida durante a pendência do processo, com a possibilidade de ser revogada e modificada a qualquer tempo (art. 296); a atribuição, ao juiz, de um poder geral para determinar as medidas de efetivação da tutela (art. 297); a incidência das normas do cumprimento provisório da sentença, no que couber, para a execução da medida (art. 297, parágrafo único); o dever de motivação da decisão que concede, nega, revoga ou modifica a tutela provisória (art. 298, *caput*); a recorribilidade dessas decisões por agravo de instrumento (art. 1.015, I); a exigência de requerimento da parte para a concessão da tutela (art. 299); e a competência para apreciá-la (art. 299 e parágrafo único).

25 .Enunciado 423 do FPPC: “Cabe tutela de evidência recursal.”

26 .Em uma escala de aproximação da verdade, que cada juiz entende a seu modo, Piero Calamandrei pontua que *possível* é aquilo que pode ser verdadeiro; *verossímil* é aquilo que tem aparência de ser verdadeiro; e *provável*, inclusive etimologicamente, consiste no que se pode provar como verdadeiro. CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, v. 10, n. 1, p. 164-192, esp. p. 170, 1955.

27 .FUX, Luiz. *Tutela de segurança e evidência*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 311.

28 .Ao entender-se a verossimilhança como máxima de experiência, ou seja, aquilo que normalmente acontece, deve-se reconhecer que um fato pode ser verdadeiro (ou seja, pode ser provado) mesmo sendo inverossímil. A probabilidade parte da necessidade de se realizar uma valoração racional da prova, com justificação adequada, conforme o entendimento de Daniel Mitidiero. Renzo Cavani resume a discussão no seu artigo “Verosimilitud, probabilidad: ¿da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero”. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (Coords.). *Coleção grandes temas do novo CPC (LGL\2015\1656)*, 2015. v. 5, p. 808-825.

29 .“Em todas as quatro hipóteses, o traço comum é a necessidade de uma prova completa que permita ao juiz reconhecer a comprovação do quadro fático-jurídico suficiente para sustentar a pretensão da parte. O seu direito a ser tutelado em juízo se acha comprovado de tal maneira que, no momento, não se divisa como a parte contrária possa resisti-lo legitimamente.” (THEODORO JR., Humberto. Tutelas provisórias segundo o novo Código de Processo Civil: tutela de urgência e tutela da evidência. In: *Revista Jurídica de SEGUROS/CNseg*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 12-51, maio 2017. Disponível em:

[[https://cnseg.org.br/data/files/03/90/74/15/D5B8B610948677B63A8AA8A8/Revista\\_Juridica\\_Ed-6\\_maio17\\_completo](https://cnseg.org.br/data/files/03/90/74/15/D5B8B610948677B63A8AA8A8/Revista_Juridica_Ed-6_maio17_completo)].

Acesso em 07.12.20, p. 46.

30 .“O fato alegado deve ser apto a gerar os efeitos jurídicos que ensejam o direito contido no pedido: o autor que não tem prova de suas alegações não dispõe de evidência; o autor que prova fatos que não conduzem a# procedência não dispõe de evidência; e o autor que sustenta tese jurídica implausível não dispõe de evidência. Em síntese, pode-se dizer que para a concessão da tutela de evidência, é o direito que deve ser evidente, o que, contudo, demanda evidência dos fatos alegados.” (RAMOS, Rodrigo. *A tutela provisória de evidência no novo Código de Processo Civil*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.)

31 .No mesmo sentido: FERREIRA, William Santos; ARMONI, Renato. A tutela da evidência na sentença com fundamento no artigo 311, inciso IV, do Código de Processo Civil. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 14, vol. 21, n. 3, p. 673-696, set.-dez. 2020. Disponível em: [[www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br)].

32 .“O direito evidente por ‘norma legal não controversa’ não pode, como se disse, ‘valer menos’ do que aquele que outrora gerou divergência somente dirimida pelo direito jurisprudencial.” (JOBIM, Marco Felix; MACHADO, Milton Terra. A tutela provisória do art. 311 e a evidência por norma legal não controversa. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 306, ano 45, p. 205-222, ago. 2000.)

33 .ANTUNES, Maurício Rafael; MARÇAL, Felipe Barreto. Negócios jurídicos processuais como novas garantias dos contratos de locação. *Conjur*. Publicado em: 11.08.2019. Disponível em: [[www.conjur.com.br/2019-ago-11/opiniao-negocios-juridicos-processuais-garantia-contratos](http://www.conjur.com.br/2019-ago-11/opiniao-negocios-juridicos-processuais-garantia-contratos)]. DIDIER, JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela*

provisória. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2, p. 630.

34 .Para Rogéria Dotti, os conceitos jurídicos indeterminados previstos nos incisos permitem uma abertura do sistema para aferição da evidência no caso concreto, sendo possível falar, inclusive, em um poder geral de antecipação da evidência, sempre que estiverem presentes a probabilidade do direito e a fragilidade da defesa. DOTTI, Rogéria Fagundes. *Tutela de evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 337. No mesmo sentido: “Da análise dos enunciados normativos, percebemos que não se trata de um rol de hipóteses (taxativo ou exemplificativo), o que afasta a discussão sobre natureza do rol e a sua extensividade. Na verdade, o texto normativo apresenta parâmetros oferecidos pelo legislador para construção do conceito de evidência, pressuposto para a concessão de medida antecipatória. Tanto é assim que há previsão para concessão de tutela da evidência em outros dispositivos do CPC (LGL\2015\1656)-2015 como, por exemplo, na “tutela provisória satisfativa da ação possessória (art. 562), dos embargos de terceiro (art. 678) e da ação monitória (art. 700).” (GOUVEIA, Lúcio Grassi de et al. Breves considerações sobre a tutela de evidência no CPC/2015 (LGL\2015\1656). In: DIDIER JR., Fredie; PEREIRA, Mateus; GOUVEIA, Roberto; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Coords.). *Grandes temas do novo CPC (LGL\2015\1656)*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 6 – Tutela provisória, p. 641.) Em sentido contrário, defendendo a taxatividade do rol do art. 311: “Em lugar de conceituar genericamente a tutela da evidência, o novo Código preferiu enumerar, de forma taxativa, os casos em que essa modalidade de tutela sumária teria cabimento.” (THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I, p. 693), bem como RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC (LGL\2015\1656) 1973 ao CPC/2015 (LGL\2015\1656)*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 95.

35 .Como reconhece o Superior Tribunal de Justiça: “[...] No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o periculum in mora é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, § 4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º). 5. A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir. [...]. 14. Assim, como a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, trata de uma tutela de evidência, basta a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, como visto, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora.” (REsp 1.319.515/ES, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/acórdão Min. Mauro Campbell Marques, 1ª S., j. 22.08.2012, DJe 21.09.2012.)

36 .Talamini expõe que a doutrina diverge, por exemplo, quanto à providência de suspensão dos efeitos de um ato jurídico até que se decida sobre a sua validade: parte enxerga como tutela cautelar, e outra, como medida antecipatória. O autor conclui que a diferença entre as tutelas urgentes não seria qualitativa e sim quantitativa, a partir da gradação da carga antecipatória e do conteúdo preponderante da medida (conservativo ou antecipador). TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida de urgência e a monitorização do processo civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 209, ano 37, p. 16-17, 2012.

37 .“No caso de remoção, o *periculum in mora* é inerente à própria probabilidade de o ilícito ter sido praticado. Ou melhor: como a tutela final, na ação de remoção, objetiva eliminar o próprio ilícito ou a causa do dano, não há como supor que a tutela antecipada de remoção exija, além da probabilidade da prática do ilícito (*fumus*), a probabilidade da prática do dano (que seria o perigo nas ações tradicionais). Isso por uma razão óbvia: a simples prática do ilícito abre oportunidade à tutela final, sem que seja preciso pensar em dano, que já é pressuposto pela regra de proteção e, assim, descartado para a efetividade da tutela jurisdicional, seja final ou antecipada. Perceba-se que, quando se demonstra que provavelmente foi praticado um ilícito, evidencia-se, por consequência

lógica, que provavelmente poderá ocorrer um dano.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. ABDPC. p. 25-26. Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%282%29%20-%20formatado.pdf]. Acesso em: 04.08.2021.)

38 .“Está-se aí, pois, diante de uma demanda cujo objeto é a obtenção de tutela inibitória. E essa modalidade de tutela processual não tem natureza cautelar, mas satisfativa. Neste sentido, vale recordar a objetiva lição do eminente processualista português Miguel Teixeira de Sousa, que afirma que “[a]s ações inibitórias também não se confundem com as providências cautelares de conteúdo inibitório [porque as] ações inibitórias fornecem uma tutela definitiva”. Ora, se a tutela definitiva postulada pela demandante é uma tutela inibitória, e se a medida de urgência por ela postulada (e obtida) tem essa mesma natureza inibitória, destinada a impedir a prática de um ilícito, então não se está diante de tutela cautelar, mas de tutela de urgência satisfativa, ou seja, tutela antecipada. Pois aí incide o disposto no art. 497, parágrafo único, do CPC (LGL\2015\1656), de modo que – ao menos com relação à demanda de inibição, já que outras, de ressarcimento, foram cumulativamente propostas – *não há que se exercer, aqui, qualquer cognição sobre dano, culpa ou dolo.*” (TJRJ, AI 0004140-77.2020.8.19.0000, 2ª Câmara, j. 18.5.2020 – grifou-se.)

39 .No mesmo sentido de que o art. 298 é suficiente para autorizar a fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada de urgência em qualquer caso; e que é possível defender fungibilidade entre a tutela de urgência e da evidência, embora esta última nunca tenha caráter antecedente: GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XIV, p. 296-330. Disponível em: [www.redp.uerj.br]. Acesso em: 20.12.2020.

40 .O efeito suspensivo automático (*ope legis*), como regra geral, sempre consistiu no “calcanhar de Aquiles” do recurso de apelação. Chegou-se a pensar em alterar a regra, quando da edição do CPC/2015 (LGL\2015\1656), mas o dispositivo foi mantido, contra os clamores da doutrina. A atribuição automática de efeito suspensivo é deletéria porque incentiva a recorribilidade, desprestigia o juízo de primeira instância e ainda representa uma grave incoerência, ao impedir que sentenças, proferidas mediante cognição exauriente, sejam suspensas pela recorribilidade; ao passo que decisões concessivas de tutela provisória, proferidas mediante cognição sumária, podem ser imediatamente cumpridas, sem qualquer atribuição de efeito suspensivo automático ao agravo de instrumento. Nesse particular, a tutela da evidência recursal, além de constituir mecanismo de efetivação dos princípios que a fundamentam (a tutela adequada e a duração razoável do processo), serve para corrigir, casuisticamente, uma grave incongruência da sistemática recursal e executiva.

41 .DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 186-187.

42 .FERREIRA, William Santos; ARMONI, Renato. A tutela de evidência na sentença com fundamento no art. 311, inciso IV, do Código de Processo Civil. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. XXI, p. 673-696. Disponível em: [www.redp.uerj.br]. Acesso em: 20.12.2020.

43 .“Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: I – homologa divisão ou demarcação de terras; II – condena a pagar alimentos; III – extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; IV – julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; V – confirma, concede ou revoga tutela provisória; VI – decreta a interdição. [...] § 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.” (grifou-se)



44 .“Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso. § 1º *A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.*” (grifou-se)

45 .“Nesse sentido, já se passou da hora de reconhecemos formalmente a existência de um *microsistema recursal*, que permita o intercâmbio de normas que se prestam à mesma finalidade, extraídas dos diferentes tipos recursais. A importância disso decorre do fato de que, sem um microsistema, chega-se a resultado diametralmente oposto: o de que normas excepcionais interpretam-se estritamente, impedindo-se a analogia, a subsidiariedade e o supletivismo.” (MARÇAL, Felipe Barreto. Levando a fungibilidade recursal a sério: pelo fim da “dúvida objetiva”, do “erro grosseiro” e da “má-fé” como requisitos para a aplicação da fungibilidade e por sua integração com o CPC/15 (LGL\2015\1656). In: MAZZOLA, Marcelo; RIBEIRO, Nathalia (Coords.). *Impactos do Código de Processo Civil de 2015 na advocacia – Projeto Quartas Processuais*. Londrina: Thoth, 2021, cap. 12.)

46 .José Henrique Mouta Araújo defende igualmente a possibilidade de concessão de tutela provisória (de urgência ou de evidência) no âmbito dos tribunais superiores – no recurso especial, extraordinário, agravo em recurso especial ou agravo em recurso extraordinário, por pronunciamento unipessoal do relator ou do respectivo órgão colegiado (*Tutela provisória de evidência e inversão do ônus do tempo no processo*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-dez-14/jose-mouta-tutela-provisoria-evidencia-inversao-onus-tempo]. Acesso em: 20.12.2020).

47 .No mesmo sentido, André Vasconcelos Roque pondera que, assim como o princípio da causa madura (art. 1.013, § 3º, do CPC (LGL\2015\1656)) pode ser aplicado a outros recursos além da apelação, também a tutela de evidência prevista no art. 1.012, § 4º, do CPC (LGL\2015\1656) (e no art. 1.026, § 1º), deve ser considerada para outros recursos, não estando adstrita à apelação e aos embargos de declaração (*Uma tutela nada evidente: a tutela da evidência recursal*. Disponível em: [http://genjuridico.com.br/2015/12/21/tutela-da-evidencia-recursal/]. Acesso em: 20.12.2020).

48 .Sobre a possibilidade de criação de norma processual consuetudinária: SOUZA, Marcus Seixas. *Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática*. Salvador: JusPodivm, 2019.

49 .“O acórdão de origem também está em consonância com a orientação firmada por esta Corte Superior de que a decretação de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade constitui tutela de evidência, dispensando a comprovação de *periculum in mora*.” (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 660.851/ES, rel. Min. Og Fernandes, 2ª T., j. 18.05.2021, DJe 09.06.2021.)

50 .Nesse sentido, há julgados que já admitem a concessão da tutela da evidência recursal, valendo-se de algum(ns) do(s) fundamento(s) mencionados: TJSP, Tutela Cautelar Antecedente 2056734-44.2017.8.26.0000, 16ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Miguel Petroni Netto, j. 15.08.2017.

51 .NETO, Elias Marques de Medeiros; SOUZA, André Pagani de; CASTRO, Daniel Penteadado de; MOLLICA, Rogerio. Tutela da evidência em grau recursal. *Migalhas*. Publicado em: 22.02.2018. Disponível em: [www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/274888/tutela-da-evidencia-em-grau-recursal].

52 .“Tributário e processual civil. Agravo interno no pedido de tutela provisória de evidência no agravo em recurso especial. ICMS. Base de cálculo. PIS/COFINS. Recente posicionamento do STF em repercussão geral (RE 574.706/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia). Presença dos requisitos autorizadores da tutela de evidência exigidos pelo art. 311, ii do Código Fux. Defere-se, por esta

decisão, a tutela provisória de evidência, para autorizar que a requerente recolha as parcelas das contribuições ao PIS e à COFINS, sem inclusão do ICMS em sua base de cálculo, até o julgamento final do presente recurso ou deliberação ulterior. Agravo interno da fazenda nacional a que se nega provimento. 1. O Pedido de Tutela Provisória de Evidência se abriga sob a égide do disposto no art. 311 do Código Fux (CPC/2015 (LGL\2015\1656)) e dispensa a comprovação do perigo de dano ou do risco do resultado útil do processo, exigindo-se, porém, que a tese discutida nos autos já tenha sido solucionada em sede de recurso repetitivo ou em súmula vinculante. 2. Em relação à controvérsia dos presentes autos, registra-se que, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Rel. Min. Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social. 3. Também se encontra consolidado no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário daquela Corte autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma (RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 18.9.2017; ARE 909.527/RS-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 30.5.2016). 4. No particular, os fundamentos da pretensão de que se autorize o recolhimento das parcelas das Contribuições ao PIS e à COFINS, sem a inclusão do ICMS em sua base de cálculo, estão amparados nas conclusões do julgamento do mencionado RE 574.706/PR, subsumindo-se, desse modo, à hipótese prevista no art. 311, II do Código Fux. 5. Agravo Interno da Fazenda Nacional a que se nega provimento.” (STJ, AgInt no TutPrv no AREsp 300.743/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., j. 25.03.2019, DJe 01.04.2019.)

53 .DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria geral da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2, p. 587.

54 .Idem, p. 587-589.

55 .“Se a legitimidade é um atributo transitivo, verificado em relação a um determinado estado de fato, pensamos que, a partir do conceito de situação legitimante, enquadrado no pano de fundo da relação processual dinâmica, é possível reduzir a análise da legitimidade a certos momentos processuais específicos, vale dizer, não mais um juízo de pertinência subjetiva da demanda (a *legitimatío ad causam*), mas referente ao ato processual específico (a *legitimatío ad actum*).” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2. série. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 62.)