

TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA E A NECESSÁRIA INVERSÃO DO ÔNUS DO TEMPO NO PROCESSO

**JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, pós-doutor
(Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa),
doutor e mestre (Universidade Federal do Pará),
Professor do Centro Universitário do Estado do Pará
(CESUPA) e do Instituto Brasiliense de Direito Público
(IDP), procurador do estado do Pará e advogado.
[www.henriquemouta.com.br.](http://www.henriquemouta.com.br)**

Um dos temas mais importantes do CPC/15 diz respeito à disciplina das tutelas provisórias (arts. 294 a 311) e sua utilização como instrumento de efetivação da prestação jurisdicional.

A tutela de urgência vem merecendo tratamento mais aprofundado pela doutrina e jurisprudência nacionais. Contudo, ainda existem muitos desafios para a correta compreensão da tutela de evidência, especialmente no que respeita aos momentos para a sua concessão e a respectiva impugnação recursal.

Antes de mais nada, é mister ressaltar que, a rigor, a tutela de evidência já existia no CPC/73, como nos casos do art. 273, II, e também nas ações de depósito¹.

Logo, o que fez o CPC/15 foi apenas ampliar as situações jurídicas em que a tutela provisória é concedida em decorrência do elevado grau de probabilidade e sem a necessidade de comprovação de urgência²⁻³, como nos casos dos incisos II (*vinculação*

¹ Ao comentar o art. 311 do CPC, Daniel Mitidiero aduz que: “A hipótese do inc. III consiste em permitir tutela antecipada com base no contrato de depósito – trata-se de hipótese que veio tomar o lugar do procedimento especial de depósito previsto no direito anterior. Estando devidamente provado o depósito (arts. 646 e 648, CC), tem o juiz de determinar a entrega da coisa”. In *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 797.

² A rigor, a urgência está ligada à própria demora na prestação jurisdicional e não como requisito obrigatório para a tutela provisória de evidência. Sobre o tema (*urgência para a evidência*) ver FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 306.

³ “Trata-se de uma tutela provisória, mas não de urgência, porquanto fundada exclusivamente na evidência do direito, não se cogitando de *periculum in mora*”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres

de precedente obrigatório – tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante), III ou IV, do art. 311 (prova documental suficiente sem contraprova documental suficiente). A tutela de evidência, portanto, é importante instrumento para o efetivo alcance da duração razoável do processo (art. 4º, do CPC/15 c/c art. 5º, LXXVIII, da CF/88), com a inversão dos males decorrentes do tempo de sua tramitação⁴.

Uma coisa é certa: a maioria das causas repetitivas permite a concessão da tutela de evidência (art. 311, II, do CPC/15), com a entrega do efeito fático independente da presença do requisito urgência e, com isso, esvaziando o efeito suspensivo *ope legis ou ope judicis* do eventual recurso e invertendo o ônus decorrente do tempo do processo⁵⁻⁶. Não se deve esquecer que nas hipóteses dos incisos II e III, o pronunciamento judicial pode ser de forma liminar (art. 311, §único, do CPC/15).

Uma questão deve ser enfrentada: *qual o momento para a concessão da tutela de evidência?*

Assim como a tutela de urgência, a de evidência também pode ser apreciada no curso do processo – inclusive de forma liminar – art. 311, II, III e §único, do CPC/15, desafiando o recurso de agravo de instrumento (art. 1015, I, do CPC/15), com o pedido de efeito suspensivo ou mesmo ativo no próprio recurso e com a garantia de sustentação oral (art. 937, VIII, do CPC/15) e em outras etapas procedimentais.

de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil – artigo por artigo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, p. 524.

⁴ No CPC/15, existem outros institutos, além das tutelas provisórias, que procuram contribuir para o alcance da *efetiva duração razoável do processo*. No tema, ver: CABRAL, Antônio do Passo. *A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil*. In Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (organizadores). Salvador : Juspodivm, 2013, pp. 75-99.

⁵ Freddie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira escrevem que: “a parte que postula com base em fatos provados por documento e que sejam semelhantes àqueles que ensejaram a criação de tese jurídica vinculante em tribunal superior – tese esta invocada como fundamento normativo de sua postulação -, encontra-se em estado de evidência. Demonstra não só a improbabilidade de sucesso do adversário que se limite a insistir em argumentos já rejeitados no processo de formação do precedente, o que configuraria, inclusive, litigância de má-fé (por defesa infundada ou resistência injustificada, cf. art. 80, CPC). Não é razoável, assim, impor-lhe o ônus de suportar o tempo do processo sem usufruir do bem pretendido enquanto a parte adversa é beneficiada com a manutenção do *status quo ante*”. *Tutela provisória de evidência*. In Tutela provisória. COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa e GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coords) . Salvador: Juspodivm, 2015, p. 427.

⁶ Lucas Buril de Macedo entende que “a tutela de evidência, nesse contexto, pode ser conceituada como técnica processual para a distribuição do ônus do tempo no processo, adequada para os casos em que há grande probabilidade de que a parte vitoriosa ao fim, ocasionando uma cognição bastante próxima da convicção de verdade, o que acaba por tornar injusto que a parte provável vencedora aguente o tempo do processo sem usufruir o bem da vida, enquanto o sujeito que provavelmente não tem razão desfruta dele”. *Tutela antecipada de evidência fundada nos precedentes judiciais obrigatórios*. In Tutela provisória. COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa e GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coords) . Salvador: Juspodivm, 2015, p. 482.

Aliás, uma hipótese que deve ser observada com muita cautela diz respeito à sua concessão na própria sentença, o que, como consequência, afasta o *efeito suspensivo automático da apelação* (art. 1012, §1º, V, c/c art. 1013, §5º, do CPC/15).

Destarte, como consequência do sistema de estabilização dos precedentes (art. 926-928, do CPC/15), deve o magistrado observar a necessidade de concessão de tutela de evidência no curso do processo ou mesmo na sentença, com a efetivação da ordem judicial independentemente da interposição da apelação⁷.

Aliás, nada impede que o apelante tente obter o efeito suspensivo judicial em relação ao capítulo da sentença que foi objeto de tutela de evidência, por meio do incidente previsto no art. 1012, §§3º e 4º, do CPC/15. Este incidente deve ser formulado diretamente no órgão *ad quem*, que posteriormente irá apreciar a admissibilidade e os efeitos da apelação (art. 1010, §3º, do CPC/15), inclusive com a prevenção do Relator (art. 1012, §3º, I, do CPC/15) ou, se a apelação já estiver no tribunal, deve ser dirigido ao Relator do recurso (art. 1012, §3º, II, do CPC/15⁸).

A estabilização dos precedentes é, para o atual modelo processual, o caminho natural visando à superação da divergência interpretativa nos casos repetitivos.

É razoável afirmar, portanto, que a tendência interpretativa passa pela ampliação do caráter vinculante das decisões dos Órgãos Colegiados (Superiores e Locais). Neste fulgor, o CPC/15 consagra que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (art. 926).

Uma coisa é certa: a ampliação da força vinculante é uma realidade nos sistemas processuais tanto da *civil law* quanto da *common law*, pelo que não é correto afirmar que

⁷ “De fato, trata-se de pronunciamento que teria sido normalmente concedido liminarmente, mas, por alguma razão, não foi. Agora, no momento da sentença, a cognição já é exauriente – ainda assim, o juiz pode conceder uma “liminar” tardia, que não será mais uma liminar, mas um capítulo da sentença, em que se tutela a evidência (tardiamente percebida), ou a urgência (de que o juiz se deu conta em momento adiantado do processo – melhor agora, do que nunca; ou, então, porque a urgência configurou-se depois do início do processo e antes da sentença). Então, o fato é que, ainda que soe estranho, **o juiz pode**, sim, **conceder tutela provisória na sentença**”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil – artigo por artigo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, p. 1445.

⁸ Ricardo Licastro Torres de Melo, ao comentar o art. 1012, do CPC/15 (item 4), assevera que: “Os §§3º e 4º do art. 1012 do CPC/2015 cuidam do pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação recebível apenas no efeito devolutivo (incs. I a VI do §1º do art. 1012 sob análise). A competência para a apreciação deste pedido será do relator do recurso, observando-se o estágio em que se encontre o processo: (i) se o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação ocorrer entre a interposição da apelação e sua distribuição, deverá ser dirigido ao Tribunal em petição autônoma contendo o arrazoado necessário (petição de atribuição de efeito suspensivo à apelação), que será apreciada tão logo designado o relator (a rigor, dar-se-á a distribuição deste pleito de efeito suspensivo, tornando prevento para o julgamento da apelação o relator que for designado para sua apreciação); (ii) se o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação ocorrer quando já distribuída a apelação, deverá ser dirigido ao relator desta”. In *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Freddie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 2242-2243.

o termo *precedente* é ligado apenas a este último⁹ e, como consequência, o CPC/15 permite seja concedida tutela de evidência para garantir a eficácia imediata do pronunciamento judicial, independentemente da interposição do recurso de apelação que, a rigor, não terá efeito suspensivo *ope legis*, em relação a este capítulo decisório¹⁰.

É possível também que a tutela seja concedida no próprio recurso ou na contraminuta recursal, para permitir a eficácia imediata da decisão recorrida (art. 932, II, do CPC/15)¹¹.

E mais.

Há também a possibilidade de concessão de tutela provisória (de urgência¹² ou evidência) no REsp, RE, AREsp ou ARE, por pronunciamento unipessoal do Relator ou do respectivo Órgão Colegiado. Em recente decisão, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou, em acórdão relatado pelo Exmo. Min. Napoleão Nunes Maia Filho:

“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. Cármem 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

⁹ De acordo com as lições de Ravi Peixoto: “a categoria de precedente pertence à teoria do direito. Trata-se de noção fundamental para o funcionamento dos sistemas jurídicos, estando também relacionada com a teoria das fontes. Como destacado, tanto no *civil law*, como no *comum law*, existem precedentes, a diferença opera na importância a eles concedida por cada ordenamento jurídico”. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 158.

¹⁰ Vale citar as lições de Freddie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “demais disso, a sentença final que confirma, concede ou revoga a tutela de evidência documentada fundada em precedente obrigatório é impugnável por *apelação sem efeito suspensivo* (cf. arts. 1013, §5º, e 1012, §1º, V, CPC). Essa é um das duas únicas hipóteses inovadoras de supressão de efeito suspensivo da apelação do CPC-2015. Inclusive, basta que o juiz conceda essa modalidade de tutela provisória no bojo da sentença para que a apelação seja despida de suspensividade. Torna-se, pois, uma *nova e importante* técnica de subtração do efeito suspensivo da apelação”. *Tutela provisória de evidência*. In *Tutela provisória*. COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa e GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coords.) . Salvador: Juspodivm, 2015, p. 428.

¹¹ “Enunciado 423 do FPPC (arts. 311; 995, parágrafo único; 1.012, §4º; 1.019, inciso I; 1.026, §1º; 1.029, §5º) Cabe tutela de evidência recursal. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência)”.

¹² STJ: AgInt no AgInt no TP 1932 / SP (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – 3a Turma – J. em 01/07/2019 – DJe 02/08/2019).

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 Evidencia se abriga sob a égide do disposto no art. 311 do Código Fux (CPC/2015) 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. CARMEN 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” (AgInt no TutPrv no AREsp 300743 / SP – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – 1^a t – J. em 25/03/2019 – DJe 01/04/2019).

Fácil é perceber, portanto, que a verticalização e horizontalização do precedente¹³ (da *ratio decidendi*), atinge sobremaneira os processos repetitivos e vários institutos

¹³ Não se deve confundir uma simples *decisão judicial* com *precedente*. Como bem observa Marinoni: “seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características,

processuais, dentre os quais a tutela de evidência (arts. 927 e 928, do CPC/15), que deve ser discutida e concedida durante vários momentos do procedimento, inclusive nos recursos junto ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Em suma: se de um lado o *caput* do art. 1012, do CPC, indica que a apelação tem efeito suspensivo *ope legis*; de outro, a concessão de tutela de evidência na própria sentença (*especialmente nos casos de precedentes obrigatórios*), tem o condão de permitir a eficácia imediata da decisão. Claro que, se no caso concreto existir mais de um pedido, a retirada do efeito suspensivo restringe-se apenas ao capítulo objeto da tutela de evidência, enquanto os demais estarão sujeitos aos efeitos previstos neste artigo.

O *poder geral de tutela provisória (de urgência e evidência)* também é garantido no âmbito dos recursos aos Tribunais Superiores (art. 932, II e 1.029, §5º, I, do CPC/15), na fase de cumprimento de sentença (ex. art. 525, §6º, do CPC/15) e em sede de embargos à execução de título executivo extrajudicial¹⁴. Tudo depende do caso concreto e do diálogo quanto à necessidade de aplicação dos precedentes obrigatórios como instrumento de inversão do ônus do tempo do processo.

basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados". MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 215.

¹⁴ O Superior Tribunal de Justiça, no AgInt no RCD na TutPrv no REsp 1816786 / SP (Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira – 4ª T – J. em 19/09/2019 – DJe DJe 30/09/2019), enfrentou o cabimento de tutela provisória em apelação contra sentença em embargos à execução, consagrando que: “2. As normas que permitem conferir efeito suspensivo a recursos disciplinados no Código de Processo Civil em vigor não fazem restrição a nenhuma espécie de demanda. A propósito, o art. 1.012, § 1º, III, c/c o § 4º, do CPC/2015 é expresso ao admitir a concessão do mencionado efeito à apelação, mesmo quando se cuide de embargos à execução extintos sem julgamento do mérito ou julgados improcedentes”.